

# Estudios de Deusto

Vol. 47/1 Enero-Junio 1999

## Sumario

**En busca del eslabón perdido entre Educación y Desarrollo. Desafíos y retos para la Universidad en América Latina y el Caribe**

Xabier Gorostiaga SJ

**Acerca de la suplantación legislativa de voluntades en la negociación colectiva**

Víctor Fernando Manrique-López

**Del juicio de Nuremberg al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**

José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo

**Historia de las demandas y otras acciones legales entabladas contra la industria tabaquera en los Estados Unidos**

Goretti Vadillo Robredo

**Luces y sombras de la Europa social**

Manuel María Zorrilla Ruiz

**Socialización de los derechos humanos**

Manuel María Zorrilla Ruiz

**La regulación de la falsificación de los documentos en el Derecho Romano y en la Ley de los Visigodos**

Olga Marlasca Martínez

Universidad de  
Deusto





# Estudios de Deusto



# Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

**Segunda época. Vol. 47/1**  
**Desde su fundación vol. 62**  
**(Fasc. 102)**  
**Enero-Junio 1999**

Bilbao  
Universidad de Deusto  
2000

**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:**

España . . . . .	4.000 ptas
Extranjero . . . . .	50 \$
Número suelto . . . . .	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  
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

Xabier GOROSTIAGA SJ, <i>En busca del eslabón perdido entre Educación y Desarrollo. Desafíos y retos para la Universidad en América Latina y el Caribe</i>	11
Víctor Fernando MANRIQUE-LÓPEZ, <i>Acerca de la suplantación legislativa de voluntades en la negociación colectiva</i>	55
José Ricardo PALACIO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, <i>Del juicio de Nuremberg al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional</i>	95
GORETTI VADILLO Robredo, <i>Historia de las demandas y otras acciones legales entabladas contra la industria tabaquera en los Estados Unidos</i>	119
Manuel María ZORRILLA RUIZ, <i>Luces y sombras de la Europa social</i>	173
Manuel María ZORRILLA RUIZ, <i>Socialización de los derechos humanos</i>	201
Olga MARLASCA MARTÍNEZ, <i>La regulación de la falsificación de los documentos en el Derecho Romano y en la Ley de los Visigodos</i>	209

---





# ESTUDIOS



# EN BUSCA DEL ESLABÓN PERDIDO ENTRE EDUCACIÓN Y DESARROLLO: Desafíos y Retos para la Universidad en América Latina y el Caribe

Xabier Gorostiaga SJ.  
Secretario Ejecutivo de AUSJAL

*El mundo que hasta este momento hemos creado como resultado de nuestra forma de pensar tiene problemas que no pueden ser resueltos pensando del modo en que pensábamos cuando los creamos.*

Albert Einstein<sup>1</sup>

El potencial extraordinario para el desarrollo de la educación es cada vez más ampliamente reconocido. Sin embargo, la educación actual, sobre todo la universitaria, reproduce y aplica un desarrollo deformado («mal-development»). Este se manifiesta en las distorsiones y carencias del crecimiento económico moderno, en la creciente crisis social y medio ambiental, en la creciente desvinculación de los sistemas educativos de los proyectos de desarrollo sostenible, en la desintegración del continuo educativo desde la educación básica a la universitaria, en la cooptación de la educación por las fuerzas del mercado y en la ausencia de un contrato social educativo en esta «era del conocimiento».

Estas múltiples limitaciones constituyen parte de la problemática entre la Universidad y el Desarrollo en la situación actual de América Latina y el Caribe (ALC). Tal como lo plantea Einstein, estos problemas que hemos creado persistirán mientras no encontremos nuevas estrategias educativas que vinculen la educación a un desarrollo más equitativo y sostenible.

La educación superior es más esencial que nunca para la formación de los recursos humanos capaces de confrontar constructivamente una

---

<sup>1</sup> Citado en Schmidheiny, 1992, 141.

globalización dominada por la «intensidad del conocimiento»<sup>2</sup> y la competitividad internacional. Sin embargo, la educación superior y en particular la universidad privada en ALC confronta un profundo dilema. Por un lado, puede ser el factor fundamental para la creación de las capacidades humanas apropiadas para un desarrollo sostenible y para la democratización del conocimiento que contribuya a profundizar las débiles democracias actuales en América Latina. Por otro lado existe el peligro de que las universidades se conviertan en un instrumento de un desarrollo deforme en muchos países del Sur al exacerbar la concentración y centralización del conocimiento y la riqueza. La distribución del conocimiento es todavía más distorsionada que la distribución del ingreso, de la riqueza y el poder. Este proceso de concentración y centralización conlleva subsecuentes efectos antidemocráticos que afectan la estabilidad económica y la gobernabilidad política. La resolución de este dilema es fundamental para definir el carácter y el rol de la universidad, al menos en los países del Sur<sup>3</sup>. La pobreza, la exclusión, la discriminación en el ingreso y oportunidades económicas y educacionales por género y etnicidad, el deterioro medioambiental son las contradicciones sociales al final del milenio. La calidad de vida y las posibilidades de un futuro humanamente digno para una mayoría de la población en el Sur, equivalente a más de dos terceras partes de la humanidad, dependen de la superación de esta situación que amenazan la sostenibilidad y gobernabilidad de nuestra civilización.

Un creciente número de universidades en América Latina reconocen que para cumplir con su misión académica tienen que enfrentar este hecho, el cual enmarca el carácter de la sociedad al fin del milenio y también la propia misión universitaria.

Las universidades jesuitas de América Latina tampoco han podido desconocer ni prescindir de este hecho fundamental. Esta problemática lleva a replantear qué educación, qué universidad, para qué desarrollo. La búsqueda de respuestas y la identificación del eslabón perdido entre universidad y desarrollo puede ser además el elemento más dinamizador y transformador de las propias universidades. Esta búsqueda podría

---

<sup>2</sup> Usamos indistintamente Sur, Tercer Mundo y Países en Desarrollo, reconociendo la ambigüedad de estos conceptos. La perspectiva del trabajo está dominada por la situación de los pequeños países periféricos de Centroamérica y el Caribe.

<sup>3</sup> *Forbes Magazine*, julio 1994 y julio 1996. La nación con el más alto crecimiento de billonarios en el mundo entre 1987 y 1994 fue México. Después de la crisis financiera de México ese año el mayor crecimiento de billonarios correspondió a los países del Sureste Asiático, hasta la crisis de 1997. Es interesante considerar el paralelismo de estos dos fenómenos y su correlación.

contribuir a lograr la calidad y pertinencia que se necesita para recuperar la relevancia y la legitimidad social seriamente afectada por la crisis universitaria de las últimas décadas en ALC. Parafraseando a Einstein, los problemas que hemos creado continuarán acosándonos hasta que no cambien la forma de pensar y educar de la universidad para lograr un desarrollo sostenible basado en relaciones humanas sostenibles entre sí, con la naturaleza, entre los géneros, las culturas y un futuro que pueda ofrecer dignidad para todos.

El propósito de este trabajo es en primer lugar el de provocar una reflexión y a la vez una reforma en la relación entre universidad y desarrollo. En segundo lugar, señalamos el desafío y las propuestas de las 23 universidades de AUSJAL (Asociación de Universidades encomendadas a la Compañía de Jesús en América Latina), la red continental de universidades privadas más importante por tamaño y prestigio. Tercero, se plantean posibles nuevas políticas para vincular la universidad con un desarrollo sostenible, resumiendo la experiencia de la reforma de la UCA en Nicaragua, con sus potencialidades, contradicciones y limitaciones, como un «experimento de reforma universitaria» que puede ser útil para otras universidades.

La experiencia personal de haber participado activamente durante las dos últimas décadas en el desarrollo económico regional de Centro América y como rector por seis años en la reforma de la UCA permite trabajar la utopía universitaria desde las limitaciones prácticas.

## **La responsabilidad social de la Universidad**

Nunca antes en la historia, incluso entre las colonias y las metrópolis, se había dado un proceso que provocase tanta concentración y centralización de los ingresos y de la riqueza en forma tan creciente y exponencial. Este es el contexto donde las universidades privadas están inmersas a finales de este siglo. La conocida gráfica de la «copa de champagne» muestra la concentración del 83% del ingreso de la humanidad en un 20% de la población, mientras que el 60% sobrevive con menos del 6%. El fenómeno de los 358 billonarios con un equivalente del 45% del ingreso per cápita de la población mundial (unos 2.600 millones de personas) ejemplifica esta aberración, sobre todo en un mundo que avanza hacia una mayor interdependencia y convivencia democrática. Más grave aún es que la diferencia entre el 20% de la población mundial con los ingresos más altos y el 20% de ingresos más bajos sigue incrementándose, habiendo pasado de 30 a 1 en 1960 a 61 a

1 en 1992 y podría ser del orden de 70 a 1 para el año 2000 si la tendencia no se revierte o mitiga<sup>4</sup>.

El proceso de globalización actual, irreversible aparentemente, ofrece un gran potencial de crecimiento económico para los que tienen capacidad competitiva, pero excluye en forma creciente a los que no la tienen. El determinante principal de la pobreza moderna no es la falta de recursos naturales, ni la marginalización geográfica, sino la capacidad del factor humano<sup>5</sup> para generar valor agregado a través de la capacidad organizativa y creatividad para atraer inversiones e incorporar tecnología.

La relación de este tipo de desarrollo con la educación es más alarmante, dado que la concentración y centralización de los recursos educativos, de la calidad de la educación y de la tecnología es todavía mayor que la de los ingresos. En 1994 el gasto público per cápita en educación era de US\$ 1.221 en los países desarrollados (5,1% del PIB) y sólo de US\$ 48 dólares en los países más pobres (3,9% del PIB). (PREAL, 1998, p. 14). En 1990 el 85,6% de los gastos educativos mundiales se concentró en los países desarrollados y 14,6% en los menos desarrollados. El porcentaje dedicado a la Investigación (R&D) fue todavía más concentrado con 96% versus 4% respectivamente (Escotet 1993,52). La brecha del conocimiento se agudiza además con la fuga de cerebros del Sur al Norte.

Los recientes énfasis en la importancia estratégica de educación tanto en la Unión Europea (Delors, 1995; Attali, 1998) como en Estados Unidos, por el propio Presidente Clinton, refuerzan la convicción de que la «intensidad del conocimiento» es la dinámica y el poder creador del futuro desarrollo. Este poder sin embargo no es justo ni democrático en su origen y tampoco en sus resultados. Los que tienen y no

---

<sup>4</sup> En los últimos 15 años el mundo se ha polarizado agudamente entre los más ricos y los más pobres. El crecimiento económico ha disminuido en 100 países que representan un total de unos 2 000 millones de seres humanos, a niveles inferiores a los que tenían en 1980. Mientras que entre 1965 a 1980 el ingreso real había decrecido para 200 millones. Esta cifra se quintuplicó hasta los 1.000 millones entre 1980 y 1993. En los 30 últimos años el ingreso de la población del 20% más pobre bajaba de 2,3% a 1,4%; la proporción del ingreso del 20% de los más ricos aumentaba de 70% a 83%. (PNUD, 1996). La concentración y centralización del ingreso también sucede en los países del Norte. Desde 1980 la brecha se ha incrementado de tal forma en Estados Unidos donde el 1% de la población con los ingresos más altos ha duplicado éstos en más de un 100%, mientras que han disminuido en un 10% los ingresos para el decil de menores ingresos. (Krugman, Paul, 1994).

<sup>5</sup> «Capital humano» es un término en voga en el discurso educativo, connotando un tipo de educación guiado por la dinámica del mercado. Preferimos el uso de recursos humanos o capital humano apropiado que pretender enfatizar una formación que integre, pero a la vez supere, las demandas del mercado.

tienen agravan su diferenciación por coincidir esa discriminación con la de los que saben y no saben. «¿Cuánta más pobreza podrá aguantar la democracia?» se preguntaba el ministro sueco Pierre Schori (Shori, 1996). Las universidades nos deberíamos preguntar cuánta más pobreza, discriminación y exclusión puede soportar la democracia que permita mantener su legitimidad y gobernabilidad.

La universidad no puede ignorar ni evitar esta realidad determinante. La resolución de este dilema es fundamental para definir el rol y el carácter de la universidad, al menos de las universidades del Sur. La universidad tiene que enfrentar este reto de una forma *universitaria*, evitando convertirse en un instrumento que reproduzca las causas y condiciones de ingobernabilidad y de insostenibilidad del crecimiento económico, que al mismo tiempo alimenta las estructuras antidemocráticas de concentración y exclusión de la estructura política. (Buarque, 1991).

El reto para las universidades es todavía mayor desde la perspectiva de los pequeños países de Centroamérica y el Caribe. Centroamérica fue la región del mundo con el mayor crecimiento económico sostenido, 6% anual por veinte años, entre mediados de los cincuenta y setenta, semejante al milagro de los tigres asiáticos. Sin embargo, la región explotó en una revolución socio-política que se transformó en geopolítica en el marco de la Guerra Fría («un polígono de tiro de las grandes potencias» calificó este pasado reciente el Papa Juan Pablo II en su segunda visita a Managua en 1994). Este fuerte crecimiento económico se concentró en la dinastía de los Somoza en Nicaragua, en las 14 familias de la oligarquía salvadoreña y en el 5% de los agro-exportadores guatemaltecos provocando el estallido social. No fue la pobreza sino la injusta distribución del ingreso y la falta de democracia la que provocó la mayor crisis histórica de la región, junto con la pérdida de dos décadas del nivel del ingreso per cápita en El Salvador y Guatemala y cuatro décadas en el caso de Nicaragua. (LaFeber, 1984; Fagen, 1987; Walker, 1997).

La desmilitarización y la superación del conflicto armado, la paz y el inicio de procesos de democratización y de reactivación económica, no han conseguido erradicar las causas del conflicto histórico. Centroamérica se ve de nuevo encaminada a una sociedad de dos velocidades y de doble ciudadanía que hemos calificado como la «Somalización-Taiwanización» de Centroamérica. (Gorostiaga, 1997). Por una parte, un empobrecimiento más agudo que en el pasado de las grandes mayorías, con una exclusión creciente tanto del mercado como de la vida civil, que se refleja en los índices de pobreza, miseria y marginación. Exceptuando Costa Rica, en torno al 70% de los centroamericanos se encuen-

tran bajo niveles de pobreza, aumentando ésta de 68% a 74% en El Salvador, de 63% a 75% en Guatemala, de 67% a 76% en Honduras y de 62% a 70% en Nicaragua en los 80s y continúa deteriorándose en los 90s después de terminada la guerra, como lo reportan anualmente los informes nacionales del PNUD. El deterioro y la polarización se han seguido incrementando, hasta el punto que el propio presidente de El Salvador reconoció en las Navidades de 1996 que los muertos por la violencia civil ese año superaban a los muertos del peor año de la guerra.

Este proceso de «somalización» es reflejado en el narcotráfico, la delincuencia e inseguridad ciudadana, la inmigración interna a las ciudades que crecen 8% anualmente, la emigración a los países vecinos más prósperos como Costa Rica y Panamá al prohibirse la inmigración a Estados Unidos<sup>6</sup>. La reducción de las remesas familiares desde los Estados Unidos por las limitaciones migratorias, la principal fuente de divisas en El Salvador, Honduras y Nicaragua, afectará aún más a este sector.

En el sector «taiwanizado» por otro lado, la «pacificación» de la región ha permitido el regreso de los capitales nativos y de la inversión extranjera, fundamentalmente para las zonas francas y exportaciones no tradicionales (frutas, flores, camarones), el auge del sector de servicios financieros y comerciales, que han permitido recuperar tasas de crecimiento entre 3% y 5% para la región. La reactivación de la integración centroamericana por otra parte ha facilitado que las pequeñas élites nacionales que conforman los enclaves modernizantes en cada país se vinculen de nuevo entre sí, conformando redes familiares centroamericanas que sirven de enlace con el mercado global y las empresas transnacionales, pero con pocas vinculaciones productivas hacia el mercado doméstico.

La conformación de estas élites nacionales y sus enclaves modernizantes ha seguido una ruta semejante a la de otros países del Tercer Mundo: «la modernización agrícola» basada en la agro industria en 1950s y 60s; la creación de las subsidiarias para las compañías transnacionales bajo el paraguas protector de la «industrialización para sustitución de importaciones» en 1960s y 70s; las nuevas compañías comerciales durante la apertura comercial de los 80s y finalmente el nuevo

---

<sup>6</sup> Unos 500.000 nicaragüenses, en su mayoría ilegales, se han trasladado a Costa Rica en las dos últimas décadas, conformando casi el 20% de la población de ese país, creando crecientes tensiones políticas entre los dos países vecinos. El Río San Juan que separa a las dos naciones se ha convertido en zona de conflicto como el Río Grande entre México y Estados Unidos.



sector bancario con la «liberalización financiera» en esta década. Cualquiera observador atento podrá percibir que a través de innumerables vínculos familiares, es el mismo sistema oligárquico que, continuamente renovándose, ha permanecido siempre en la cumbre del poder económico y político, usando el aparato del Estado para pagar la factura de estas transformaciones. Las clases medias altas se han podido incorporar a este sector, según las condiciones de mayor o menor democracia en cada uno de los cinco diferentes países centroamericanos. El Estado, la cooperación externa y las agencias financieras internacionales han financiado esta continua metamorfosis familiar de la oligarquía centroamericana. (Gorostiaga, 1997, p. 77). Un doloroso corolario de esta metamorfosis es la herencia de la deuda externa que como espada de Damocles pende sobre Nicaragua y Honduras.

Las alianzas de la oligarquía con el Estado y el capital internacional, con el apoyo político de Washington, han mantenido a los países de Centroamérica en un estado permanente de polarización social. Estas élites no han servido como propulsores del desarrollo de la región ni han sido capaces de liderar ni convocar en un consenso nacional a los otros sectores sociales. Por esta razón es necesario promover a los nuevos actores económicos y políticos, lo que, desde la contribución universitaria, requiere conformar un proyecto educativo que pueda crear el capital humano apropiado que incremente la competitividad sistémica de cada país y de la región, a la vez que reduzca la inestabilidad y los costos crecientes de la ingobernabilidad social.

Estos enclaves modernizantes constituyen la «Taiwan Centroamericana» que se diferencia de la asiática en aspectos determinantes para el desarrollo. El sector modernizante no se ha vinculado con el resto de la sociedad, ni ha realizado la reforma agraria, ni la educativa, ni la distribución del crecimiento. Estas élites se perpetúan, con escasas y notables excepciones, gracias a los privilegios del Estado, al que controlan con sus vínculos familiares en la clase política.

Esta «élite taiwanizada» realizó sus estudios de postgrado principalmente en universidades internacionales. Sus estudios de pregrado en las universidades privadas, incluyendo a las tres universidades regentadas por los Jesuitas. Ambas experiencias universitarias no les ha facilitado la comprensión, ni la vinculación social ni cultural con las mayorías «somalizadas», menos aún la conformación de un proyecto de sociedad democrática y sostenible.

La concepción cultural dominante desde los tiempos coloniales identifica al campesinado con un pasado retrógrado. En esencia se mantiene el sueño de que la modernización tecnológica es la solución que levantará al país de su postración. No se pueden imaginar que la

única vía que ha hecho avanzar a los pueblos en forma continua es en base al lento proceso de acumulación del capital humano, el principal creador de la riqueza y desarrollo, generador del ahorro y del reciclaje eficiente de esos fondos en el circuito económico y social de construir un proyecto nacional en un marco de integración regional, con capacidad de insertarse y competir en el mercado global. En Centroamérica todavía estamos en esa fase de creación de la nación y consolidación de la democracia, del propio mercado y sus instituciones, y de la integración regional insustituible para pequeños países en un mundo globalizado. La inserción en el mercado global no puede eficientemente realizarse sin la creación previa de una fuerte base nacional-regional.

¿Cómo pueden las universidades contribuir a erradicar la pobreza y la desigualdad *universitariamente*? ¿Cómo pueden formar una nueva generación de profesionales que puedan erradicar las causas de esta situación y de su polarización subsiguiente e iniciar un proceso de desarrollo humano sostenible?

Stephan Schmidheiny, importante empresario mundial y presidente del Consejo Empresarial para el Desarrollo Sostenible, creado en torno a la Cumbre de Río de Janeiro en 1992, se pregunta también con Albert Einstein, cómo «Cambiar el Rumbo» y la mentalidad de los empresarios y sus empresas para responder al reto fundamental de este carácter de desarrollo:

El Desarrollo Sostenible está en el centro de una transformación económica, tecnológica, social, política y cultural mundial, y se encuentra redefiniendo las fronteras entre lo posible y deseable. Para los negocios, esto significa cambios profundos en las metas y en los supuestos que guían las actividades empresariales, con cambios en las prácticas e instrumentos cotidianos. El desarrollo económico continuado depende ahora de mejoras radicales en la interacción entre el sector empresarial y el medio ambiente. Esto puede lograrse solamente mediante la ruptura con la mentalidad empresarial tradicional y con el conocimiento convencional que soslaya las preocupaciones ambientales y humanas». (Schmidheiny, 1992, 141).

¿No deberían las universidades hacerse también esta pregunta al final del milenio, incluso con más responsabilidad que los empresarios, sobre cómo cambiar el rumbo de la Universidad para responder a los retos del desarrollo sostenible? ¿No es el Desarrollo Sostenible, ambiental, social, económico, político y cultural el eje y objetivo para definir el carácter y misión de la reforma universitaria? ¿Qué Universidad, qué Educación, para qué Desarrollo, son las preguntas que subyacen en todo nuestro planteamiento.

## Desafío y propuesta universitaria

Esta «Civilización de la Copa de Champagne» afecta a todos los países en mayor o menor grado, pero en los países del Sur se manifiesta como una civilización que no es reproducible ni universalizable para todos los ciudadanos de la «aldea global». La doble ciudadanía y la doble velocidad del desarrollo económico hace que tampoco sea estable democráticamente ni gobernable a mediano plazo.

La Universidad latinoamericana al confrontar este desafío puede encontrar en su propio pasado roles cruciales que jugó en momentos históricos, como en la creación de los Estados nacionales, en la independencia de las nuevas naciones, en la industrialización, modernización y democratización de las sociedades latinoamericanas. Hace ochenta años exactamente la Reforma de la Universidad de Córdoba en 1918 en Argentina, sirvió de fermento para un movimiento de democratización de las universidades de toda América Latina. (Tünnermann, 1991, pp. 109-163). El desafío actual no es de menor envergadura. La universidad o asume ese rol estratégico de crear los recursos humanos con calidad y pertinencia para superar las condiciones injustas e insostenibles del desarrollo actual o se verá marginada o suplantada por otras fuerzas e instituciones sociales.

Este desafío ético ha dominado el sentido de búsqueda de la Compañía de Jesús en todo el mundo desde el Concilio Vaticano II al inicio de los sesenta. Las universidades de la Compañía de Jesús reaccionaron más lentamente. La prolongación y el agravamiento de la polarización social de la mayoría de las sociedades latinoamericanas, provocó una larga y colectiva evaluación de la Asociación de Universidades confiadas a la Compañía de Jesús en América Latina (AUSJAL). Quizá esta experiencia podría servir a otras universidades privadas y públicas a preguntarse también qué universidad, qué desarrollo y sociedad necesita América Latina al final del milenio.

### *La realidad latinoamericana*

Siguiendo una típica metodología latinoamericana de Ver, Juzgar y Actuar, las 23 Universidades e Instituciones de Educación Superior de AUSJAL iniciaron al comienzo de los noventa un proceso de evaluación permanente para discernir su identidad, su misión y un plan de acción conjunto. (AUSJAL, 1995).

Al VER la realidad latinoamericana el análisis comprobó una profunda similitud de los problemas sociales enunciados, en medio de la heterogeneidad latinoamericana. La polarización social entre las

afluentes élites confronta la pauperización creciente, incluso de clases medias, y limita el crecimiento económico dificultando la consolidación de la emergente democracia. Por otro lado, los condicionamientos de los ajustes económicos exigidos por los organismos internacionales, la corrupción de las esferas públicas y la incapacidad del sector privado y de los partidos políticos manifestaba una falta de institucionalidad y carencia de actores endógenos con capacidad de liderazgo y responsabilidad frente a los nuevos retos.

Una profunda crisis de valores y actitudes responsables provocaba un círculo vicioso que no permitía resolver los problemas, y su falta de resolución provocaba más inestabilidad-inseguridad que limitaba la inversión y desarrollo económico. Por otra parte la necesidad de la sobrevivencia de las grandes mayorías generaba una sobreexplotación de los recursos naturales que amplificaba la crisis ambiental promovida por una expansión de las exportaciones en base a recursos naturales con escaso valor agregado.

La mirada universitaria también señalaba el grave déficit educativo sobre todo en calidad y pertinencia. El crecimiento universitario desde 1950 ha sido impresionante, uno de los mayores del mundo, pasando de 267.000 estudiantes universitarios a casi 8 millones, aproximadamente 10% de la población universitaria mundial (UNESCO, 1998) y se estima para el año 2000 en cerca de los 10 millones. Actualmente medio millón se gradúan por año en más de 800 universidades y unas 4.600 instituciones de Educación Superior, de las cuales un 60% aproximadamente son privadas. Esta masificación de la enseñanza superior cubre entre un 17,7% del grupo etario correspondiente (CRESAL, 1997) y un 20,7% (BID, 1997). Los docentes universitarios pasaron de unos 25.000 a más de 700.000 en estos casi cuarenta años. (Tünnerman, 1997)

La educación superior en América Latina, por su parte, tiene una creciente presencia privada de un 16% del total de la matrícula en 1960 se pasa a 32% en 1985, y a casi un 45% en el promedio latinoamericano en 1994, siendo mayoritaria en Colombia, Rep. Dominicana, El Salvador y semejante en Brasil. En el número de Instituciones de Educación Superior, de 5.438, son públicas 2.525 y 2.923 privadas, y de las universidades, 319 públicas y 493 privadas (BID, 1997, 42 y 43). Este impresionante crecimiento de la universidad privada, sin embargo, no ha enfrentado ni resuelto tampoco el problema de accesibilidad para los sectores de menores ingresos y mantiene una escasa investigación, diversificación y pertinencia para la heterogeneidad de nuestras sociedades. Ha respondido más a la demanda de urgencia de obtener un diploma para encontrar empleo y aumentar los ingresos de sobrevivencia

que a las necesidades del país como sociedad de preparar los recursos humanos apropiados para su desarrollo sostenible.

A pesar de este «boom universitario» América Latina ha aumentado sus niveles de iniquidad y de pobreza absoluta, a la vez que su capacidad competitiva se ha reducido, como se manifiesta en la disminución de su participación en el comercio mundial de 11% en 1959 a 3,6% en 1990 según la UNCTAD, donde un 1% corresponde a exportaciones de petróleo. Por otra parte, América Latina en los sesenta tenía un desarrollo económico superior al del Sur-Este Asiático. Incluso Nicaragua tenía niveles semejantes de ingreso per cápita que Taiwan. La gran diferencia actual en los niveles de crecimiento económico en buena parte se debe a la educación: «Se estima que la educación es responsable de casi el 40% del diferencial de crecimiento existente entre el Este de Asia y América Latina». (PREAL, 1998, p. 8). Por otro lado PREAL advierte: «La educación puede ser el mecanismo más importante para reducir las desigualdades en el ingreso. Sin embargo, actualmente en América Latina, la educación está haciendo precisamente lo contrario: está exacerbando la desigualdad» (PREAL, 1998, p. 8). Círculo vicioso complejo entre educación y desigualdad que incrementa la diferente eficiencia económica y competitividad estructural entre ambas regiones.

La situación sigue deteriorándose para la mayoría de las personas objetivamente, o subjetivamente para las que han mejorado en sus índices económicos pero se sienten más frustradas en sus expectativas ante el incremento de las desigualdades sociales y la falta de oportunidades. El proceso necesario de integración regional en el continente se está realizando acompañado de un proceso de grave desintegración social que mantiene las mayores tasas de iniquidad en el mundo, a pesar de los avances importantes en la democratización y crecimiento económico. Este déficit democrático del modelo económico exige la incorporación de la agenda social, ambiental y educativa.

En este panorama latinoamericano las universidades de AUSJAL, a pesar de su reconocido prestigio y de su crecimiento, tampoco han conseguido cambiar el rumbo de la educación superior y se cuestionan si no son más bien parte del problema que de la solución.

### *Evaluando la situación*

Al juzgar la situación AUSJAL reconoció la responsabilidad de las universidades como «transmisoras sin análisis críticos y visión ética de unas recetas de desarrollo que nos llevaron a procesos imposibles o indeseables» (AUSJAL n. 14). Reafirma el convencimiento del «enorme

potencial humano dormido por falta de adecuada educación», la necesidad del «reavivamiento de las identidades culturales y étnicas» para «desatar sus fuerzas creativas... y construir desde ellas no ignorándolas o negándolas» (AUSJAL n. 23 y 24). La integración latinoamericana se juzga por tanto como una necesidad urgente para «definir su relación con los bloques económicos y para negociar sin sacrificar nuestras identidades y sin olvidar las necesidades». (AUSJAL n. 23).

El juicio de AUSJAL es severo sobre sus propias instituciones y la universidad latinoamericana. «Las universidades financiadas por el presupuesto público, que felizmente permitieron el acceso popular a la educación superior, están atrapadas en muchas de las deformaciones propias de los organismos públicos». «La deformación gremialista que lleva a luchar sólo por las reivindicaciones del gremio descuidando la calidad» «la gratuidad total para el estudiante» en buena parte de sectores acomodados reflejan «la endogamia universitaria que convierte a estos centros en mundos con intereses propios dejando en un segundo plano los intereses del país». (AUSJAL n. 35).

Las universidades de AUSJAL consideradas de «élite» por PREAL y el BID en los estudios mencionados, requieren sin embargo para los jesuitas en AUSJAL una profunda transformación dado que su contribución ha sido insuficiente, «reduciéndose muchas veces a una promoción individual...de profesionales exitosos en sociedades fracasadas ... y cada vez más deshumanizadas» (AUSJAL n. 69).

Sin embargo, para AUSJAL no es suficiente una crítica honesta ni el repudio de los males del sistema: «No basta la denuncia tradicional, ni las promesas populistas de los partidos, ni las ilusiones de nuevos y globales sistemas sociales idealizados o la nueva prédica ideologizante del mercado. *Es necesario un incremento radical de la capacidad humana productiva y organizativa de nuestras sociedades, orientada y animada por nuevos valores de solidaridad que permitan mejores posibilidades de producción de bienestar interno y de negociación realista a nivel internacional*». (Énfasis en el original.) «Una clave fundamental es la formación humana a todos los niveles y la generación de amplios movimientos sociales con nuevos enfoques sobre el Estado, la vida pública y sobre el hecho productivo». (AUSJAL n. 11).

Puede sorprender el énfasis de los jesuitas en la creación de las capacidades productivas, no sólo en el acceso y distribución de la riqueza. «El elemento fundamental es la capacidad del talento humano para producir valor agregado» (AUSJAL n. 19). «Las universidades deberán convertir en eje de su estudio y formación, la creación de las condiciones para que la apertura a la globalización y al mercado sean efectivos instrumentos de producción de vida y no de muerte. Esto sólo se dará si

las universidades toman decisiones lúcidas» (n. 12). No es sólo más educación sino una formación capaz de producir la riqueza y el empleo que no existen, la recuperación de lo público y del bien común, de la eficiencia de la ética y la honestidad que imbuyan el proceso de acumulación moderna basado en la intensidad del conocimiento y en el talento humano expresado en ciencia, tecnología y capacidad organizativa.

La conciencia de la identidad universitaria enfrenta como reto moral y cultural de nuestro tiempo el darwinismo social y el individualismo posesivo que aparecen como una vertiente cultural y una antropología globalizante disfrazada de objetividad y pretensión científica.

### *Plan de Acción*

La crisis universitaria forzó a AUSJAL al análisis crítico y al mismo tiempo a proponer un Plan de Acción para la reforma universitaria. Propuestas concretas fueron desarrolladas para utilizar el potencial de la red continental y también el consenso logrado entre las universidades para enfrentar los retos de América Latina conjuntamente. Un breve resumen de este proceso puede contribuir a reforzar otras experiencias de reforma universitaria recientemente trabajadas por CRESAL-UNESCO, también por GULERPE (Grupo Universitario para el Estudio de la Reforma y Perfeccionamiento de la Educación) y UDUAL (Unión de Universidades de América Latina) entre otros:

- Priorizar la formación integral y de valores entre Fe y Ciencia, Libertad y Conciencia, entre los Saberes, Haberes y Poderes y el servicio del Bien Común.
- Mantener las preguntas antropológicas fundamentales sin dejarse atrapar por el reduccionismo ni por una supuesta neutralidad intelectual libre de valores, insistiendo en una ética aplicada, en una ética práctica de los medios para alcanzar los objetivos.
- Enfatizar el conocimiento histórico de la realidad latinoamericana y de su identidad cultural.
- Formación continua de docentes, investigadores y administradores para formar una comunidad universitaria, con alta calidad académica y científica, con énfasis en la aplicación transformadora, para lograr una mayor productividad social en las universidades.
- Presencia internacional en base a una efectiva integración de las universidades latinoamericanas, convirtiendo a AUSJAL en un órgano efectivo de colaboración e intercambio, de negociación y

de propuestas comunes ante gobiernos y organismos internacionales, para enfrentar y reconstruir la globalización al servicio de la lógica de las mayorías, es decir, desde los pueblos y sectores más necesitados.

Este Plan de Acción comenzó a concretarse desde 1995 en cada universidad con propuestas concretas para enriquecer la experiencia del conjunto de AUSJAL. Un proceso organizativo con reuniones bianuales de los rectores para evaluar y planificar el desarrollo de AUSJAL; reuniones periódicas de los homólogos (decanos, directores de investigación, de informática, bibliotecarios); grupos de trabajo por temas (Ética y Administración; ciencias sociales; desarrollo sostenible, etc.); proyectos conjuntos de la red (Universidad y Pobreza en ALC). La experiencia de la UCA de Managua que presentaremos más adelante es parte de este proceso.

### **En busca del eslabón perdido**

Para concluir esta apretada síntesis de la propuesta de AUSJAL, se podría preguntar si no debería ser este tipo de cuestionamiento también una función prioritaria de toda universidad en esta sociedad del conocimiento, donde las posibilidades objetivas de superación de estos problemas existen pero no la suficiente conciencia ni voluntad política de superarlos. La nueva responsabilidad social de la universidad radica en el hecho de vivir por primera vez en la historia en una «aldea global», donde no es posible una gobernabilidad estable y económicamente eficiente para los ciudadanos de cualquier país del mundo si estos problemas no se enfrentan internacionalmente. Al mismo tiempo un enorme potencial de oportunidades se abre para las universidades tanto del Norte como del Sur para enfrentar esta crisis de civilización actual, tanto por razones humanitarias y éticas, como por su propio interés de mejorar su calidad académica y su pertinencia social.

Ninguna otra entidad mundial está constituida como la universidad para enfrentar este reto civilizatorio. Potencialidad al menos en principio ciertamente, pero también reto y responsabilidad de demostrar con hechos su relevancia para enfrentar esta misión estratégica de servir como conciencia crítica global y como una plataforma mundial de formación de una nueva generación para el desarrollo sostenible del nuevo milenio. En este reto la universidad puede encontrar los fundamentos de su tan necesitada reforma.



La reforma universitaria debería ser por tanto una búsqueda y un inicio de respuesta<sup>7</sup>. Mencionamos algunos aspectos relevantes de esta búsqueda desde la perspectiva de la universidad frente al desarrollo.

## Universidad y progreso

El significado de progreso basado en un crecimiento material ilimitado es cuestionable por sus límites ecológicos y sociales y por la imposible generalización de este progreso moderno a todos los seres humanos. (Sakakibara, 1995). Esa visión de progreso ha sido compartida tanto por el mundo capitalista como por el socialista, variando sus instrumentos de alcanzarlo: la empresa privada en un marco de democracia de mercado para el primero; el Estado y una economía centralizada bajo el comando político del partido en el segundo.

Las universidades no pueden aceptar esta visión reduccionista de progreso sin cuestionar sus consecuencias en ambos sistemas en el pasado, y especialmente en nuestros días en que domina un fundamentalismo de mercado. Eduardo Galeano, el escritor uruguayo, sintetizó magistralmente este reduccionismo del progreso moderno: «*El Oeste ha sacrificado la justicia en el nombre de la libertad en el altar de la divina productividad. El Este ha sacrificado la libertad en nombre de la justicia en el mismo altar. El Sur se pregunta si tal dios merece el sacrificio de nuestras vidas*». (Galeano, 1991, 14-17).

La universidad, con raras excepciones, ha sido un elemento marginal en la definición de las políticas de desarrollo en el Sur. Hoy lo es todavía más, incluyendo al propio Estado, al desaparecer las políticas específicas de desarrollo englobadas en políticas de ajuste estructural concentradas en los balances macroeconómicos. Hoy la universidad se encuentra enfrentada a un gran vacío de políticas por parte del Estado y los partidos, frente a una geoeconomía que marca sus pautas por el mercado y sus agentes económicos. El Estado y los partidos políticos están sumergidos en el corto plazo y frecuentemente obcecados por la obsesión del poder. Una perspectiva de economicismo miópico amenaza al mercado dominado por la volatilidad de las finanzas.

Los nuevos desafíos de la globalización demandan más que nunca la función crítica y a la vez prepositiva de la Universidad. La creación del nuevo marco conceptual que Einstein exigía para enfrentar los pro-

---

<sup>7</sup> Es importante comparar las diferentes perspectivas y los aspectos comunes para la reforma universitaria suministrados por los recientes estudios sobre este tópico. (CRESAL-UNESCO, 1997; BID, 1997; PREAL, 1997).

blemas en un cambio de época es la tarea fundamental de la universidad.

La conclusión principal de un grupo de trabajo compuesto por los ejecutivos de fundaciones, ONGs y expertos de organismos internacionales convocados por The Rockefeller Brothers Fund (RBF) y el Banco Mundial concluyeron el prolongado trabajo afirmando que la necesidad más importante en el mundo era la de encontrar «una nueva visión, un nuevo liderazgo y la efectividad de las instituciones para resolver los problemas y aprovechar las oportunidades en un mundo global interdependiente» (RBF, 1997).

El reto y el potencial de las universidades en este tiempo de perplejidad podría ser la de articular un marco conceptual integrado y sostenible, junto con la formación de una nueva generación de profesionales capaces de reformular la globalización. «*Maîtriser la mundialización*» califica esta necesidad el reciente informe sobre la reforma de la educación superior en Francia (Attali, 1998). La creación del «liderazgo social para la interdependencia global» («the social stewardship for global interdependence») es la conclusión central de la citada comisión convocada por la Fundación Rockefeller. Cualquiera que sea la formulación más adecuada, se percibe la necesidad de superar el paradigma de la geopolítica de la Guerra Fría basado en la contención y en la seguridad militar, pero también el modelo dominante de la geoeconomía sin consideración por la agenda social, cultural y ambiental. Iniciar un proceso en el nuevo milenio hacia un proyecto de sociedad para una ciudadanía mundial, proyecto que podríamos llamar de la *sociedad geocultural*, globalmente interdependiente, democrática, culturalmente diversa pero equitativa, para que sea humanamente gobernable y sostenible.

### *Universidad y Mercado*

El mercado puede ser un instrumento de eficiencia y racionalidad competitiva que las universidades necesitan incorporar, pero sin convertirlo en la única y menos la definitiva referencia. Importantes cambios se están dando a nivel de los principales personajes de los organismos internacionales<sup>8</sup> y de algunos líderes empresariales que en las

---

<sup>8</sup> Estos cambios fueron claramente indicados por el presidente del Banco Mundial, James Wolfensohn en el discurso «The Other Crisis» ante los gobernadores del Banco Mundial el 6 de octubre de 1998:

We must go beyond financial stabilization. We must address the issues of long-term equitable growth, on which prosperity and human progress depend. We must focus on the institutional and structural changes needed for recovery

últimas cumbres de Davos y encuentros similares reconocen la ambigüedad y límites del mercado, la necesidad de su perfeccionamiento y complementación en sinergia con las instituciones del Estado y la Sociedad Civil, a la vez que demandan flexibilidad suficiente para adecuarse a la diversidad cultural. Los precios del mercado no tienen la capacidad de *apreciar* a corto plazo estos factores que requieren una visión y valoración más compleja.

La experiencia histórica indica que las universidades, sin embargo, parece que no pueden transformarse sólo ellas mismas para cumplir esta misión. Necesitan la innovación y la capacidad competitiva de los agentes sociales y del propio mercado para conseguir ser socialmente pertinentes. Esta relevancia y pertinencia social por otra parte puede crear el apoyo político y financiero por parte del Estado, de la sociedad civil y del mercado, al mismo tiempo que la universidad se convierte en un ejemplo social de transparencia y de la tan necesitada rendición de cuentas a la sociedad («social accountability»).

### *Universidad y el Continuo Educativo*

La educación es un bien público y social, no una mercancía. La gestión de ese bien social puede ser estatal, privada o mixta. La complementariedad entre los subsistemas de educación es una exigencia en América Latina debido al profundo déficit educativo de nuestras sociedades, enraizado en la pobreza de las mayorías, en la perversa distribución del ingreso y en el elitismo educativo consecuente. Lamentablemente, incluso entre las instituciones de educación de la Compañía de Jesús en América Latina, se da una segmentación entre la educación básica en las zonas más pobres del continente y la educación para las «élites» en las escuelas secundarias y en las universidades de AUSJAL,

---

and sustainable development. We must focus on the social issues ... [for] if we do not have greater equity and social justice, there will be no political stability. And without political stability, no amount of money put together in financial packages will give us financial stability.... [T]here is a need for balance ... only then will we arrive at solutions that are sustainable....

[I]n a global economy it is the totality of change in a country that matters.... Development is about putting all the component parts in place—together and in harmony.... Too often we have been too narrow in our conception of the economic transformations that are required.... We need a new development framework.... We must never stop reminding ourselves that we cannot and should not impose development by fiat from above—or from abroad.... [Development should become] sustainable and part of the strategy and fabric of society.... This is not a dream—this is our responsibility.

sin lograr el efecto multiplicador del continuo educativo. Por ejemplo, el sistema de Fe y Alegría, fundado y coordinado por los Jesuitas en ALC, con más de 500.000 niños en cientos de escuelas primarias y secundarias, y las otras experiencias de «educación popular» en otros países como México y Brasil, no están conectadas con las universidades de AUSJAL ni con los principales colegios secundarios dirigidos por Jesuitas. Este «feudalismo educativo» revela el potencial del eslabón perdido, primero dentro del propio sistema educativo y segundo, entre el sistema educativo y el desarrollo.

La educación es un continuo que no puede separarse en partes, ni fragmentar en subsistemas por estar éstos intrínsecamente conectados. La educación es un fenómeno «holístico» que requiere ser tratado como un todo para obtener la sinergia y el efecto multiplicador de cada una de sus partes en el continuo educativo. No se puede obtener una reforma de la educación básica marginando a las universidades, ni realizar una reforma universitaria de largo alcance sin implicar a la educación básica, secundaria y técnica. La falsa y peligrosa oposición entre la educación superior y la básica, la confrontación entre ambos subsistemas en el forcejeo por adquirir los escasos recursos, condena a los países del Sur a ser proveedores de mano de obra barata y no cualificada<sup>9</sup>. Se eliminan de esta forma las posibilidades de competitividad sistémica que reside en el tejido y textura social integrado de cada pueblo. La fragmentación educativa reproduce y amplifica la dualidad ciudadana económica, política y educativa que calificábamos como la «somalización-taiwanización». Aquí radica la necesidad del Contrato Social Educativo para reconstruir ese tejido social competitivo para el crecimiento económico y la urgencia de convertir a la educación en la prioridad de un consenso social para el desarrollo sostenible.

### *Universidad y Democracia*

Una globalización elitista y foránea provoca la doble ciudadanía y la iniquidad por su estructura de concentración y centralización del poder, riqueza y oportunidades, creando profundas contradicciones en la consolidación de la democracia. La universidad actualmente es parte de este problema con el peligro de seguir reproduciendo y ampliando esa dicotomía. La continuidad de este patrón de desarrollo llevaría a la

---

<sup>9</sup> El excelente libro *La Educación y el Banco Mundial* de José Luis Coraggio, Rector de la Universidad Nacional General Sarmiento en Buenos Aires y de Rosa María Torres, Directora del Programa de W.K. Kellogg Foundation en América Latina presenta un análisis detallado de un tema cada vez más debatido.

consolidación de una «élite cognoscitiva» y una «sociedad de castas» por la metamorfosis familiar y la fertilización cruzada entre las familias de la élite cognoscitiva con la financiera, como lo señalan los profesores de Harvard en un controvertido libro. (Herrnstein & Murray, 1994). La falta de procesos de democratización de la calidad educativa para los sectores con talento pero con escasos recursos económicos es un fenómeno internacional. En Estados Unidos el *New York Times* (junio 21, 1998) advierte en titular de primera página que las universidades están utilizando sus fondos de becas sociales para atraer a los/as estudiantes más capaces, reduciendo los fondos para los estudiantes con menos recursos económicos: «Las universidades están dando menos ayuda financiera a los más necesitados. La ayuda es usada como un incentivo. Las instituciones élite están realizando acuerdos especiales con los estudiantes más capaces... usando las becas para atraer a los/as estudiantes más brillantes («top»), dedicando menos recursos para los/as de menores recursos.»... «Estamos experimentando el incremento de mayores privilegios para los estudiantes más ricos y de clases medias.» La Comisión sobre Educación Superior en Francia, presidida por Jacques Attali, señala este elitismo educativo como un peligro para la unidad de Francia y una amenaza para la unión de la Comunidad Europea (Attali, 1998).

El reto actual para la universidad es el de construir una estrategia que permita utilizar el potencial del conocimiento como un elemento democratizador en la sociedad global formando al capital humano apropiado para el desarrollo sostenible y no reproducir la desigualdad y la doble ciudadanía que conlleva ineficiencia, ingobernabilidad e insostenibilidad ambiental. Nuevas investigaciones y mucha experimentación se requiere para encontrar los vínculos necesarios entre la universidad y los agentes sociales del desarrollo y la democracia en el Sur (profesionales pioneros en las empresas, organizaciones de pequeños productores del campo y la ciudad, en los municipios, ONGs, organizaciones de mujeres y ambientalistas, etc.) para convertir a las universidades en entidades pertinentes, efectivas y autónomas. Más que ser un instrumento para la movilización social para ganar acceso a las estructuras de riqueza y el poder existente en sociedades subdesarrolladas, las universidades deberían vincularse con los actores sociales que crean una nueva riqueza en forma más sostenible, equitativa y democrática.

Hacer que la calidad universitaria sea accesible a estos nuevos actores sociales, capaces pero excluidos, y por otra parte incorporando sus experiencias locales de desarrollo en el currículo universitario, puede ser un factor determinante para encontrar los «puentes» para superar la brecha del «mal-desarrollo» y de la limitada participación de la democracia actual. La ciencia y la tecnología en las universidades del Sur

tiene que dar un «salto mortal», argumenta María de Ibarrola, para conseguir ligar la ciencia y tecnología apropiada con los diferentes agentes productivos y sociales para «superar la carencia de una distribución más orgánica y democrática y lograr la articulación de los diferentes niveles del conocimiento tecnológico entre toda la población» (Ibarrola, 1996, p. 7). En la experiencia de la UCA que analizaremos más tarde, llamamos «profesionales puentes» a esta nueva generación capaz de articular la academia y la tecnología con los agentes del desarrollo sostenible y la democracia participativa, para superar la «sociedad de castas» y el «apartheid tecnológico».

### *La Crisis del «Ethos Universitario»*

Tres transiciones históricas catalizaron en torno al fin de la Guerra Fría: la revolución tecnológica, la globalización económica y la globalización informática y cultural. Estos tres hechos quasi simultáneos han producido un «cambio de época»<sup>10</sup> más que una época de cambios. La perplejidad, incertidumbre y confusión de cambios tan profundos y acelerados implica también un cuestionamiento serio para las universidades y una redefinición de sus funciones.

El «ethos cultural» en el pasado tenía sus raíces en una nación definida, en un tipo de trabajo específico dentro de un marco cultural-religioso de valores localizados en una comunidad particular. La universidad era parte de ese ethos cultural. El cambio de época ha transformado también el paradigma de ese ethos cultural. Los problemas de la nueva época no se pueden enfrentar desde un ethos que responde a realidades del pasado. Se requiere reconstruir un nuevo ethos para enfrentar los problemas de nuestro tiempo, comenzando por reconstruir el propio «ethos universitario».

La Universidad tiene un papel privilegiado como conciencia crítica, integradora y propositiva de la sociedad. Ella podría incorporar los elementos que el sistema social dominante no puede integrar satisfactoriamente y que son fundamentales para la conformación del nuevo ethos: el trabajo, la ética y los valores, las relaciones de género, el medio ambiente, la diversidad cultural y la nueva generación (el hecho de que más del 90% de los nuevos nacimientos se dan en los países del Sur). Estos temas fundamentales deberían conformar áreas de formación universitaria

---

<sup>10</sup> «Cambio de época» pretende señalar la ruptura y la emergencia de una nueva era histórica tal como sucedió con el Renacimiento y la Revolución Francesa. Una época de cambio refleja más bien un flujo «normal» de eventos que no implican una ruptura histórica de tanto alcance.

cruzando horizontalmente todas las profesiones, currículos y departamentos, a través de un sistema de créditos incorporados en las diversas carreras. Todas las profesiones tendrían que internalizar esta temática desintegrada por la excesiva especialización, para poder responder a la realidad de nuestro tiempo. Esto implica una ruptura epistemológica en la forma de conocer y enfrentarse a la realidad, que es requerida para integrar las perspectivas, intereses y sentimientos del mundo del trabajo en profunda transformación, de la mujer en su nueva relación de género, en la relación sostenible con la naturaleza, desde las diversas culturas y desde la perspectiva sin aparente futuro de una nueva generación en el Sur que no encuentran ni espacio ni posibilidades para su desarrollo en el mundo tal como se está conformando. Cada profesión debería integrar la epistemología proveniente desde estos temas fundamentales, para ayudar a conformar un ethos cultural más integrado al cambio de época. Este «ethos» a la vez contribuiría a que la universidad encuentre su nuevo rumbo y consiga la transformación requerida.

Esta búsqueda del ethos universitario está en la raíz profunda de la «opción preferencial por los pobres» de las universidades de AUSJAL, que no es una pobre opción para las universidades, sino más bien refleja un reto ético para confrontar la crisis del ethos civilizatorio de la triple transición que nos ha tocado vivir al final del milenio.

Para las universidades este reto implica la búsqueda de una mayor calidad educativa, una equidad social que conlleva el «empoderamiento» de los pobres al mismo tiempo que busca recuperar el sentido de la vida de los más ricos, con el fin de conseguir el capital humano apropiado y solidario para el desarrollo sostenible, especialmente en los países del Sur.

### *Universidad e Internacionalización de la Educación*

Junto con el proceso de democratizar el conocimiento, se abre un gran potencial para su internacionalización. Las universidades privadas pueden contribuir con las vinculaciones con sus homólogos internacionales para la transferencia de personal y tecnología, métodos pedagógicos y administrativos, cursos e investigaciones compartidas. Al mismo tiempo las universidades del Sur pueden aportar su diversidad cultural, sus experiencias locales necesarias para el funcionamiento de una globalidad democrática.

El potencial de las universidades Jesuitas, que conforman, posiblemente la mayor red institucional de educación superior privada, con casi 200 universidades e instituciones de educación superior alrededor del mundo, no se ha dinamizado todavía en proyectos de complementa-

ridad internacional. El potencial de esa red global sigue atomizado por subsistemas y países, sin utilizar las ventajas comparativas de la institucionalidad global, ni las nuevas oportunidades de la era de la información para la educación a distancia. Proyectos piloto de cooperación y complementariedad entre universidades en diferentes partes del mundo enriquecen mutuamente a las universidades, facilitan la construcción del nuevo ethos cultural, ayudan a vincular la educación universitaria con la educación básica para avanzar en la expansión y democratización del conocimiento. La internacionalización de la educación superior es un paso importante para crear una cultura de paz y dar un paso crucial para la democratización de la globalización y superar la dependencia y el neocolonialismo moderno.

Sin embargo pueden reforzar también un «neocolonialismo educativo». Por ello el Sur requiere universidades experimentales para descubrir el potencial de la universidad para el desarrollo sostenible pertinente para cada realidad. Se requiere esta experimentación para evitar el peligro del «isomorfismo», es decir, de un inducido o impuesto sistema de valores, técnicas y métodos que convergen a través de un proceso organizacional de acreditación-homologación, o más simplemente por pura imitación o copia de las universidades del Norte. Este «isomorfismo» es también inducido por el condicionamiento financiero de las agencias internacionales<sup>11</sup>. Este «isomorfismo coercitivo, mimético o normativo» (Levy 1988) es facilitado también por una noción implícita de lo que es la universidad «modelo» (p.e. Harvard, MIT, Oxford) y en parte también generado por un estilo de «genuino profesionalismo» según las universidades del Norte.

Por otra parte, la standarización internacional, un Estado educacionalmente coercitivo, con un sistema legal común y rígido para todas las universidades, no facilita la experimentación y la flexibilidad. En las universidades privadas adicionalmente un «corporativismo» de las Juntas de Directores («trustees») limitan las posibilidades de universidades experimentales en el Sur. La investigación sobre la propia universidad del Sur, las iniciativas creadoras de mayor calidad y pertinencia sobre universidad y desarrollo son imprescindibles para encontrar el nuevo

---

<sup>11</sup> En la Séptima Conferencia de Ministros de Educación de Africa en Durban, Sud Africa, Federico Mayor reconoció públicamente este fenómeno: «Como Director General de UNESCO no puedo aceptar que el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional continúen tomando decisiones y sigan haciendo recomendaciones en temas educativos para los cuales no están suficientemente informados. Ellos deberían concentrarse en los asuntos económicos, en la banca y finanzas y dejar la educación a la UNESCO y a las otras agencias internacionales encargadas de esta temática.» PanAfrican News Agency, 22 de abril de 1998).



ethos universitario y al mismo tiempo hacen a la universidad más relevante y más financiable.

### *El Dilema después de la Cumbre Presidencial en Santiago*

La búsqueda del eslabón perdido entre la universidad, el continuo educativo y el desarrollo sostenible podría aparecer como una utopía irrealizable dadas las complejidades y contradicciones de esta tarea. Sin embargo nuevos espacios políticos e incluso consensos educativos se están abriendo paso, junto con una mayor conciencia de la necesidad de priorizar a la educación y la reforma universitaria. El Plan de Acción de la Segunda Cumbre de las Américas en Santiago de Chile (19/4/1998) enfatizó precisamente sobre la educación y su interrelación con los componentes sociales, económicos, ambientales y políticos. Es significativo el claro contraste con la Cumbre de Miami en 1994 reducida fundamentalmente al comercio y el crecimiento económico.

«Educación, la Clave para el Progreso» es el título del primer capítulo del Plan de Acción de la Cumbre de Santiago. Las reformas educativas anunciadas en Santiago permiten fortalecer un proceso educativo integral amplio, cubriendo todos los niveles del sistema educativo. Se propone alcanzar un consenso hemisférico sobre los problemas que confronta la educación y una estrategia hemisférica para superarlos. La «equidad, la calidad, la relevancia y la eficiencia» son los principios enfatizados en este proceso educativo. La Cumbre de Santiago apoya también las estrategias educativas que promuevan el desarrollo de valores, principios democráticos, los derechos humanos, las nuevas relaciones de género, la paz, la tolerancia y el respeto por el ambiente y los recursos naturales (Plan de Acción, 1-4).

La educación superior es específicamente considerada en este proceso como un componente que debe colaborar en esta tarea a través de la investigación, la pedagogía y el uso de las tecnologías modernas para vincular las escuelas con las comunidades y establecer enlaces educativos a nivel nacional y hemisférico. Las Universidades son animadas a participar dadas las ventajas comparativas en estos campos. La «decidida determinación» de los Presidentes de cumplir con las metas reconociendo «la importancia central de la educación como fundamento del desarrollo» y de «propiciar la asignación de los recursos necesarios al gasto de la educación» y «el compromiso de promover la cooperación horizontal y multilateral en materia educativa» (Plan de Acción, 4) abren nuevas oportunidades para la reforma universitaria, para la integración del continuo educativo y la promoción de un Contrato Social Educativo nacional con posibilidades de vincularlo en acuerdos subre-

gionales. Las universidades de América Latina y el sistema educativo en su conjunto nunca tuvieron antes un pronunciamiento y compromiso público de tal alcance de todos los gobiernos del hemisferio en su conjunto. Su implementación dependerá, en buena parte, de la dinámica de las propias universidades de aceptar el reto y ganar la oportunidad con propuestas concretas.

Para implementar el mandato de la Cumbre, el Banco Mundial convocó un mes más tarde, el 5 de junio en Washington, a los ministros de Finanzas y Educación del Hemisferio, junto con dirigentes empresariales y expertos bajo el sugestivo título «Making Education Everybody's Business». Se buscaba encontrar fórmulas exitosas para lograr «education partnership» entre el sector público y privado y las agencias internacionales. Esta «asociación educativa» pudiera servir para fortalecer el proceso de lograr el Contrato Social Educativo sugerido anteriormente.

Los dilemas sin embargo permanecen abiertos. Dependerá de la capacidad de vinculación de las universidades entre sí, tanto estatales como privadas, de la calidad de sus propuestas como también de que se defina el papel de las universidades en este proceso educativo continental. Los niveles de participación y transparencia son determinantes para el éxito de estos procesos educativos. Lo mismo que el consensuar los principios fundamentales del desarrollo sostenible que se propone la Cumbre de Santiago, sobre todo cuando América Latina se ve amenazada por el ciclo de la crisis Asiática, de Rusia, de Brasil y de la inestabilidad financiera global. El momentum educativo es también un momentum del desarrollo.

## **La UCA como universidad experimental**

La apretada síntesis de esta experiencia de reforma universitaria en la Universidad Centroamericana, UCA-Managua<sup>12</sup>, la consideramos importante para facilitar, comparar y aprovechar las potencialidades, a

---

<sup>12</sup> La UCA fundada en 1960 como la primera universidad privada de Centroamérica, contaba en 1997 con unos 7.000 alumnos, de los cuales 5.000 en cursos de pregrado, 1.500 en cursos intermedios de formación permanente para estudiantes que trabajan, unos 300 en maestrías y postgrados, además de los ocho centros de investigaciones aplicadas al desarrollo sostenible. La UCA recibe presupuesto del Estado, forma parte del Consejo Nacional de Universidades y ofrece educación gratuita en los cursos de pregrado. La polarización política de Nicaragua convirtió a las universidades en un «campo de batalla» en los noventa en torno a la lucha por mantener el 6% del presupuesto estatal reconocido por la Constitución para las universidades. Este violento conflicto paralizó en buena parte el proceso de reforma iniciado en el CNU en 1991.

la vez que para superar las limitaciones y contradicciones de estos difíciles procesos.

### *Las primeras universidades privadas en Centroamérica*

La UCA-Managua fue fundada en 1960 como la primera universidad privada de la región, seguida en los años siguientes por la Universidad Rafael Landívar en Guatemala y la Universidad José Simeón Cañas, la UCA-San Salvador, como parte de un proyecto regional educativo de la Compañía de Jesús para enfrentar un conjunto de nuevas necesidades de Centroamérica en aquel tiempo:

- La demanda creciente de educación superior de las familias educadas en los colegios secundarios de los jesuitas de la región, junto con la demanda de las crecientes clases medias buscando una educación superior de calidad para sus hijos, pero no teniendo la capacidad económica de enviarlos a universidades del extranjero e insatisfechos de las condiciones políticas y/o académicas de las universidades públicas.
- La urgente necesidad de profesionales cualificados para responder a las transformaciones agroindustriales creadas por el Mercado Común Centroamericano en ese período, combinado con el fuerte crecimiento económico de la década de los 60s que permitía la creación de universidades privadas financiadas por los alumnos.
- La presión política de la comunidad empresarial y de los propios gobiernos militares-conservadores de la época, que buscaban crear alternativas a las universidades públicas controladas por la izquierda y grupos progresistas y/o deseaban mayor estabilidad y calidad académica en la educación superior.
- Estas realidades regionales se entrecruzaban con el compromiso ético-religioso de los propios jesuitas en torno al Concilio Vaticano II de formar una nueva generación de profesionales de alta calidad profesional y mayor conciencia social para enfrentar los problemas dramáticos que se acumulaban en la región y que provocarían el estallido de la crisis histórica de Centroamérica pocos años después.

La UCA-Managua desde su fundación estaba enmarcada por este conjunto de demandas contradictorias. La universidad fue construida en terrenos donados en parte por el propio Somoza y el gobierno de la dictadura contribuyó con el financiamiento de la construcción. El Rec-

tor fundador fue un pariente cercano de los Somoza, un jesuita miembro de la aristocracia de Granada. Además la mayor parte de los miembros de la Junta de Directores de la UCA provenían de esta ciudad cuna del conservatismo nicaragüense. En su discurso inaugural el Rector estableció sin eufemismo los parámetros políticos de la primera universidad privada en Centroamérica: «una de las mejores armas contra el comunismo y ella será la primera víctima si el comunismo llegase a dominar en Nicaragua». (Harrington, 1993, 50).

En la crisis político-social entre 1960 y 1980 las tres universidades centroamericanas fueron lugar de fuerte confrontación ideológica y política, plataformas de lucha por los derechos humanos, que además se transformó también en un intenso debate teológico sobre el papel de los cristianos en las transformaciones sociales. La expulsión de varios jesuitas vinculados a la Teología de la Liberación de la UCA-Managua al comienzo de los 70s y de la Rafael Landívar a final de la década, ejemplifican estas tensiones. El asesinato de los seis jesuitas y de las dos empleadas en la UCA de San Salvador hace diez años simboliza con dramatismo el proceso de transformación y el compromiso social de las universidades en la lucha por la democracia y la defensa de los derechos humanos. (Ellacuría, 1991; Sobrino, 1990; Beirne, 1996; Harrington, 1993; Witfield 1995).

Después de los Acuerdos de Paz de Esquipulas en 1987 y con el fin de la Guerra Fría, un frágil proceso de paz y democracia comenzó a establecerse en la región. La reactivación económica en el marco de un rígido ajuste estructural acompañó este proceso, consiguiendo mejorar los balances macroeconómicos pero dejando sin resolver, incluso empeorando, las causas sociales que provocaron la crisis histórica. El reciente huracán Mitch desenmascaró esta realidad social, política y ambiental que enmarca el carácter de Centroamérica del siglo XXI y de las universidades en la región. (Gorostiaga, 1997; Comisión Sandford, 1989; Walker, 1997; INCAE, 1998).

### *La Propuesta de reforma de la UCA-Managua*

Desde 1991 la UCA comenzó un proceso de profundas reformas. Como miembro del Consejo Nacional de Universidades (CNU) la UCA buscó la coordinación y colaboración de las otras universidades convencida de que la reforma universitaria requiere al menos un mínimo consenso entre las instituciones nacionales de educación superior. Sin embargo no fue posible el consenso. Como rector de la UCA en 1992 propuse que se iniciase un proyecto piloto con una o dos universidades, que sirviese de experiencia facilitadora hasta que las de-

más universidades tuvieran condiciones para iniciar la reforma. Tampoco esta propuesta fue acogida por las divisiones internas en los Consejos Universitarios de otras universidades, pero fundamentalmente por la falta de autonomía política de los gremios y de algunos rectores, que utilizaron las universidades como plataforma política en la polarizada situación de la postguerra. La UCA decidió realizar la experiencia autónomamente manteniendo informado al CNU del proceso. (CNU, 1993; Serrano, 1993; Vargas, 1994; Tunnerman, 1997; Arrien *et al.* 1997).

Esta nota inicial pretende solamente señalar la complejidad ambiental del proceso de reforma. La lucha universitaria en Nicaragua desde 1990 ha sido uno de los diversos frentes en los cuales se ha manifestado la profunda crisis nacional, todavía sin visos de solución. La mayoría de las universidades han funcionado como epifenómenos de una batalla política por mantener o ganar espacios de poder.

### *Autonomía: Identidad y Misión*

En medio de la polarización nacional y universitaria de la Nicaragua de 1991, el Consejo Universitario de la UCA y la Junta de Directores decidieron iniciar la transformación universitaria. Sin embargo existían dentro de la misma UCA dos proyectos de reforma antagónicos. Un sector de los profesores y el liderazgo estudiantil identificados con el sandinismo buscaban mantener la UCA-Managua como una universidad gratuita financiada por el presupuesto del Estado, con un sistema de gobierno dividido entre los jesuitas y los gremios, con cargos de elección asamblearia para todas las funciones, incluyendo la del propio Rector, manteniendo a la universidad dependiente de las directrices del CNU. Esta alternativa de reforma implicaba que la perspectiva política del sandinismo prevalecería en la UCA como en el resto de las universidades del CNU.

Por otra parte, los jesuitas y los profesores, administradores y estudiantes más vinculados a una tradición educativa de la Compañía de Jesús, mantenían que la UCA sufría una crisis de identidad y de proyecto, sin objetivos académicos de calidad, sin eficiencia administrativa, sin pertinencia educativa para enfrentar la grave crisis del país y claramente sin suficiente autonomía universitaria para poder alcanzar esos fines. Por consiguiente, era imprescindible restablecer la UCA dentro de los lineamientos de las universidades latinoamericanas de AUSJAL y desde ese proceso contribuir a superar la crisis universitaria nacional, manteniéndose abierta a la cooperación con el resto de las universidades y con el sistema educativo en su conjunto.

También existía, aunque minoritario, un sector más conformista que mantenía que no se daban las condiciones nacionales para iniciar la reforma. Incluso algunos proponían que era mejor un cierre temporal de la universidad.

En este complejo ambiente, después de numerosos intentos en 1992 y 1993, se tomó una decisión mayoritaria tanto en el Consejo Universitario como en la Junta de Directores que la reforma de la UCA era un proyecto piloto que no podía esperar, no sólo por las necesidades internas de la universidad sino por las propias necesidades de Nicaragua. El proyecto de renovar la UCA se transformaba en un símbolo necesario para la sociedad nicaragüense de que se podía enfrentar la crisis nacional en forma constructiva.

La primera lección aprendida fue que sin recuperar la autonomía universitaria no habrá posibilidades de genuinas reformas universitarias. Autonomía frente a los partidos políticos, al propio Estado, los grupos económicos y las instituciones financieras internacionales para lograr un espacio académico y de compromiso responsable con la sociedad. Esa difícil autonomía consigue por su parte una mayor credibilidad con estas entidades y sectores que necesitan a su vez una universidad pertinente y capaz de contribuir académicamente a la resolución de los problemas que ellas mismas enfrentan en la sociedad.

La politización de la universidad, por alinearse con los partidos políticos o convertirse en una plataforma de sus luchas intestinas, ha sido un factor determinante en la pérdida de la calidad académica y también de la propia relevancia social de la universidad. La experiencia de la UCA y de otras universidades en ALC (Buarque, 1991) muestra que la genuina política universitaria radica más bien en la calidad académica comprometida con un desarrollo cultural y económico sostenible, a través de una investigación de calidad y pertinencia, al mismo tiempo que conforma una nueva generación de profesionales que «carguen y se encarguen de la realidad nacional» y se conviertan en «conciencia crítica y prepositiva» como proclamaba antes de su asesinato el rector Ignacio Ellacuría S.J. en la UCA de San Salvador.

### *La Nueva Generación*

Los sujetos fundamentales de la universidad son los estudiantes, siempre que ellos se apropien de su propia responsabilidad y el destino de ser sujetos para sí, siendo sujetos para los demás. El estudiante que busca la meritocracia universitaria como ascenso individual en la escala social es un universitario pero no un sujeto fundamental para la nueva universidad que necesita Centroamérica en la historia actual. Posi-

blemente se podría decir lo mismo del resto de los países de América Latina. La política de admisión por tanto y los criterios para la misma, conforman en buena parte el carácter de una universidad y de su responsabilidad social.

La generación estudiantil entre 1990-97 fue una cohorte estudiantil especial. Fueron el producto y a la vez actores de una insurrección popular, de una agresión y de un conflicto social, político y económico que dividió al pueblo nicaragüense trascendiendo clases sociales, géneros, etnias y religión.

Con la derrota electoral del sandinismo y el cambio de gobierno en 1990, un triple proceso de transición se institucionalizó en Nicaragua. La transición de la guerra a la paz, de una economía de orientación socialista a una de mercado neoliberal, de un Estado-partido dominante a una democracia electoral nepotista de débil constitucionalidad.

La generación estudiantil que ingresó a la UCA en los noventa eran parte de este difícil proceso de transición con tres características peculiares: Un grupo provenía de los recién graduados de la secundaria, entre 17 a 19 años, con escasa experiencia de la dinámica que Nicaragua estaba transitando; un segundo grupo era conformado por los desmovilizados del ejército, policía y de los grupos «contras»; el tercero estaba conformado por una avalancha de nuevos desempleados, estudiantes maduros entre los 25 a 40 años, que buscaban refugio en la universidad contra el desempleo, para reciclarse y/o para completar estudios que tuvieron que abandonar en los años de la guerra. Una generación de transición, en que se mezclaba la experiencia y generosidad de una época en que fueron actores históricos, con una generación postbélica que entraba confusa y perpleja a una universidad también en transición. La UCA en transición también, entre un pasado con orígenes vinculados al somocismo en los sesenta, un conflicto interno en los setenta, incluso entre los propios jesuitas para superar ese pasado y poder jugar un papel activo en el conflicto contra la dictadura, un «apoyo crítico» a la Revolución con un fuerte compromiso con la consolidación de la paz en los ochenta. En los noventa la UCA se cuestionaba cuál era su papel como universidad en la reconstrucción y nuevo desarrollo del país. No fueron años fáciles para la universidad ni envidiables para ningún rector.

La generación estudiantil de los noventa evidentemente requería una política de admisión estudiantil también de transición por algunos años como parte de su contribución a la reconciliación y consolidación de la paz. Se establecieron programas especiales para 800 lisiados de guerra tanto sandinistas como contras; se fomentó el deporte, la cultura y la pastoral universitaria para integrar a los diversos grupos; se mantu-

vo la gratuidad usando el presupuesto del Estado para poder incorporar a estudiantes de escasos recursos económicos o desempleados. Por otra parte se creaban aranceles diferenciales para los estudiantes con mayores recursos y se exigía autofinanciar completamente los estudios de postgrado. Se mantuvo una política balanceada de admisión entre el campo y la ciudad, de género y de clase social.

Estos intentos, sin embargo, no resolvieron el problema de incorporar la generación de los noventa en la nueva UCA. La UCA no contó con personal capacitado para enfrentar esa compleja problemática. Esta tarea fue de las más contradictorias en todo el proceso, al intentar consolidar la autonomía universitaria frente a la aguda politización estudiantil y del país, elevar la calidad académica en tiempos de una grave crisis nacional, al mismo tiempo que se profundizaba una opción educativa de largo alcance por los más necesitados. Al señalar esta seria debilidad de no haber podido integrar a la mayoría del estudiantado en el proceso de reforma, por excesiva politización partidaria o por apatía ante un proceso desconocido o por falta de capacidad en la dirección de la universidad, se pretende enfatizar que las universidades del Sur en situaciones de postguerra o de profundas transiciones políticas tienen que considerar cómo enfrentar situaciones similares en las políticas de admisión. Sin una política estudiantil adecuada a las características locales las reformas pueden ser irrelevantes, inefectivas o muy prolongadas.

### *La transformación curricular*

Simultáneamente a la tarea de «refundar la UCA» en su identidad y de responder a las necesidades coyunturales de la nueva generación, un serio trabajo innovativo curricular se inició en los departamentos, institutos de investigación, facultades, biblioteca y en los sistemas operativos (informatización, administración, situación legal). Con este fin se inició una campaña internacional de acuerdos con universidades que mostraron interés en participar en el experimento de reforma universitaria. Sin esta cooperación los recursos humanos locales no hubieran podido enfrentar la transformación curricular.

El diagnóstico académico de la UCA al inicio de los noventa señalaba la debilidad académica del cuerpo de profesores (de los 270 a tiempo completo para los 5.000 estudiantes de pregrado, solamente una minoría tenía títulos de maestría o estudios especiales y poco más de una docena contaban con el doctorado). En esas condiciones era difícil una reforma curricular e iniciar los cursos de postgrado.

Con el apoyo de un grupo de expertos nacionales e internacionales que se comprometieron con la propuesta de reforma de la UCA dentro



de los lineamientos de AUSJAL, se diseñó un plan para utilizar los convenios académicos con universidades de prestigio internacional con un triple objetivo:

- Formación de alto nivel académico para 25% de los profesores en el extranjero o en cursos de maestría organizados en la UCA en cooperación con otras universidades.
- Reforma curricular de las principales carreras con el apoyo de dichos expertos y universidades.
- Mayor vinculación de los institutos de investigación a las facultades sin perder la autonomía de los mismos.

Conviene señalar que el mismo proyecto de reforma atrajo recursos financieros. Más bien fue la falta de capacidad de la UCA de absorber eficientemente los recursos la que retrasó el proceso. Se podría decir, basados en la experiencia de la UCA, que esta cooperación resulta mutuamente beneficiosa para las universidades involucradas. Numerosas universidades del Norte reconocieron la riqueza de las experiencias y de conocimientos que obtuvieron para sus propias universidades trabajando en la reforma de la UCA y en la vinculación de la universidad con el desarrollo sostenible. La internacionalización de la educación superior es todavía un proceso incipiente en relación a todas sus potencialidades.

### *Reformulación de la contratación docente*

Una tarea esencial pero delicada y difícil. En el diagnóstico de la UCA y en innumerables sesiones con el claustro de profesores, un conjunto de graves anomalías en el sistema contractual de los profesores se hicieron patentes. Profesores de tiempo completo daban clases en varias universidades, dedicaban el tiempo de investigación o de tutoría a consultorías externas, no preparaban las clases ni actualizaban los sílabos, etc. De hecho eran profesores de tiempo horario. La razón más obvia de este comportamiento era el bajo salario universitario que tenían que redondear para sobrevivir. Esto era evidente. Pero también fue apareciendo la falta de un proyecto universitario y de un compromiso con la necesidad de rehacer la universidad en un porcentaje importante de los docentes. Sin superar este problema tampoco se podía consolidar la reforma.

Después de una detenida investigación y de varios años de seminarios y propuestas, se introdujo una multifacética reforma. Se doblaron los salarios de los profesores a tiempo completo con un compromiso de dedicación total, de aumento de la calidad y la eficiencia en el servicio

a los estudiantes bajo sistema de rendición de cuentas y evaluaciones periódicas. Los nuevos contratos podían ser aceptados o pasar al estado de profesor horario, también doblando el salario por hora, pero con las mismas exigencias de evaluaciones periódicas por los alumnos, los pares y la administración, o dejar la universidad con una compensación muy superior a la que determinaba la ley.

No fue una decisión fácil. La plantilla de profesores de tiempo completo se redujo de 270 a unos 80, aumentando el número de profesores horarios. Las ventajas de la revisión de los contratos se sintieron en poco tiempo tanto por los alumnos que se sintieron mejor atendidos y con más calidad docente, como por las autoridades universitarias que experimentaron un mejor espíritu de equipo y colaboración con la reforma académica. De hecho se dio un salto en la vida comunitaria de la universidad, aunque quedó amargura y protesta en los que no aceptaron las propuestas.

Una cultura de evaluación sistemática y de innovación permanente comenzó a establecerse, resultando en mejores sílabos, docencias, tutorías, calidad de las investigaciones y participación en la vida universitaria. El nivel de tensión se redujo en la universidad, los estudiantes comprendieron que la reforma era seria y favorable para sus intereses. Otras universidades iniciaron procesos similares de evaluación y de revisión de los contratos salariales. La cooperación con las universidades internacionales dio también un salto de calidad.

Cinco transformaciones académico-administrativas acompañaron estas reformas en el pregrado: La mayor integración de los institutos de investigación en la vida académica, el inicio de los cursos de postgrado, la integración al campus de los cursos de técnicos intermedios, la reforma administrativa y la consolidación de la universidad como una Plataforma de Encuentro Nacional y Regional.

### *Los institutos de investigación catalizadores para el Desarrollo Sostenible*

Debido a la situación conflictiva de Nicaragua y en especial de la universidad, los institutos de investigación, de reconocido prestigio internacional, permanecieron aislados de la vida universitaria. (Ver anexo). El proceso de reforma inició su integración a la vida académica, al mismo tiempo que los institutos servían de vínculos entre las facultades de la UCA con los problemas de desarrollo del país.

El experimento de reforma educativa de la UCA enfatiza el papel de los institutos de investigación y desarrollo porque representan un fenómeno determinante en la reforma universitaria y en la formación de una nueva generación de «profesionales puente» con un capital humano

apropiado para las necesidades del desarrollo en el Sur. Una enorme brecha intelectual y cultural existe entre, por ejemplo, el conocimiento universitario y las necesidades de los campesinos y del sector informal y entre su conocimiento experimental-local y el «know-how» de los profesionales graduados en la universidad. Un eslabón se ha perdido entre la universidad y el desarrollo local, entre las micro-empresas y pequeños productores rurales y urbanos y la formación universitaria. Estos sectores conforman la mayor parte del empleo y entre el 50% y 70% del PIB en los países más pobres.

Esta brecha amplifica el dualismo mencionado entre la «Somalia y Taiwan» domésticas, incrementando una especie de apartheid económico, social y tecnológico. Este eslabón perdido entre lo macro (nacional) y lo micro (local), entre lo nacional-regional y global requiere «profesionales puente» capaces de crear estas vinculaciones entre las diversas experiencias locales en primer lugar, entre éstas y el desarrollo nacional en segundo lugar, para poder vincularse con los procesos de integración regional y global en forma competitiva. El componente más permanente y generalizado de la crisis del desarrollo en el Sur es la escasez de este apropiado capital humano más que la escasez de recursos financieros o naturales. Las universidades necesitan entrenar hombres y mujeres que sean «profesionales y formadores de otros», reproduciendo una cadena educativa de formación del capital humano apropiado en los diferentes puestos de trabajo.

La función de los institutos de investigación aplicada es la de servir de puentes entre los técnicos y profesionales en la universidad y los actores locales, presentando los problemas locales para ser analizados en los currículos universitarios, al mismo tiempo que ofreciendo investigaciones que transformen los currículos; vincular con una formación apropiada lo macro y lo micro, lo local y lo global puede lograr una «estrategia gloncal» (global-nacional-local) que catalice el «campus universitario» con el «campus de la realidad nacional», ambos esenciales para la universidad que requieren los países del Sur.

Las universidades por lo general carecen de métodos de integración y evaluación apropiados para este tipo de experiencias académicas donde las experiencias exitosas de desarrollo local puedan ser incorporadas a la vida universitaria. Sin esta vinculación la mayoría de los universitarios graduados volverán a caer en el vacío entre lo local y nacional, incluso fomentando una «fuga de cerebros» desde lo local a lo nacional y global, en vez de promover y crear condiciones para lo contrario: injertar capital humano apropiado a las experiencias locales.

El gran reto para las universidades del Sur radica en esta vinculación y en la creación de este profesional puente entre la dual ciudada-

nía y la dual economía («Somalia y Taiwan»). La experiencia de la UCA sugiere un nuevo estilo de educación universitaria para la formación/transformación de este capital humano apropiado que se diferencia de las propuestas de los organismos financieros internacionales y de las propias Naciones Unidas.

- Los organismos financieros internacionales se concentran en la educación básica en los países del Sur y fomentan la educación macro y el desarrollo tecnológico en las manos del Norte o de las «élites taiwanizadas» educadas en el Norte, que se pueden vincular globalmente pero sin suficientes eslabones locales.
- CEPAL, UNESCO, PNUD aceptan el doble reto de promover la educación básica que responda a las necesidades fundamentales a la vez que la educación superior, pero no integran suficientemente las diversas fases educativas.
- La UCA propone una educación simultánea e integrada de profesionales y líderes entre los agentes socioeconómicos involucrados en experiencias locales concretas pero con visión «gloncal» (global-nacional-local) del desarrollo sostenible.

Consideramos esta búsqueda de un «*desarrollo endógeno y gloncal*», con investigación y formación técnica apropiada para los diferentes estratos de los productores nacionales y actores sociales, el eslabón perdido entre la educación y el desarrollo sostenible para los pueblos del Sur.

Aquí radica el aporte indispensable e insustituible de la universidad al continuo educativo y a la vez la experiencia más transformadora de la propia universidad. Lamentablemente la educación universitaria en ALC por lo general ha permanecido aislada de las experiencias locales, muchas veces cooptada por los «enclaves modernizantes» sin un *efecto cascada* que choree (trickle-down effect) la educación universitaria a las mayorías más necesitadas. Se necesita incorporar el *efecto volcán* (trickle-up effect) donde el éxito de las experiencias locales suba y se integre en la universidad, se conceptualicen, se investiguen y se transformen en programas de desarrollo sostenible, con un capital humano apropiado integrado entre el profesional universitario y los agentes locales (productivos, municipales, ONGs, instituciones jurídicas y políticas).

El énfasis en la formación de la mujer y su papel transformador, la incorporación de las culturas locales y la perspectiva del medio ambiente cambia la educación y el propio desarrollo. Esta «inteligencia sentiente», como la llamaría el filósofo Xavier Zubiri, es parte de la ruptura epistemológica que requiere el entramado del desarrollo soste-

nible. Sin esta integración la mencionada fuga de cerebros de las experiencias micro y locales hacia los sectores modernizantes y el extranjero aumentará la brecha socioeconómica y la doble ciudadanía que mantendrá al país polarizado e ingobernable. Al mismo tiempo reproducirá la irrelevancia e ingobernabilidad de la propia universidad por falta de un proyecto adecuado para la crisis de desarrollo.

Los «profesionales puente» por su parte generan y levantan la competitividad sistémica de la sociedad en vez de crear una competitividad espuria en los enclaves modernizantes sin vinculaciones con las mayorías del país. El gran reto es encontrar las formas concretas de realizar esta formación del capital humano integrado al desarrollo sostenible. La necesidad de experimentos universitarios en esta dirección es fundamental para evitar un isomorfismo fácil. La incorporación de un compromiso ético y la búsqueda de la equidad ya no se pueden considerar como una problemática exclusivamente moral del ethos universitario, sino también como una parte esencial para la contribución a la eficiencia de las políticas de desarrollo y a la pertinencia de la propia universidad.

Esta reforma es compleja y difícil pero tiene ventajas prácticas y teóricas para la universidad:

- Los institutos de investigación al cumplir su papel «catalizador» entre la universidad y el «campus externo» ganan en imagen, sentido de relevancia nacional, credibilidad, lo que puede convertirse en fuente de apoyo financiero y político para ellos y la universidad en su conjunto.
- Este tipo de investigaciones pueden ser autofinanciadas a través de proyectos con la cooperación internacional, venta de servicios, fundaciones y entidades del gobierno que encuentran en estos institutos ventajas de permanencia y vinculaciones con los actores locales que no ofrecen los «consultores», la mayor parte de las veces extranjeros y temporales.
- La calidad de las investigaciones y su pertinencia atrae el apoyo y colaboración de universidades internacionales que necesitan esa «masa crítica» y puntos focales de desarrollo académico para sus propias investigaciones en los países del Sur. La internacionalización universitaria debe alcanzar esa reciprocidad complementaria que las universidades del Norte también necesitan en esta aldea global.

Este efecto catalizador debe integrarse a las facultades y postgrados para cambiar los currículos y el estilo educativo, al mismo tiempo que

la universidad coopera con los agentes del desarrollo y éstos contribuyen al cambio de la calidad, pertinencia y equidad universitaria.

### *Creación de los postgrados*

Hasta inicios de 1990 no existían postgrados en Nicaragua. Los postgrados en la UCA fueron desarrollados desde 1992 con la cooperación de los convenios con universidades internacionales. Los títulos se acreditaban conjuntamente o sólo a nivel nacional por la UCA, pero contando con el apoyo de universidades reconocidas internacionalmente.

Las maestrías se financian de varias formas dependiendo del tipo de curso y acuerdo internacional: con becas obtenidas de gobiernos extranjeros, con aranceles pagados por los estudiantes, las empresas o instituciones donde trabajan; por aranceles diferidos para estudiantes de escasos recursos que deberán ser pagados después de la graduación o por formas mixtas de financiamiento. Las maestrías tienen una connotación práctica y las tesis de graduación buscan la implementación del conocimiento. Esta característica ha atraído la atención de empresas, gobierno, organismos internacionales y ONGs para la formación de su personal. Ha permitido involucrar a estas entidades en el contenido de la enseñanza y/o investigación a través de estudios de casos, experiencias laborales etc.

Las maestrías necesitan integrarse más en la vida académica de los pregrados y en las investigaciones de los institutos, que pueden establecer contactos importantes para la vida profesional de los egresados.

### *Diplomas y formación permanente*

En el proceso de diagnóstico para preparar la reforma, la UCA descubrió la gran demanda de formación para técnicos medios en cursos cortos, donde obtienen un diploma en seis a ocho meses, pero donde pueden acumular créditos para licenciatura y maestrías posteriormente. Este «nicho» tiene un fuerte demanda que ha sido pobremente satisfecha por las nuevas instituciones privadas de educación superior creadas por la posibilidad económica que estos cursos ofrecen, pero sin llenar las facilidades académicas y de servicios de bibliotecas y laboratorios, ni garantizar la posibilidad de continuar profundizando estos estudios con grados de mayor calidad académica.

Un curso especial para los altos mandos del Estado Mayor del Ejército, provocó controversia en sus inicios, pero fue ampliamente reconocido por su éxito académico y sus resultados en la conforma-

ción de un ejército profesional y apartarlo. El currículo especial incluía cursos en administración, economía, medio ambiente, ética y derechos humanos, derecho internacional, negociación y resolución de conflictos. El curso se impartía los fines de semana para oficiales en activo, con acompañamiento tutorial que permitía obtener una licenciatura en tres años. La selección del profesorado, nacional e internacional, los seminarios especializados en temas dominantes en las relaciones civiles-militares, ha inducido cursos semejantes en la región y el acercamiento de las universidades con sus «enemigos históricos» en Centroamérica.

La formación permanente de los profesionales en los países en desarrollo en un mundo de continuas exigencias por las rápidas y profundas mutaciones, no ha sido atendido ni por el sistema educativo ni por las empresas comerciales de educación. Las universidades deben encontrar formas más flexibles y adaptables para cumplir con estas demandas.

### *Gestión privada de servicios públicos educativos*

El rol de la universidad privada en el Sur es el de suministrar una excelente calidad educativa como un servicio público sin fines de lucro administrado privadamente con eficiencia, transparencia y rendición de cuentas a la sociedad. Sin una profunda reforma administrativa no se puede completar la reforma universitaria.

La UCA pretendía cumplir esta responsabilidad en la situación especial de Nicaragua, por medio de un proyecto educativo de «*universidad mixta de servicio público y gestión privada*». El hecho de ser la UCA miembro pleno del Consejo Nacional de Universidades y con derecho a participar del presupuesto del Estado, manteniendo su carácter de universidad privada, por determinación expresa de la Constitución Nacional de la República, permitía experimentar algunos parámetros educativos de una universidad mixta, con financiamiento público-privado al servicio de un proyecto social-educativo para el desarrollo:

- Reforzar la identidad y autonomía de una universidad de la Compañía de Jesús, aportando los casi 500 años de experiencia educativa acumulada por los jesuitas en América Latina y alrededor del mundo, poniéndola al servicio de los sectores más necesitados de Nicaragua en el marco regional centroamericano.
- Los estudiantes con recursos económicos deberían cubrir al menos los costos operativos de su educación, para destinar los recursos provenientes del Estado para aquellos estudiantes sin re-

- cursos pero con capacidades de alcanzar una educación de excelencia y pertinencia.
- Los cursos de postgrado deberían ser autofinanciados por los diversos mecanismos señalados anteriormente.
  - La UCA debería priorizar la calidad de investigación de los institutos especializados en desarrollo sostenible, a la vez que expandiendo la cultura investigativa aplicada a todas las facultades y niveles. Los institutos mantendrían altos niveles de autonomía y de autofinanciamiento.
  - El carácter «mixto» de la universidad debería reflejarse en sus formas de financiamiento, en el balance entre los géneros, en la procedencia social y de zonas rurales-urbanas de sus estudiantes.
  - La cultura de evaluación permanente debería cubrir a todas las áreas administrativas, incluyendo la rectoría, a través de procesos de transparencia, rendición de cuentas y evaluaciones periódicas tanto internas y como externas.
  - La conformación de una comunidad universitaria entre autoridades, profesores, administradores y estudiantes al servicio del proyecto universitario debería ser fomentada incrementando tanto las formas de participación como de corresponsabilidad en la misión universitaria.

El círculo vicioso de «no hay recursos ergo no puede haber calidad académica o servicios educativos» debe transformarse en un «círculo virtuoso» creador de una espiral de motivaciones, e incentivos a la creatividad que atraigan por sus resultados la credibilidad y los recursos de la sociedad. La relevancia de exitosos experimentos universitarios puede demostrar a los gobiernos, empresas y organismos internacionales que la universidad no es un costo sino una de las inversiones sociales y productivas más rentables. La inversión en estos proyectos pilotos puede ser la tarea educativa del BID y del Banco Mundial incentivando un efecto multiplicador en el sistema educativo, con la participación de la universidad en la transformación educativa nacional y evaluando periódicamente sus resultados, sin imponer modelos, métodos y condicionamientos externos ajenos a las realidades latinoamericanas. Estos incentivos financieros para proyectos pilotos pueden facilitar la consecución de un Contrato Social Educativo generando las sinergias sociales entre las universidades públicas y privadas, el Estado y los grupos privados y la cooperación internacional. Esta es también una gran oportunidad para Centroamérica después del huracán Mitch para incorporar a las instituciones educativas en la reconstrucción de largo plazo de la región.



### *La Universidad como plataforma de encuentro nacional-regional*

En períodos caóticos de postguerra, de crisis políticas o desastres naturales, las universidades pueden servir de plataformas y foros para el análisis y la creación de los consensos, así como de conciencia crítica en circunstancias de parálisis nacional o de extrema polarización. Para ello deben haber demostrado su relevancia social, su autonomía y credibilidad. Estas deben ser recreadas continuamente ante la sociedad civil y el Estado<sup>13</sup>.

La imagen pública de la universidad es parte de su relevancia social y un elemento esencial para fortalecer la reforma universitaria. Una universidad endogámica que se encierra en sí misma y no asume responsabilidad o rendición de cuentas a la sociedad por sus resultados y recursos se convierte en una institución irrelevante.

### **A modo de conclusiones**

El gran reto de las universidades de ALC al final del siglo y principios del milenio es doble: vincularse a un proceso de creación del capital humano apropiado para construir el desarrollo sostenible, a la vez para que este proceso contribuya a crear una estrategia universitaria que permita superar la crisis de las universidades latinoamericanas en las últimas décadas. «La Educación: La Clave para el Progreso» priorizada en la Cumbre de Santiago refuerza tanto el momento educativo

---

<sup>13</sup> Por ejemplo, la UCA sirvió como un punto focal para promover el proceso de paz de los Acuerdos de Esquipulas (La Comisión Sandford); para la redacción de las primeras propuestas para negociar la deuda externa de Nicaragua en 1993; para iniciar el proceso que concluyó con la firma presidencial de la Alianza para el Desarrollo Sostenible de Centroamérica en 1994; para promover en 1977 el primer Encuentro Latinoamericano de los Programas de Investigación y Educación de Género (PIEG) de las universidades de ALC; el Foro Nacional de ONGs y educadores nicaragüenses, etc. La universidad puede también servir de puente en situaciones de tensión internacional o nacional, como cuando en 1986 la UCA otorgó el Doctor Honoris Causa al Presidente James Carter, que vino a recibirlo a Managua en pleno conflicto bélico con Estados Unidos; o los mismos honores al Presidente Daniel Ortega el 27 de julio de 1990 por su aceptación democrática de la derrota electoral; o en defensa de la democracia en Haití otorgando los mismos honores al Presidente J.B. Aristide en exilio, en los días que la Asamblea General de la OEA sesionaba en Managua el 7 de junio de 1995. No fueron decisiones fáciles pero la UCA intervino para crear condiciones conducentes para la paz y la democracia, o también para defender los derechos de los pueblos indígenas, como cuando en octubre de 1992 los mismos honores académicos fueron otorgados a Rigoberta Menchú, promoviendo su candidatura para el Premio Nobel de la Paz, al mismo tiempo que se apoyaban las reclamaciones históricas de los pueblos indígenas de América Latina reunidos en Managua a los 500 años de la Colonización.

como el momento del desarrollo desde la educación, ofreciendo nuevas oportunidades para las universidades.

Sin embargo este «momentum» también presenta ambigüedades y el peligro de repetir un nuevo ciclo educativo en América Latina como en los sesenta, que puede transformar a las universidades y al sistema educativo en un nuevo campo de batalla, alimentado esta vez no por la confrontación ideológica de la Guerra Fría sino por una globalización hegemónica simbolizada en el paradigma de la «Civilización de la Copa de Champagne». Existe el peligro de que la educación y las universidades sean cooptadas e instrumentalizadas al servicio de un mercado global unidimensional en su concepción del crecimiento económico y del progreso, sin permitir a la universidad utilizar su capacidad para enfrentar el carácter excluyente, social y ambientalmente insostenible y políticamente ingobernable del proceso actual de crecimiento.

La función estratégica de las universidades en este cambio de época es de las más importantes de su historia por vivir en un mundo dominado por la intensidad del conocimiento, que ofrece ventajas comparativas a la universidad en relación con otras instituciones. La función insustituible de la universidad es la formación del capital humano apropiado para reconformar una globalización que sea sostenible y democrática, a la vez rediseñar el papel del Estado y la sociedad civil frente a una nueva ciudadanía planetaria. Si la universidad no es capaz de hacerlo será marginada o reemplazada por otras entidades. Enfrentar este reto requiere procesos de reforma profunda, recuperando la genuina autonomía universitaria frente al Estado, los partidos políticos y los grupos económicos. Una conciencia crítica, con capacidad prepositiva de alta calidad, pertinencia y relevancia son tareas que el Estado, la empresa y la sociedad civil esperan y necesitan de la universidad del siglo XXI.

La tarea de la universidad privada por su parte es contribuir a la creación de este bien público y social de la educación universitaria desde la gestión privada o mixta del mismo, para enfrentar conjuntamente con todo el continuo educativo la reconformación de la globalización, «*maîtriser* la mundialización» (Attali, 1998) y crear de «social stewardship of global interdependence» (RFB, 1997).

Este proceso a su vez debe contribuir al cambio de las universidades. Esta reforma universitaria puede superar el peligro de que la universidad amplifique el mal-desarrollo. Aquí radica en especial la nueva responsabilidad de las universidades privadas para sobrepasar el modelo tradicional que les ha tocado cumplir de ser universidades de «élite» o «mercantilizadas» por las demandas del mercado, o el nuevo modelo

que se trata de implementar inducido por el isomorfismo universitario del Norte, sin responder a las necesidades de las sociedades del Sur.

La alianza por una parte entre calidad académica y compromiso ético de las universidades de AUSJAL y por otra la vinculación con lo local, nacional y global a través de los agentes del desarrollo sostenible, ofrece la oportunidad de contribuir a recrear la identidad de la universidad latinoamericana para el siglo XXI.

Un Contrato Social Educativo facilitaría conseguir las sinergias entre los subsistemas educativos, las universidades estatales y privadas, las fuerzas sociales y el Estado que fortalezcan el continuo educativo para superar el déficit educacional latinoamericano. A la vez que democratizar la educación con un énfasis en la equidad y la pertinencia. Esto implica vincular la universidad con sus propias raíces culturales, involucrarse académicamente en la conformación de nuevas relaciones de género, con el medio ambiente y desde estas raíces y programas locales-nacionales vincularse con las universidades internacionales en esta era de la información con nuevos potenciales educativos.

Obviamente esto puede parecer una utopía para algunos que conocen las contradicciones y limitaciones de las instituciones universitarias. Sin embargo «la utopía es el sueño de la racionalidad» nos recordó Octavio Paz antes de partir. La utopía universitaria es una necesidad para su propia racionalidad sobre todo en este cambio de época. Extirpar la utopía de la universidad es fomentar que el presente y los intereses de los poderes fácticos y de los que «saben» determinen el futuro de los que «no pueden ni saben».

La urgencia también de construir un nuevo liderazgo universitario capaz de hacer posible lo que es necesario en la universidad. Liderazgo dentro de una comunidad universitaria comprometida con un proyecto para la creación de un futuro con dignidad para todos, transformador del paradigma de la Civilización de la Copa de Champagne que enmarca el quehacer universitario a fin de siglo.

Experimentos pioneros recientes como el patrocinado por AUSJAL, demuestran que la autonomía universitaria en relación con el Estado, los partidos políticos, los grupos económicos, y la conformación de un equipo universitario comprometido con esta tarea son elementos indispensables para este difícil proceso de la reforma universitaria.

Recordando de nuevo a Einstein: «El mundo que hasta este momento hemos creado como resultado de nuestra forma de pensar tiene problemas que no pueden ser resueltos pensando del modo en que pensábamos cuando los creamos.» La búsqueda del eslabón perdido entre educación y desarrollo puede ser el comienzo de este nuevo pensamiento universitario.

## Bibliografía selecta

- ALTBACH, Philip. G. (1997). *Comparative Higher Education: Knowledge, the University and Development*. Center for International Higher Education. School of Education. Boston College. Boston. MA.
- ARNOVE, Robert F. (1986). *Education and Revolution in Nicaragua*. Preager. NY.
- (1994). *Education as Contested Terrain: Nicaragua 1979-1993*. Westview Press.
- ARRIEN, Juan, Gorostiaga, Xabier, & Tunnermann, Carlos (1997): *Nicaragua: La Educación en los noventa*. Desde el presente... pensando el futuro. PREAL-UCA. Managua, Nicaragua.
- ATTALI, Jacques.(1998). *Pour un Modele Europeen d'Enseignement Superieur*. Rapport de la Commission presidée par Jacques Attali. Editions, Stock. Paris.
- BUARQUE, Cristovam (1991) *La Universidad en la Frontera del Futuro*. Universidad Nacional. Editorial EUNA. San José. Costa Rica.
- AUSJAL (1995). Asociación de Universidades encargadas a la Compañía de Jesús. *Desafíos de América Latina y Propuesta Educativa*. Secretaría Ejecutiva. Bogotá. Colombia.
- BEIRNE, Charles, J. (1996). *Jesuit Education and Social Chance in El Salvador*. Garland Studies in Higher Education. Garland Publishers. New York & London.
- BID (1997). *Higher Education in Latin American and the Caribbean*. Strategy Paper. Washington DC.
- CEPAL (1992). *Educación y Conocimiento: Eje de la Transformación Productiva con Equidad*. Santiago, Chile.
- CNU (1993) (Consejo Nacional de Universidades) *Por una Reforma Universitaria Integral*. Managua, Nicaragua.
- CORAGGIO, José Luis & TORRES, Rosa María (1997). *La Educación según el Banco Mundial*. Un análisis de su propuesta y sus métodos. Miño y Dávila Editores & Fundación Centro de Estudios Multidisciplinarios. Buenos Aires. Argentina.
- CRESLA-UNESCO (1997). *Hacia una Nueva Educación Superior*. Actas de la Conferencia Regional Políticas y Estrategias para la Transformación de Educación Superior en América Latina y el Caribe. Havana 18-22 noviembre 1996. Caracas.
- DE CASTILLA URBINA, Miguel (1996). *Modelos de Desarrollo, Políticas Educativas y Sociedad en Nicaragua*. PREAL-UCA. Managua, Nicaragua.
- DELORS, Jacques (1996). *Learning: The Treasure Within*. Report to the UNESCO of the International Commission on Education for the Twenty-First Century. UNESCO. Paris.
- ECONOMIST, THE (1997). «The Knowledge, Factory. A Survey of Universities». London October.
- ENGEL, James & DANGERFIELD, Anthony (1998): «Humanities in the Age of Money. The Market Model University». Harvard Magazine. May.
- ESCOTET, Miguel Angel (1993). *Tendencias. Misiones y Políticas de la Universidad*. Mirando al Futuro. Editorial UCA. Managua. Nicaragua.
- (1997). «Universidad ¿para qué Sociedad? en *Universidad y Devenir; Entre la Certeza y la Incertidumbre*. IDEAS (Instituto de Estudios y Acción Social). Buenos Aires.

- ECA. Estudios Centroamericanos. Revista de la Universidad Centroamericana. UCA. San Salvador, El Salvador.
- ELLACURÍA, Ignacio (1991). *Veinte Años de Historia en El Salvador 1969-1989*. Escritos Políticos. 3 volúmenes. UCA Editores. San Salvador.
- (1976). *Freedom Made Flesh*. New York. Orbis Books.
- ENVIO. Revista Mensual de la Universidad Centroamericana. UCA. Managua. Nicaragua. (Spanish and English editions. <www.uca.edu.ni>).
- FAGEN, Richard (1987). *Forging Peace. The Challenge of Central America*. Basil Blackwell-PACCA. New York.
- FOREIGN POLICY (1998). *Frontiers of Knowledge*. The State of the Art in World Affairs. Special Edition. Spring 98.
- GOROSTIAGA, Xabier (1993): «La universidad del siglo XXI». Lección Inaugural. UCA. Managua, Nicaragua, July 93.
- (1995) Desarrollo Geocultural: El Desarrollo Alternativo ha comenzado, enraizado en el trabajo, la naturaleza, la identidad cultural, conformando una ética ciudadana y un nuevo consenso global. Ponencia en el Seminario Desafíos Éticos para el siglo XXI. Santiago de Chile.
- (1997). Central América 2015: A Mixture of Somalia and Taiwan or a socially stable bridge between North and South, between the Atlantic and the Pacific in *Latin America: Regional Studies*. Project 2015. SIDA (Swedish International Development Cooperation Agency), Stockholm.
- (1997<sup>a</sup>). *Jesuit Universities and the North-South face-off*: A proposal for the next millennium. Lecture at St. Joseph's University, Philadelphia. (March 25).
- (1998). Educación, Piedra Angular de las Américas. Presentado en el Panel sobre la Educación en la celebración del 50 Aniversario de la OEA. 5 de Marzo. Washington. DC.
- HARRINGTON, James (1993). Central American Higher Education. A case study. Three Jesuit Universities, 1960-70. Thesis for the Master of Arts. Department of History. University of Massachusetts at Boston.
- HERRNSTEIN & MURRAY (1994). *The Bell Curve*: Intelligence and class structure in American Life. The Free Press. New York.
- INCAE, HIID-HARVARD (1998). Estrategia para la Reconstrucción y la Transformación de Centroamérica después del Huracán Mitch. Propuesta para la preparación y seguimiento del Grupo Consultivo Regional. San José, Costa Rica.
- KRUGMAN, Paul (1994). *Peddling Prosperity*: Economic sense and non sense in the age of this diminished expectations. W. W. Norton, New York.
- LAFEVER, Walter (1984). *Inevitable Revolutions*. Norton, New York.
- LEVY, Daniel C. (1999). «Isomorphism in Private Higher Education» en *Private Prometheus: Private Education and Development* editado por Philip G. Altbach. CIHE. Boston College y Greenwood Press.
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN (1996). *Fines, Objetivos y Principios de la Nueva Educación*. Managua, Nicaragua.
- MOURA CASTRO, Claudio & NAVARRO, Juan Carlos (1998). Will the Invisible Hand Fix Private Higher Education? en el libro *Private Prometheus* citado anteriormente.

- PEARLETTE, Louisy (1998). Diversification and Harmonization of Tertiary Education in the Caribbean. New approaches to regional cooperation. Keynote Address at the OAS Conference of The Americas. March 6. Washington DC.
- PREAL (1998). (Programa de Promoción de la Reforma Educativa en América Latina). *El Futuro está en Juego*. Informe de la Comisión Internacional sobre Educación, Equidad y Competitividad. Inter American Dialogue and CINDE. Santiago, Chile. Febrero 24.
- PUYEAR, Jeffrey and Jose J. BRUNNER (1995). *Education, Equity and Economic Competitiveness in the Americas*. Volume I. Key Issues. Interamerican Department of Educational Affairs. OAS. Washington. DC.
- SAKAKIBARA, Eisuke (1995). The end of Progressivism: a Search for New Goals. *Foreign Affairs*, Sep-Oct.
- SANDFORD COMMISSION (1989). The Multilateral Commission on Central America. Duke University.
- SECOND SUMMIT OF THE AMERICAS (1998). Santiago, Chile (April, 4).
- SERRANO CALDERA, Alejandro (1993). Los desafíos de la Universidad, en *Reforma Universitaria*. Mariano Jose Vargas. (p. 99-123) UNAM. Managua.
- SHORI, Pierre (1996). De Marshall al Postcomunismo: Un Nuevo Pacto por el Internacionalismo. Discurso en el 50 Aniversario del Plan Marshall. Smithsonian Institute. Washington. DC. (Diciembre 10)
- SCHMIDHEINY, Stephan (1992). Changing Course. A Global Business perspective on Development and the Environment. With the Business Council for Sustainable Development. MIT Press. Cambridge MA.
- SOBRINO, Jon (1990). *Companions of Jesus: The Jesuit Martyrs of El Salvador*. New York. Orbis Books.
- TUNNERMANN, Carlos (1991). *Historia de la Universidad en América Latina*. De la Epoca Colonial a la Reforma de Córdoba. Editorial Universitaria Centro Americana. EDUCA. San José, Costa Rica.
- (1992). Propuesta de una política para la educación superior de Nicaragua en el horizonte del siglo XXI, en *Universidad y Crisis*. Editorial UCA. Managua. Nicaragua.
- (1997). *La Educación para el siglo XXI*. PREAL-UCA. Managua. Nicaragua.
- VARGAS, Mariano José (1994). *Reforma Universitaria: Conceptualización, reflexión, Debate y propuestas*. UNAM. Managua. Nicaragua.
- UCA (1997). La UCA hacia el siglo XXI: Calidad Académica; Desarrollo Humano; Compromiso Social. Informe del Seminario sobre Reforma Universitaria. Managua, Nicaragua.
- UNESCO (1998<sup>a</sup>). La Educación Superior en el siglo XXI: Visión y Acción.
- (1998<sup>b</sup>). Panorama Estadístico de la Educación Superior en el Mundo: 1980-95. Documentos de Trabajo de la Conferencia Mundial sobre la Educación Superior. UNESCO. 5-9 de octubre, París.
- WALKER, Thomas W. (1997). *Nicaragua without Illusions; Regimen Transitions and Structural Adjustment in the 1990s*. Scholarly Resources. Delaware.
- WITFIELD, Teresa (1995). *Paying the Price: Ignacio Ellacuría and the Murdered Jesuits of El Salvador*. Philadelphia Temple University Press.

# ACERCA DE LA SUPLANTACIÓN LEGISLATIVA DE VOLUNTADES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Víctor Fernando Manrique López  
Catedrático de Derecho del Trabajo

*Sumario:* I. Concepto legal. Adhesión-Extensión. II. Configuración doctrinal. III. Procedimiento. IV. Derecho Comparado. a) El caso francés. b) El caso alemán. c) El caso italiano. V. Análisis jurisprudencial.

## I. Concepto legal. Adhesión-Extensión

El Estatuto de los Trabajadores dice en su artículo 92 lo siguiente en orden a la Adhesión y Extensión de los Convenios Colectivos:

«1. En las respectivas unidades de negociación, las partes legitimadas para negociar podrán adherirse, de común acuerdo, a la totalidad de un convenio colectivo en vigor, siempre que no estuvieran afectados por otro, comunicándolo a la autoridad laboral competente a efectos de registro.

2. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá extender las disposiciones de un convenio colectivo en vigor a determinadas empresas y trabajadores, siempre que exista especial dificultad para la negociación, o se den circunstancias sociales y económicas de notoria importancia en el ámbito afectado.

Para ello será preciso el previo informe de una comisión paritaria formada por representantes de las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de aplicación».

En relación con tal punto entiende el profesor Galiana Moreno<sup>1</sup> que en cuanto la adhesión a un convenio colectivo en vigor es una fórmula abreviada de convenir, la ley exige que quienes decidan la adhesión es-

---

<sup>1</sup> *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, p. 441. Editorial Aranzadi.

tén, en primer término, legitimados para negociar el convenio del que desisten dentro de la respectiva unidad de negociación. Exige, además, que las citadas partes no se encuentren vinculadas por un convenio en vigor, pues, si lo estuvieren, no podrían decidir la adhesión a otro en tanto no se produzca la extinción del primero. Exige, por último, el «común acuerdo» de las partes para la adhesión, lo que no parece deba entenderse por unanimidad de éstas, sino como la concurrencia de «mayoría de cada una de las dos representaciones» que se exige para adoptar acuerdos en la comisión negociadora (art. 89.3).

De esta opinión participa Sempere Navarro<sup>2</sup> que considera que con estos parámetros, debe precisarse que la adhesión se efectúa a la «totalidad» de un convenio en vigor, no resultando posible adhesiones parciales a determinados aspectos del mismo.

Para Bartolomé Ríos Salmerón<sup>3</sup> la extensión de convenios es una fórmula para suplir las dificultades de negociación en una determinada unidad negociadora supraempresarial, que se establece como fórmula prioritaria a la alternativa de la regulación por el Gobierno de condiciones de trabajo por rama de actividad a que se refiere la disposición adicional séptima. Para proceder a la misma el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social requiere el informe previo de la comisión paritaria a que alude el precepto, formada por representantes de los sindicatos y asociaciones empresariales más representativos en el ámbito en que haya de efectuarse la extensión del correspondiente convenio. Este precepto se encuentra desarrollado por R.D. 572/1982, de 2 de marzo.

## II. Configuración doctrinal

Tal y como destaca en su obra *Derecho del Trabajo* el profesor Manuel Alonso Olea<sup>4</sup> el ámbito de vigencia inicial del convenio puede ser ampliado a través de los actos de extensión y de los acuerdos o convenios de adhesión a uno previamente celebrado. A través de estos procedimientos de regulación de condiciones de trabajo el convenio experimenta un nuevo proceso de generalización, adicional al resultante del juego de las mayorías para construir la unidad de negociación. El convenio como ley para los afiliados a los entes que pactan pasa sucesivamente a ser ley de grupo primero y ley de la profesión o de la industria, después.

---

<sup>2</sup> *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, p. 442. Editorial Aranzadi.

<sup>3</sup> *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, p. 443. Editorial Aranzadi.

<sup>4</sup> *Derecho del Trabajo*. Editorial: Servicio Publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, p. 749.



El E.T., artículo 92 prevé y regula tanto la adhesión como la extensión.

En cuanto a lo primero las partes legitimadas para negociar para una determinada unidad de contratación pueden decidir no contratar en detalle, sino adherirse de común acuerdo a un convenio colectivo ya celebrado y en vigor. El acuerdo o pacto de adhesión no es, pues, sino una modalidad singular de convenio colectivo, que como tal ha de ser comunicado a la autoridad laboral, a efectos de registro, publicación y depósito.

La adhesión tiene, sin embargo, para este autor estas limitaciones:

Que no estuvieren afectadas por otro convenio quienes se adhieren para respetar la regla sobre prohibición de concurrencia de convenios del artículo 84.

Que la adhesión sea a la totalidad del convenio colectivo preexistente. Hay que entender, sin embargo que el acuerdo de adhesión, que en realidad, se insiste, no es sino forma de convenio colectivo, con sus mismos requisitos de legitimación negocial, inicial y ampliada y de procedimiento y cuya peculiaridad radica en la determinación de su contenido por apropiación o reenvío material al contenido de otro convenio, tendrá que tener su propio contenido mínimo necesario pues la aplicación pura y simple del convenio preexistente resultará inviable. Por lo demás, la práctica revela la existencia en el seno del convenio colectivo de pactos de adhesión parcial a otro, quizá como norma supletoria.

Dicho autor compartiendo obra y criterio con la profesora Casas Baamonde<sup>5</sup> viene a establecer en orden a la extensión el que en el derecho comparado es frecuente que se confiera al Estado la facultad de extender lo convenido colectivamente, además de a empresarios y trabajadores no representados por las partes negociadoras para dotar así al convenio de eficacia personal general a los trabajadores y empresarios no comprendidos en la unidad de contratación, normalmente exigiendo determinados requisitos al convenio inicial (un contenido mínimo normativo, que se haya pactado por las asociaciones más representativas, si hay más de una, que la extensión se haga en favor de sectores en que la sindicación es inexistente o débil, etc.).

El Estatuto de los Trabajadores artículo 92.2 según el profesor Barreiro<sup>6</sup> confía la extensión normalmente de un convenio supraempresarial pero también subsidiariamente de empresa, a una o varias empresas

---

<sup>5</sup> *Derecho del Trabajo*. Editorial: Servicio Publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, p. 749.

<sup>6</sup> *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Editorial Civitas, p. 46.

o a un sector del mismo o similar ámbito funcional o con características económico-laborales equiparables, al Ministerio de Trabajo o a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas materialmente competentes, como decisión discrecional. A esta misma dirección parecía dejarse la iniciativa en cuanto a los empresarios y trabajadores a los que el convenio debía ser extendido pero la norma reglamentaria priva a las Administraciones laborales de ella al decir que la iniciativa para la extensión será siempre a instancia de parte, llamando tal el artículo 4, a la legitimada para promover la negociación conforme al Estatuto de los Trabajadores artículo 87, a los sindicatos y asociaciones empresariales implantados en el colectivo carente de convenio o a las representaciones lectivas del Estatuto de los Trabajadores, artículos 62 y 63.

En cualquier caso, la resolución de extensión sólo se justifica en vista de la especial dificultad para la negociación (dificultad estructural, de déficit de sindicación o representación, y no meramente funcional, Sala), o de las circunstancias sociales y económicas de notoria importancia que la aconsejen en evitación de perjuicios relevantes para trabajadores y empresarios.

El Estatuto de los Trabajadores (disposición adicional 7.<sup>a</sup>) recomienda que se use antes del procedimiento de extensión que del de dictar normas reglamentarias laborales sectoriales.

La resolución de extensión según Barreiro (obra citada) puede precisar qué extremos del convenio no se extienden por resultar inaplicables al ámbito extendido, especialmente las cláusulas obligacionales (arts. 9.1 DEC). Cabe pues, la extensión parcial como la jurisprudencia ha confirmado. La extensión surte efecto sólo desde la fecha de ejercicio de la iniciativa, por la duración del convenio que se extiende, sin que jueguen las normas del Estatuto de los Trabajadores, artículo 86, sobre prórroga ni denuncia (art. 9.2 y 3).

Para el profesor Alonso Olea (obra citada), el acto de extensión no es un convenio colectivo, sino que tiene la naturaleza propia de un acto administrativo, que traslada y aplica a un ámbito distinto el contenido de un convenio preexistente (no crea una norma nueva, sino que se limita a declarar aplicable una ya existente, el convenio extendido en el ámbito en el que inicialmente no lo era, sin alterarlo o modificarlo en su estructura contenido o ámbito de aplicación respecto del que el acto de extensión es un elemento meramente accidental y externo. De ahí el carácter excepcional del procedimiento de extensión, supletorio del derecho constitucional de negociación colectiva, y de ahí también que durante la extensión permanezca abierta la facultad de las partes afectadas de promover la negociación de un convenio propio ante la eventual

modificación o desaparición de las circunstancias impositivas de ésta y legitimadoras de aquella.

Debe por último destacarse que no cabe que el Juez de lo social extienda a un ámbito el convenio de otro ante las dificultades de negociación en aquel o ante la petición de una de las partes, deseosa de un ámbito más extenso para el convenio.

Señala el mismo autor que el Estatuto de los Trabajadores no aborda el importante tema de si rige el convenio para los trabajadores y empresarios que durante su vigencia se incorporen a la unidad de contratación. La solución debe ser afirmativa respecto de los trabajadores y también respecto de los empresarios.

A esta última solución había llegado la jurisprudencia durante la vigencia de la Ley de convenios de 1958, bien que con estructura sindical muy distinta: el convenio, dijo la Sentencia de la Sala Cuarta de 21 de junio de 1963, se aplica a todas las empresas tanto encuadradas en aquel momento de celebración del convenio por estar dentro de la unidad de contratación del mismo, como las que con posterioridad se incluyeran en dicho sector.

El ámbito de aplicación de un convenio colectivo como muy bien ha puesto de relieve Montoya Melgar<sup>7</sup> puede ampliarse a trabajadores y empresarios no incluidos en la correspondiente unidad de negociación, bien mediante la adhesión voluntaria a tal convenio de partes distintas de las que lo celebraron, bien mediante un acto administrativo de extensión del pacto de un ámbito que excede del suyo propio.

Para este autor (obra citada) el acto de adhesión a un convenio preexistente es, en rigor, una modalidad peculiar de la negociación colectiva. En efecto, los entes legitimados para concertar un pacto colectivo en una determinada unidad de negociación pueden preferir a la negociación de un convenio el procedimiento más expeditivo y menos costoso de adherirse a otro ya existente; la voluntad negociadora tiene por objeto, precisamente, asumir como propio el convenio concertado por partes ajenas. De ahí que sea necesario que el acto de adhesión se formule «de común acuerdo» (art. 92.1 E.T.) por las partes legitimadas para convenir.

Ese «común acuerdo», que bien podría denominarse convenio colectivo por adhesión, sustituye, con el puro y simple acto de aceptación en bloque de un convenio ajeno, al procedimiento de deliberación y acuerdo fijado como supuesto general en el E.T. El artículo 92.1 confirma que, en efecto, la adhesión ha de producirse respecto de «la totali-

---

<sup>7</sup> *Derecho del Trabajo*. Editorial: Tecnos, p. 183.

dad de un convenio colectivo en vigor», no caben las adhesiones parciales (sólo a una cláusula o a un grupo de cláusulas del convenio).

Aunque parece una exigencia superflua, el mismo artículo 92.1 E.T. condiciona según el propio Montoya (obra citada) la posibilidad de la adhesión al hecho de que la correspondiente unidad no esté afectada ya por un convenio colectivo.

El artículo 92.1 completa su regulación exigiendo que el acto de adhesión sea comunicado (obviamente, por escrito) a la Administración laboral «a efectos de registro». A diferencia de lo que ocurre con los convenios en sentido estricto, el artículo 92.1 no ordena ni el depósito administrativo habitual del acto de adhesión ni su publicación en el Boletín Oficial que corresponda (del Estado o de la Comunidad Autónoma o provincia); sin embargo, parece razonable extender estas exigencias a los actos de adhesión, como en efecto lo hace el R.D. 1.040/1981 en cuanto al acto de depósito, y como, respecto de la publicación oficial, se deduce analógicamente del R.D. 572/1982 (infra, 2.º).

En orden a la extensión, Montoya (obra citada) indica que el acto administrativo de extensión del convenio colectivo no tiene en nuestro vigente Derecho la misma significación que en otros Ordenamientos, en los que la extensión del pacto colectivo es el mecanismo utilizado para dotar de eficacia «erga omnes» o general a un convenio de efectos limitados. Siendo así que el E.T. consagra el convenio de eficacia general en todo caso, el acto de extensión ha de tener finalidad distinta de la de alcanzar una eficacia que ya existe por principio; tal finalidad no es otra que la de llenar un vacío normativo (ausencia de convenio en un determinado ámbito) mediante la aplicación, por decisión administrativa, de las normas de un convenio existente.

El R.D. 572/1982, de 5.3, que desarrolla el artículo 92.2 E.T. sobre extinción de convenios, puntualiza, en su misma exposición de motivos, «la naturaleza excepcional del mecanismo de extensión», en la medida en que el principio de autonomía de la voluntad colectiva es sustituido por la intervención pública.

La extensión es, pues, objeto de una decisión del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y parecería referida, como ocurre en la adhesión, al convenio en su totalidad; el artículo 92.2 E.T. no dice, en efecto, que el Ministerio pueda extender disposiciones de un convenio, son las disposiciones (esto es, todas) de tal convenio. Sin embargo, el R.D. 572/1982 adopta otro criterio interpretativo al disponer que «la resolución que se dicte decidirá en su caso los extremos del Convenio inaplicables» (art. 9.1).

Añade este autor que la inexistencia de convenio en un determinado ámbito es causa necesaria pero no suficiente para que se dicte un

acto de extensión. El citado artículo 92.2 exige además unos requisitos de fondo y forma: a) requisito de fondo es que exista «especial dificultad para la negociación» o que la extensión venga exigida por «circunstancias sociales y económicas de notoria importancia en el ámbito afectado», dificultad y circunstancias cuya apreciación compete al Ministerio; b) requisito formal es que al acto de extensión preceda necesariamente el informe de una comisión paritaria formada por representantes de los sindicatos y asociaciones patronales con mayor representatividad en el ámbito afectado. Aunque nada digan al respecto el E.T. y el R.D. 572/1982, dicho informe habrá de versar sobre las razones de fondo de la posible extensión, pronunciándose sobre su oportunidad. En todo caso, el trámite legal queda cumplido con la mera formulación del informe, que carece de efectos vinculantes.

El procedimiento de extensión se inicia necesariamente a instancia de parte (los recelos anti-intervencionistas del R.D. 572/1982 le llevan a una interpretación desviada del artículo 92.2 E.T., vedando la iniciación de oficio). El ministerio ha de requerir a las organizaciones más representativas en el ámbito al que haya de extenderse el convenio para que designen la Comisión Paritaria que ha de informar la extensión (art. 6.1 R.D. 527/1982). Emitido este informe y expedido el certificado del registro de Convenios acreditativo de no existir convenio en el ámbito en cuestión, y eventualmente el de la Comisión Paritaria que ha de informar la extensión (art. 6.1 R.D. 572/1982). Emitido este informe y expedido el certificado del Registro de Convenios acreditativo de no existir convenio en el ámbito en cuestión, y eventualmente el de la Comisión Paritaria del Convenio que ha de ser objeto de extensión, el Ministerio resuelve.

Montoya (obra citada) hace una última indicación sobre el régimen legal del acto de extensión del pacto colectivo indicando que en ausencia de convenio colectivo en un determinado ámbito, el Ministerio deberá acudir, como «procedimiento prioritario», a la técnica de la extensión; sólo en defecto de ésta —supuesto difícil de concebir, pues ello equivaldría a admitir que no existen motivos serios para extender el convenio— podrá el Ministerio proponer al Gobierno que dicte una norma reglamentaria «por rama de actividad» (disp. adic. 7.<sup>a</sup>, E.T.).

La adhesión y extensión de los convenios colectivos ha sido igualmente analizada por el profesor Sala Franco<sup>8</sup> que indica que los convenios colectivos pueden ver ampliados sus ámbitos de aplicación, bien a través de un acuerdo de adhesión, bien a través de un acto de extensión.

---

<sup>8</sup> *La Negociación Colectiva y los Convenios Colectivos*. Ediciones Deusto, p. 39.

En orden a la adhesión destaca este autor que el artículo 92.1 del Estatuto de los Trabajadores prevé que «en las respectivas unidades de negociación, las partes legitimadas para negociar podrán adherirse, de común acuerdo, a la totalidad de un convenio colectivo en vigor, siempre que no estuvieran afectadas por otro, comunicándolo a la autoridad laboral competente a efectos de registro».

Así pues, para proceder a la adhesión a un convenio colectivo en una determinada unidad de negociación se precisa en todo caso el acuerdo entre las partes legitimadas para negociar en ese ámbito, según los artículos 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores y según las reglas del artículo 89 del Estatuto de los Trabajadores para tomar decisiones. Rigen, consiguientemente, las mismas reglas que para negociar un convenio colectivo cuyo contenido consiste en adherirse a otro ya existente.

Siguiendo el magnífico trabajo elaborado por el Magistrado del Tribunal Supremo Iglesias Cabero<sup>9</sup> cabe señalar que la ley establece tres condicionantes para la validez de la adhesión:

1. Que la adhesión se refiera a la totalidad del convenio colectivo en vigor. No caben, en consecuencia, adhesiones parciales; si bien, dada la libertad negocial que establece el artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores, nada impide que se negocie la adhesión a un convenio parcial.  
De otra parte, la ley exige que el convenio esté en vigor, lo que implica que las vicisitudes de ese convenio afectarán al colectivo adherido. Así, por ejemplo, si el convenio al que se adhieren resultase nulo en todo o en parte, nulo resultaría también el convenio de adhesión.
2. La ley exige que las unidades de negociación que quieran adherirse no estén ya «afectadas por otro» convenio. En realidad, no se hace sino repetir la regla general de la no concurrencia de convenios del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores.
3. Por último, será preceptiva la comunicación a la autoridad laboral competente «a efectos de registro»; exigencia legal a la que habrían de añadirse el depósito y la publicación.

Así pues, se trata de un verdadero convenio colectivo cuya única diferencia reside en que en vez de desarrollar un convenio se limita a remitirse al contenido de otro convenio al que se adhiere. Por esta razón, se exigen los mismos requisitos de procedimiento que para la negociación de un convenio colectivo ordinario.

---

<sup>9</sup> *Negociación Colectiva*. Editorial Colex, p. 205.

Por lo que se refiere a la extensión de Convenios, Sala (obra citada) considera que el artículo 92.2 del Estatuto de los Trabajadores, desarrollado por el Real Decreto 572/1982, de 5 de marzo, faculta al Ministerio de Trabajo para extender las disposiciones de un convenio colectivo en vigor a empresas y trabajadores no afectados inicialmente por él en determinados casos, con la finalidad de cubrir un vacío de negociación existente en ese ámbito de aplicación.

Se trata pues, de extender el ámbito territorial y/o funcional de un convenio colectivo, siendo posible en este sentido, tanto la extensión de convenios a concretas empresas como a sectores o subsectores profesionales de actividad, siempre que el colectivo afectado por la extensión pertenezca «al mismo o similar ámbito funcional o con características económico-laborales equiparables» (art. 2 del Real Decreto 572/1982).

El Estatuto de los Trabajadores señala dos posibles motivaciones del acto de extensión:

1. La existencia de una especial dificultad para la negociación.
2. La existencia de circunstancias sociales y económicas de notoria importancia en el ámbito afectado.

La primera de las motivaciones resulta identificable con existencia de dificultades estructurales, esto es, ausencia de organizaciones sindicales o empresariales que imposibiliten la negociación de un convenio según los artículos 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores (art. 3.1 del Real Decreto 572/1982) «circunstancias sociales o económicas de notoria importancia que aconsejen la extensión de un convenio vigente a otras empresas o trabajadores en evitación de perjuicios relevantes para unas y otros».

En relación al alcance de la extensión administrativa de un convenio, el Profesor Sala (obra citada) señala que convendría hacer dos matizaciones de interés práctico:

1. Dado el carácter heterónimo del procedimiento de extensión, pese al informe previo, de los representantes empresariales y sindicales, no parece que el acto de extensión se refiera al contenido obligacional del convenio —tan sólo al contenido normativo— ya que ello atentaría contra la autonomía colectiva de las partes y contra el derecho de huelga durante la aplicación de un convenio colectivo, por vía de extensión no habrá deber de paz, pudiendo ir a la huelga los trabajadores lícitamente para negociar un convenio colectivo propio (arts. 9.1 y 10 del Real Decreto 572/1982).

2. Si bien existen dudas sobre la posibilidad de una extensión parcial de un convenio colectivo, la jurisprudencia ha confirmado tal posibilidad (STS Sala 3.<sup>a</sup> del 13 de abril de 1982: «En la extensión no se hace expresa exigencia de la integridad o totalidad del convenio»).

### III. Procedimiento

El Real Decreto 572/1982 concreta el procedimiento de extensión sumariamente descrito en el artículo 92.2 del Estatuto de los Trabajadores y así:

1. La iniciativa será siempre a instancia de parte (art. 3.2).
2. Por «parte» hay que entender:
  - a) Quienes se hallen legitimados para promover la negociación conforme al artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores o, en su defecto, cubran las previsiones determinadas en la disposición adicional sexta del Estatuto de los Trabajadores.
  - b) Las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales con implantación en colectivos carentes de convenio propio y no vinculadas por aquél cuya extensión se pretende o los delegados de personal y comités de empresa (art. 4).
3. La solicitud habrá de hacerse por escrito, dirigida al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y fundada en alguno de los motivos señalados, debiendo acompañarse la documentación acreditativa de reunir los requisitos de legitimidad para iniciar el procedimiento y de los motivos alegados (art. 5).
4. A requerimiento del Ministerio de Trabajo y en el plazo de 10 días a partir del mismo, se constituirá una comisión paritaria formada por representantes de las organizaciones sindicales y empresariales que tengan capacidad para iniciar el procedimiento de extensión o por los miembros del comité de empresa o delegados de personal o representantes de las centrales sindicales promotoras de la extensión cuando afecta a una empresa (art. 6).
5. Esta comisión paritaria habrá de informar sobre la extensión del convenio solicitada en el plazo de 15 días desde su constitución, estimándose el silencio de la comisión como informe favorable a la extensión (art. 7.1).
6. Cuando no se hubiese constituido la comisión paritaria en el indicado plazo de 10 días, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social requerirá a las organizaciones y asociaciones correspon-



dientes a que en el plazo de 15 días emitan los pertinentes informes, estimándose igualmente favorable el silencio de los mismos (art. 7.2).

7. Deberá ser oída también preceptivamente la Comisión Consultiva Nacional de los convenios colectivos en los casos de extensión de ámbito superior al de Comunidad Autónoma (Real Decreto 2.976/1983, de 9 de noviembre).
8. La extensión surtirá efectos desde la fecha de presentación de la solicitud de extensión (art. 9.2).
9. El acto de extensión estará sometido a idénticas exigencias de registro, depósito y publicación que los convenios colectivos (art. 11).

Para el mismo autor el acto de extensión es un acto reglamentario y no convencional, lo que según Sala implica las consecuencias siguientes:

1. La posibilidad de ser recurrido administrativamente y ante la jurisdicción contencioso-administrativa.
2. La desvinculación del convenio extinguido respecto al ámbito al que se extendió. Así los efectos de la prórroga anula y denuncia a que se refiere el artículo 86.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores no afectarán a quienes se aplique por extensión un convenio colectivo (art. 9.3 del Real Decreto 572/1982). No obstante, la duración de la extensión coincidirá con la del convenio extendido (art. 9.2 del Real Decreto 572/1982).
3. La posibilidad de negociar un convenio colectivo vigente el acto de extensión cuando desaparezcan las causas que lo motivaron (art. 10 del Real Decreto 572/1982) no rigiendo en este caso el principio de no concurrencia entre convenios colectivos del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores.

En su obra *Lecciones sobre Convenios Colectivos, Derecho de Huelga y Cierre Patronal* el profesor Carlos Molero Manglano<sup>10</sup> lo destaca:

En cuanto a la Adhesión entiende que: Prevista esta figura con un carácter de normalidad, en contraste con la excepcionalidad con que se concibe la extensión, podríamos decir que los requisitos que exige el 92.1 para proceder válidamente a la adhesión son los siguientes:

---

<sup>10</sup> *Lecciones sobre Convenios Colectivos, Derecho de Huelga y Cierre Patronal*. Editorial: Ediciones ICAI, p. 61.

- 1) Que se decida por las partes legitimadas para negociar en la respectiva unidad de negociación y en relación con cual sea el ámbito al que va a aplicarse el convenio al que quieran adherirse.
- 2) Que la decisión se adopte de común acuerdo, lo que es tanto como remitirse a las reglas sobre los acuerdos de la Comisión Negociadora del 89.3 y a la propia composición de ésta conforme al 88.
- 3) Que la adhesión sea respecto a la totalidad de otro convenio colectivo, lo que supone la totalidad del contenido normativo y del obligacional.
- 4) Que el convenio al que pretendan adherirse esté en vigor, con lo que se descarta absolutamente la posibilidad de adhesión a un texto sustituido ya por un nuevo acuerdo y probablemente también a un texto ya denunciado cuyas cláusulas obligacionales han perdido ya vigencia y las normativas mantienen unas puramente provisional.
- 5) Que la unidad de negociación que pretende adherirse no esté afectada por otro convenio, de ámbito lógicamente igual o superior.
- 6) Comunicación a la autoridad laboral competente a efectos de registro, requisito éste cuya omisión, teniendo en cuenta que si el convenio al que se adhieren ya está en vigor estará debidamente publicado, probablemente no tendría más consecuencia que la posible responsabilidad de las partes negociadoras en el orden administrativo.

Sobre la posibilidad de un acuerdo de adhesión pueden las organizaciones sindicales y asociaciones más representativas, órganos o entidades sindicales o empresariales con interés legítimo así como cualquier autoridad laboral o jurisdiccional competentes, formular consultas a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios colectivos, creada en la disposición final 8.<sup>a</sup> del E.T. y regulada por el R.D. 2.976/83, de 9 de noviembre.

Bajo el criterio de excepcionalidad al que ya se refiere Molero Mangano (obra citada), prevé el artículo 92.2 la posibilidad de extensión por el Ministerio de Trabajo, de conformidad al siguiente procedimiento establecido por el R.D. 572/82, de 5 de marzo, desarrollador del citado artículo del Estatuto de los Trabajadores pormenorizado en los siguientes apartados de acuerdo con lo que expresamente expone dicho autor:

- 1) La resolución que se dicte decidirá en su caso los extremos del Convenio aplicables.

- 2) Vigencia de dicho convenio a extender, en los términos señalados para la adhesión.
- 3) Extensión a empresas y trabajadores que no tienen por qué coincidir con el ámbito de aplicación de un convenio previo de ámbito superior al de la empresa o subsidiariamente, un convenio de empresa si no existiese aquél.
- 4) Especial dificultad para la negociación por inexistencia de partes legitimadas para negociar conforme el artículo 87 del E.T., o incluso sin ella, circunstancias sociales y económicas de notoria importancia. Esta última alternativa resulta difícil de concebir si no se da previamente la especial dificultad para negociar, pues no es concebible ni constitucionalmente admisible que el poder ejecutivo usurpara la libertad de negociación sólo por la importancia social y económica de un sector, aunque no se haya manifestado ninguna dificultad especial para iniciar o culminar la negociación del convenio.
- 5) La iniciativa será siempre a instancia de parte, pudiendo solicitar la extensión quienes estén legitimados conforme al artículo 87 del E.T. o los que, al menos, cubran las previsiones de la disposición adicional 6.a del propio texto legal. Asimismo las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales con implantación o los representantes a que se refieren los artículos 62 y 63 del E.T.
- 6) Informe previo de una Comisión paritaria de representantes empresariales y sindicales, más representativos en el ámbito correspondiente, conforme a la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Debe tenerse en cuenta que el informe de tal Comisión Paritaria no parece, aquí, en cambio, que deba contar con el común acuerdo de las partes y que el único requisito a respetar por el Ministerio de Trabajo es el de su evacuación previa al acto de extensión, trámite que también se cumple, si transcurridos 15 días ni se ha emitido informe, por entender entonces, que el criterio es favorable a la extensión. Siendo también preceptiva la consulta a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, pudiéndose también recabar informe en la Comisión Paritaria del Convenio cuya extensión se solicita, no teniendo ninguno de los informes carácter vinculante.
- 7) Los efectos del Convenio extendido se producirán a partir de la fecha de la solicitud formal. Su duración será la prevista en el propio Convenio y se podrá promover en el caso de modificación o desaparición de las circunstancias que motivaron la extensión.

Tal y como ciertamente ha señalado el profesor de la Villa<sup>11</sup>, la eficacia personal de un Convenio se puede ver afectada, en ocasiones, por las dificultades que para la negociación colectiva existan en determinadas empresas y aun sectores de la actividad económica, y que, ajenas, a aquél, buscan sin embargo en un convenio ya negociado y vigente solución transitoria a sus problemas negociales. La adhesión, y la extensión de un Convenio en vigor supondrá, así, la incorporación al ordenamiento jurídico de expedientes (autónomos y heterónomos, respectivamente) de solución para situaciones en las que la negociación colectiva deviene difícil o, simplemente, en las que las partes prefieren evitar renegociar lo que a su juicio ha sido ya favorablemente resuelto por un determinado convenio.

Para García Becedas<sup>12</sup> el carácter común de ambas figuras será, en consecuencia, la ampliación del ámbito personal de aplicación del Convenio a sujetos que, originariamente, se hallan excluidos —por no representados— del mismo. No se trata por tanto de dotar de eficacia general a un convenio de aplicación limitada, sino de extender la eficacia general de un determinado convenio a colectivos de trabajadores y empleadores situados al margen de las unidades de negociación sobre las que el convenio se proyecta.

En contraste con la situación comparada, donde el mecanismo de la adhesión (y de la extensión) se presente como fórmula habitual para ampliar el ámbito de aplicación de convenios de eficacia limitada, de modo que aquél opera en una unidad de negociación dada, la eficacia *erga omnes* que posee el Convenio en nuestro ordenamiento jurídico obliga a practicar la adhesión desde unidades distintas de negociación y, por ello, este procedimiento ha arrastrado una vida lánguida desde su reconocimiento legal por la LCC 73 (art. 17).

García Perrote<sup>13</sup> explica que en su opinión el Estatuto de los Trabajadores reconoce y regula la adhesión a un convenio en vigor, estableciendo en su artículo 92,1 los requisitos para efectuarla (STCT 26 mayo. 81, Ar. 3697). Sujetos capacitados para acordar la adhesión serán, en primer lugar, «las partes legitimadas para negociar» en las «respectivas unidades de negociación», es decir, aquellas que reúnan la capacidad y legitimación negociales exigidas por los artículos 87 y 88 del Estatuto

---

<sup>11</sup> *Instituciones de Derecho del Trabajo*. Editorial: Centro de Estudios Universitarios. Ramón Areces, p. 120.

<sup>12</sup> *Instituciones de Derecho del Trabajo*. Editorial: Centro de Estudios Universitarios. Ramón Areces, p. 120.

<sup>13</sup> *Instituciones de Derecho del Trabajo*. Editorial: Centro de Estudios Universitarios. Ramón Areces, p. 122.

de los Trabajadores para las unidades susceptibles de ser reguladas por Convenio. Asimismo, la decisión de adherirse a un convenio ha de ser adoptada por las partes negociadoras de «común acuerdo», no siendo posibles por tanto adhesiones unilaterales. El Estatuto de los Trabajadores aclara así las dudas surgidas al respecto en la interpretación del derogado artículo 17 de la Ley de Convenios Colectivos de 1973, a cuyo amparo —y a pesar del tenor literal del artículo 27 del Reglamento de dicha ley, que exigía acuerdo adoptado en «reunión reglamentariamente celebrada al efecto»— fueron homologadas adhesiones efectuadas por sólo una de las partes.

Para el Profesor de la Villa (obra citada, p. 122), la adhesión ha de venir referida, de otra parte, a «la totalidad de un convenio colectivo en vigor», no siendo en principio posible acordar adhesiones parciales. En este punto el Estatuto de los Trabajadores insiste por tanto en una antigua exigencia de la Ley de Convenios Colectivos de 1973, y que, introducida en la Comisión de Trabajo del Congreso mediante enmienda de Coalición Democrática, es objeto de críticas para este autor que base las mismas, en primer término, en la medida en que el acuerdo de adhesión deberá reunir su propio contenido mínimo *ex art.* 85,2 LET, y también en la medida que los ámbitos (al menos personales) de éste habrán de ser necesariamente distintos, *ex art.* 92,1 LET, de los contemplados por el Convenio objeto de adhesión. No cabe en modo alguno adherirse a la «totalidad», a salvo de entender esta expresión como excluyente de los contenidos mínimos de todo convenio. En segundo lugar añade este autor que pugna con la autonomía colectiva y la libertad de acción de las partes, obligar a éstas a adherirse también a las cláusulas obligacionales que los firmantes del convenio negociaron e incorporaron atendiendo a una situación objetivamente distinta; tanto, que una permite un convenio y la otra exige una pura y simple adhesión. Concluyendo: la adhesión deberá ser efectuada a la totalidad pero de la parte normativa del Convenio, precisando incorporar el acuerdo de adhesión su propio contenido mínimo y, en su caso, las estipulaciones obligatorias que los adherentes tengan a bien negociar y establecer; aunque, si lo estiman oportuno, puedan remitirse expresamente a cuantas deseen de las incluidas en el Convenio objeto de la adhesión.

Debe añadirse que la configuración técnica del acuerdo de adhesión como un auténtico convenio colectivo o convenio de adhesión, debe igualmente permitir que la «libertad de contratación» de las partes negociadoras sujete la adhesión a condición o término según indica Alonso Olea (obra citada p. 750).

Para García Becedas (obra citada p. 123), la extensión de un Convenio se halla condicionada a la concurrencia de algunas de estas dos

circunstancias habilitantes: de una parte, que «exista especial dificultad para la negociación» colectiva; o, de otra, que «se den circunstancias sociales y económicas de notoria importancia en el ámbito afectado» (art. 92,2 párrafo 1.º LET). En relación con la primera de ellas, dicho autor señala lo siguiente que debe expresarse separadamente:

- Sin diferencia con lo establecido por el artículo 19 LCC 73, que es antecedente inmediato, es preciso también ahora que tal circunstancia quede acreditada en el expediente administrativo elaborado al efecto (art. 5,a, R.D. 572/82).
- La dificultad para la negociación colectiva debe relacionarse, exclusivamente (art. 3, R.D. 572/82), con la existencia de peculiaridades de carácter estructural (dispersión de los trabajadores, elevada movilidad geográfica, intensidad excepcional del trabajo de temporada, etc.) o coyuntural (inexistencia de sujetos legitimados para negociar, imposibilidad de constituir la comisión negociadora, etc.) en la empresa o sector de que se trate, pero en modo alguno con la existencia de una situación conflictual conducida por las partes a través del recurso a medidas de autotutela; lo contrario supondría atentar desde la Administración a la autonomía colectiva, o, pura y simplemente, conculcar el derecho de huelga (STCT 21 ab. 83, rec. 158/83). La mención a «otras causas que impidan el libre desarrollo de la negociación», contenida en el art. 3,1,a) del R.D. 572/82, excede sin duda las previsiones estatutarias, y debe reputarse, por ello, ilegal.

En relación con las segunda de esas circunstancias habilitantes, debe anotarse, asimismo, que la expresión legal remite, en interpretación literal, a sectores económicos especialmente deprimidos, frente a los cuales el Estado reacciona en clave promocional *ex* art. 9,2 CE.

Para García Perrote (obra citada p. 122), el ámbito de la extensión administrativa del Convenio plantea el segundo problema a despejar. Porque el tenor del artículo 92,2 párrafo 1.º LET, en virtud del cual aquella podrá ser realizada a «determinadas empresas y trabajadores» parece en principio indicar que queda excluida toda posibilidad de extensión sobre grupos profesionales o sectores de la actividad económica. Sin embargo, si se repara en que la disposición adicional 1.ª LET remite a «sectores económicos de la producción y demarcaciones territoriales» a efectos de la reglamentación administrativa de las condiciones de trabajo, y se observa que esa excepcional facultad cede ante la posibilidad de proceder a la extensión de un Convenio, habrá de concluirse —y así lo confirma el artículo 2, R.D. 572/82— que, necesariamente, los ámbi-

tos territorial y/o funcional de ambos sistemas deberán coincidir formalmente. Por tanto, lo que exige el artículo 92,2 párrafo 1.º LET es que la extensión se produzca nominativamente, concretándose o identificándose expresamente qué empresas y qué trabajadores quedan afectadas por el convenio extendido, con independencia de que se integran o no en un sector de la producción o en una demarcación territorial; decisión ésta, por lo demás, que no puede quedar al arbitrio de la Administración sino que exigirá la existencia de una relación directa de causa (circunstancias habilitantes) a efecto (ámbito de la extensión realizada).

El profesor de la Villa (obra citada p. 120) se plantea la cuestión relativa a si acaso la Autoridad administrativa podría extender sólo parcialmente un determinado convenio, sólo algunas «disposiciones de un convenio colectivo» expresión legal que contrasta con la formulada respecto de la adhesión, donde se explicita que ha de serlo «a la totalidad». Para este autor la respuesta debe ser negativa, de una parte porque la dicción *disposiciones* remite técnicamente a la parte normativa del convenio, en puridad la única extensible como ocurría —si bien allí atenuadamente por tratarse de un procedimiento autónomo— en materia de adhesión; y, de otra, porque lo contrario podría permitir una actividad discrecional adicional de la Administración que, sobre discriminatoria, pugnaría con el papel secundario y limitado atribuido por la LET a la extensión (Sala). En este punto el R.D. 572/82 vuelve a adaptarse, sin embargo, del recto desarrollo de la LET, en cuanto que —con ambigua redacción— establece en su artículo 9,1 que «la resolución que se dicte resolverá en su caso los extremos del convenio inaplicables, con especial consideración de las cláusulas obligacionales». Entiende de la Villa que si ello significa que cabe extender sólo una parte del contenido normativo («extremos del convenio inaplicables») o que cabe extender también pactos obligacionales («con especial consideración de las cláusulas convencionales») habrá de concluirse que el R.D. 572/82 incurre, de nuevo, en ilegalidad manifiesta.

García Becedas (obra citada p. 123), en cuanto a la cuestión relativa a qué debe entenderse por «organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas en el ámbito al que haya de extenderse el Convenio», señala que desde luego no podrá estarse al contenido en el artículo 88 LET, precisamente por venir la extensión a su modo que posiblemente bastará con que sindicatos y asociaciones patronales gocen de implantación en el ámbito de aplicación correspondiente, al margen de que ésta sea de «tono menor» y con independencia de que la pudieran poseer a niveles superiores. El criterio contenido en el artículo 4, párrafo 2.º R.D. 572/82, a efectos de capacidad para solicitar la extensión parece así el más adecuado a esta finalidad.

El profesor Palomeque<sup>14</sup> es también de la misma opinión entendiendo que el ámbito de vigencia originario del convenio colectivo puede ser ampliado a través de una doble vía o procedimiento: los *acuerdos de adhesión* y los *actos administrativos de extensión* de un convenio previamente celebrado, destacando que las partes legitimadas para negociar un convenio colectivo (art. 87 E.T.) podrán *adherirse*, de común acuerdo, «a la totalidad de un convenio colectivo en vigor, siempre que no estuvieran afectados por otro», sin más que comunicarlo a la autoridad laboral competente a efectos de registro (art. 92.1 E.T.). El acuerdo de adhesión se configura propiamente como una forma o modalidad de convenio colectivo (convenio colectivo por adhesión), al igual que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas que hayan recibido competencia en la materia, podrá *extender* «las disposiciones de un convenio colectivo en vigor a determinadas empresas y trabajadores» (art. 92.2 E.T.), con arreglo al régimen jurídico anteriormente establecido.

Para este autor (obra citada p. 261), el acto de extensión del convenio, preferido legislativamente frente a la regulación administrativa sectorial de condiciones de trabajo (disp. adicional 1.ª E.T.), no es ya un convenio colectivo, «sino que tiene la naturaleza propia de una norma estatal que asume y hace suyo el contenido de un convenio (...) es un reglamento administrativo, cuyo contenido queda integrado *per relationem* a través de las disposiciones establecidas en el convenio» (STC, Pleno, 17/1986, de 4-2, 3).

El profesor V. Russomano<sup>15</sup> destaca en tal sentido que el convenio colectivo amplía así y de esta manera el área del Derecho del Trabajo, al mismo tiempo que la invade en todas las direcciones. Las leyes laborales en los países industrializados dice este tratadista, pierden gran parte de la importancia que antes les era atribuida. Pasan a ser solamente un *mínimum* de garantía, o como acostumbramos a decir, el *límite inferior* de los derechos atribuidos a los trabajadores.

#### IV. Derecho Comparado

A nivel internacional conviene mencionar la situación en Francia en donde cuando no exista convenio colectivo nacional, regional o local (art. L. 132-3, párrafo 1), aquéllos pueden determinar el conjunto

---

<sup>14</sup> *Derecho Sindical Español*. Editorial: Tecnos, p. 260.

<sup>15</sup> *Principios Generales de Derecho Sindical*. Editorial: Instituto de Estudios Políticos. p. 216.



de las condiciones de trabajo y beneficios sociales, inspirándose para ello señaladamente en las disposiciones previstas por el artículo L. 133-3. Pueden también fijar, cuando las partes están de acuerdo con ello, las tasas de los salarios efectivos, así como las de los complementos del salario (art. L 132-3, párrafo 1).

a) *El caso francés*

Según se ocupa de destacar el profesor Jean-Claude Javillier<sup>16</sup>, en lo que puede denominarse la experiencia francesa, debe tenerse en cuenta que cuando existe un convenio colectivo nacional, regional o local, los convenios de empresa o de centro pueden entonces adoptar las disposiciones de dichos convenios a las condiciones particulares de las empresas o centros considerados. Por otra parte, pueden fijar la tasa de los salarios efectivos y la de los complementos del salario, así como adoptar disposiciones nuevas y cláusulas más favorables para los trabajadores (art. L. 132-3, párrafo 2).

En el ámbito de este ordenamiento jurídico es posible celebrar, en el ámbito de la empresa, un convenio colectivo ordinario, no limitado en su objeto, y aplicable al conjunto de los centros de esta empresa, como es posible situar un convenio en el ámbito de un centro distinto. El texto hace también posible la celebración de un convenio común a un grupo de empresas.

Se pueden distinguir, en cuanto a su contenido, los convenios nacionales de los convenios regionales o locales.

Los convenios nacionales deben contener cláusulas obligatorias previstas por el artículo L. 133-3: libre ejercicio del derecho sindical y libertad de opinión de los trabajadores, elementos de salarios (modalidades de aplicación del principio «a trabajo igual, salario igual», etc.), plazo de preaviso, financiación de las obras sociales del comité de empresa, etc. Entre las cláusulas facultativas: condiciones particulares de trabajo (horas extraordinarias, trabajos en domingos, nocturnos, etc.), primas de antigüedad y de asiduidad, indemnizaciones por desplazamientos, procedimiento de composición de conflictos, régimen de retiro complementario, etc. Puede también ser derogado por la reglamentación de la ordenación y el reparto de las horas de trabajo (art. 133-5).

Los convenios regionales o locales, si existe un convenio nacional en la rama de actividad interesada, adaptan las disposiciones de éste a las condiciones particulares de trabajo, de la región o de la localidad

---

<sup>16</sup> *Derecho del Trabajo*. Editorial: Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, p. 577.

considerada (art. L. 133-9, párrafo 1). Pueden también contener disposiciones nuevas y cláusulas más favorables a los trabajadores (*Ibid.*, párrafo 2).

En el caso contrario —si no existe convenio nacional— los convenios regionales o locales deben contener las cláusulas obligatorias previstas por el artículo L. 133-3, adaptadas, cuando se considere necesario en razón al nivel de negociación, al ámbito regional o local. El Ministro de Trabajo puede, en efecto, en ciertas condiciones extender un convenio colectivo que no contuviera todas las cláusulas obligatorias enumeradas en el artículo L. 133-3 (art. L. 133-12-4.<sup>o</sup>).

En orden a la extensión del Convenio colectivo la Legislación Francesa nos aporta los siguientes datos:

El Convenio colectivo, para ser extendido, debe ser celebrado y negociado en ciertas condiciones, y con arreglo a un procedimiento determinado, de donde se derivan importantes efectos.

### 1. Celebración y negociación del convenio

Con un contenido en parte obligatorio, el Convenio se negocia en el seno de una comisión mixta paritaria compuesta por representantes de las organizaciones sindicales de empleadores y de trabajadores más representativas (art. L. 133-1 párrafo 1). La comisión mixta se reúne habitualmente bajo la presidencia de un representante del Ministro de Trabajo. El número de representantes de las organizaciones sindicales no se determina por la ley. Estos últimos pueden hacerse asistir de suplentes o de consejeros técnicos.

Este procedimiento se aplica a los acuerdos nacionales interprofesionales (art. L. 133-1, párrafo 1, *in fine*).

El Ministro de Trabajo o su representante puede, a petición de una de las organizaciones sindicales nacionales de empleadores o de trabajadores interesados más representativas, o por propia iniciativa, reunir una comisión mixta para la celebración de un convenio colectivo de trabajo que tenga por objeto regular las relaciones entre empleadores y trabajadores de una rama de actividad (art. L. 133-7).

Cuando dos organizaciones, como mínimo, así lo solicitan, el ministro o su representante debe provocar la reunión de la comisión mixta (art. L. 133-8).

Si una organización no envía representante, se procede a una nueva convocatoria en el plazo de un mes (art. R. 133-3). Ante la ausencia de participación sin motivo legítimo, se remite un informe al Fiscal de la República (art. R. 153-3, párrafo 1). Hay infracción penal (art. R. 153-3, párrafo 2).

El ámbito de aplicación territorial del convenio puede ser nacional, regional o local. Los convenios regionales y locales pueden ser extendidos, incluso en caso de inexistencia de convenio nacional (art. L. 133-6, y art. 133-9).

El campo de aplicación profesional del Convenio susceptible de extensión es el de la rama de actividad (art. L. 133-1, párrafo 1-L 133-6, párrafo 1). No obstante, cuando se trata de un acuerdo nacional profesional o interprofesional, con un contenido determinado relativo a las condiciones de trabajo o a los beneficios sociales, o señaladamente a las condiciones de empleo, y celebrado entre las organizaciones sindicales de empleadores y de trabajadores más representativas a nivel nacional, profesional o interprofesional, una resolución del Ministro de Trabajo, a condición de que el informe motivado favorable de la comisión superior de convenios colectivos haya sido emitido sin oposición, puede extender este acuerdo (art. 133-12, párrafo 1, 6.º).

Si el convenio colectivo —que contiene las disposiciones generales, señaladamente las cláusulas obligatorias indicadas en el artículo L. 133-3, aplicables a todas las categorías profesionales de la rama de actividad— no determina las condiciones de trabajo propias, sea de aquella categoría que agrupa la fracción numérica más débil de los trabajadores de la rama de actividad interesada, sea de colectivos, particulares sometidos a condiciones de trabajo especiales, el Ministro de Trabajo puede, no obstante, proceder a su extensión por resolución, a condición de que el informe motivado favorable de la comisión superior de convenios colectivos haya sido emitido sin oposición (art. 133-12, 2.º). Sucede lo mismo cuando ha sido imposible celebrar un convenio colectivo para el conjunto de las categorías profesionales y un convenio colectivo —o un anexo— afecta únicamente a una o varias de estas categorías (art. L. 133-12, 5.º).

La iniciativa pertenece al Ministerio de Trabajo y a los sindicatos y organizaciones patronales más representativas. Una petición conjunta de empleadores y trabajadores no es necesaria (art. L. 133-1, párrafo 1).

La extensión se realiza por una resolución ministerial publicada en el Diario Oficial, acompañada del texto del C.C.T. (art. 133-17).

Una extensión puede tener lugar por resolución preletoral para las actas adicionales a los convenios colectivos departamentales previamente extendidos por el ministro del ramo y referidos exclusivamente a la fijación del salario de los trabajadores de las profesiones agrícolas. Es necesario que las administraciones y las organizaciones de empleadores y sindicatos miembros de la comisión superior de convenios colectivos —sección especializada—, en un plazo de dos meses, no hayan manifestado oposición a la extensión considerada (art. L. 133-11, párrafo 2 y R. 133-2).

La extensión no puede resultar del cumplimiento del convenio por algunos empleadores. El hecho de que las disposiciones de un estatuto colectivo sean generalmente aplicables en la profesión no constituye un uso a imponer a una empresa que no haya sido parte en el acuerdo colectivo.

En orden a los efectos de la cuestión analizada hay que distinguir la extensión «clásica» y la extensión «transferencia».

#### A) Extensión «clásica»

Esta hace obligatorio el Convenio para todos los empleadores y trabajadores de la región y de la profesión comprendidos en el ámbito de aplicación de este convenio. Simple extensión del ámbito personal de aplicación. El Convenio deviene aplicable a los empleadores y trabajadores siguientes: los que no estaban sometidos a algún convenio; los que estaban sometidos a convenios colectivos firmados por organizaciones no representativas; los que, en fin, por su dimisión de los grupos firmantes habían podido sustraerse así a las obligaciones del convenio. El convenio extendido es pues aplicable a todas las empresas situadas en el campo de aplicación determinado por el mismo, pero no es aplicable a una empresa situada en otra región o cuya actividad le es extraña.

#### B) Extensión «transferencia»

Puede ser geográfica o profesional.

En caso de ausencia o falta de organizaciones sindicales de trabajadores o de empleadores que se traduzca en una imposibilidad persistente de concertar un convenio colectivo en una rama de actividad y para un sector geográfico determinados, el Ministro de Trabajo puede, a petición de una de las organizaciones más representativas de los trabajadores o de los empleadores, declarar obligatoria por resolución en esta rama de este sector un convenio colectivo ya extendido a la misma rama para un sector geográfico diferente (art. L. 133-13, párrafo 1). Puede también declarar obligatoria las actas adicionales de este convenio que han sido, las mismas, extendidas (art. L. 133-13, párrafo 2). Es necesario un sector análogo, desde el punto de vista de las condiciones económicas, a aquél en el cual los convenios o actas adicionales se declaran obligatorias (art. L. 133-13, párrafo 3). La resolución se adopta en las condiciones indicadas. No puede producirse más que después de informe motivado favorable de la comisión superior de convenios colectivos, emitido sin oposición (art. L. 133-14, párrafo 1), y consulta de

las organizaciones más representativas de los trabajadores y de los empleadores de la rama de actividad del sector geográfico interesado, o en su defecto, cubriendo la rama de actividad y el sector geográfico interesados (art. 133-14, párrafo 2). La resolución de extensión caduca si el convenio que hacía obligatorio es denunciado o incluso si se pone fin a su extensión (art. 133-15, párrafo 1). Puede ser derogada en las formas en que se produjo si aparece que no responde ya a la situación de la rama y del sector a que se refiere (párrafo 2). En fin, si un convenio susceptible de extensión se celebra ulteriormente para esta rama y este sector, la resolución de extensión de este convenio lleva consigo la derogación de la resolución adoptada a título del artículo L. 133-13 (art. L. 133-15, párrafo 3).

La extensión «transferencia» profesional (art. L. 133-13, párrafo 4) permite al Ministro de Trabajo extender dentro de una rama de actividad, a un sector determinado, un convenio colectivo ya extendido a otro sector profesional de esta rama de actividad, así como las actas adicionales de este convenio que han sido extendidas (art. L. 133-13, párrafo 4).

Debe destacar que por diversas razones matizadas por la doctrina, la extensión «transferencia» se utiliza muy poco.

### C) Duración y cesación

La extensión de los efectos y de las sanciones del convenio colectivo se hace para la duración y en las condiciones que prevé dicho convenio (art. L. 133-10, párrafo 2). Cuando el Convenio cesa de estar en vigor como consecuencia de denuncia o de no renovación, la resolución de extensión pierde su efecto (art. L. 133-18, párrafo 1).

A petición de una de las partes firmantes o por propia iniciativa, el Ministro de Trabajo puede, después de informe motivado de la comisión superior de convenios colectivos, revocar la resolución con vistas a poner fin a la extensión del convenio colectivo o de algunas de sus disposiciones. Esta retirada puede producirse cuando aparece que el convenio o las disposiciones consideradas no responden ya a la situación de la rama de actividad en la región considerada (art. L. 133-18, párrafo 2). Esta resolución debe ser publicada en el Diario Oficial.

### b) *El caso alemán*

En la República Federal alemana, para que el Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales pueda proceder a la extensión se precisa la solicitud por una de las partes del convenio y la conformidad de una

comisión integrada paritariamente concurriendo además que los empleados legados por el convenio ocupen como mínimo un 50% de los trabajadores afectados, que existan razones de interés público, entre ellas la existencia de una situación laboral abiertamente inferior a la del convenio a lo que quizás pueda referirse la Ley española, o que lo exija un estado de emergencia de carácter social. A ello se añade la posibilidad de que los interesados y las autoridades laborales puedan exponer su punto de vista y manifestarse en un debate público.

La determinación legal de las condiciones mínimas de trabajo en caso de no existir Convenio colectivo, en el Derecho alemán se resuelve teniendo en cuenta que si en determinados sectores económicos o en determinadas empresas no se han celebrado convenios colectivos, por no contar los sindicatos con fuerza suficiente para ello, es posible fijar en determinadas circunstancias condiciones estatales mínimas de trabajo. Para ello es preciso:

- Que no existan sindicatos o confederaciones de empresarios para el sector económico o para la naturaleza del empleo, o bien que sólo comprendan una minoría de trabajadores o de empresarios.
- Que se considere necesaria la fijación de condiciones mínimas de trabajo para satisfacer las necesidades sociales y económicas de los trabajadores.
- Que no se haya implantado una reglamentación sobre remuneraciones o de otras condiciones de trabajo a través de un convenio colectivo declarado vinculante con carácter general.

Además de esta autorización general, la Ley sobre fijación de Condiciones Mínimas de Trabajo contiene numerosas disposiciones de procedimiento para garantizar a los empresarios y a los trabajadores su participación en la elaboración de las normas mínimas estatales. Al parecer no se ha recurrido todavía ni una sola vez a esa posibilidad, pese a los casi 40 años transcurridos desde que se dictó la ley. De ahí cabe deducir que no se ha presentado ocasión alguna para la aplicación de la misma; pero, si se tiene en cuenta, por ejemplo, que la Federación de Armadores Alemanes declaró ya en el año 1972 no poder celebrar un convenio colectivo y que las condiciones laborales de este sector figuraban entre las peores, se hubiera podido recurrir perfectamente a la aplicación de esa ley, lo que según Wolfgang Däubler<sup>17</sup> no acaeció.

---

<sup>17</sup> *Derecho del Trabajo*. Editorial: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, p. 226.

### c) *El caso italiano*

En el caso italiano conviene resaltar que tal y como ha destacado el profesor Giugni<sup>18</sup>, la jurisprudencia del Tribunal de Casación ha admitido, en efecto, que la autonomía colectiva puede derogar *in peius* un contrato colectivo corporativo. Esta jurisprudencia, sobre la base de la necesaria adaptación de la norma colectiva a la evolución económico-social del país, ha llegado a reconocer a la autonomía colectiva (bien que en el ámbito privatístico y a través de una interpretación en algunos casos realmente «integradora» de la Ley) la facultad de desviarse de las instituciones previstas en los contratos colectivos corporativos, introduciendo modificaciones incluso de naturaleza peyorativa.

## V. Análisis jurisprudencial

En cuanto al análisis jurisprudencial del tema examinado merece destacar la doctrina que a continuación se recoge siguiendo a tal efecto el criterio del Ilustre Magistrado del Tribunal Supremo Excmo. Sr. Marín Correa<sup>19</sup>.

Cuando el artículo 83.1 ETT preceptúa que los Convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerde, no desconoce las normas de los artículos 87 y 88 sobre la legitimación para negociar y del artículo 89.3 sobre la necesaria concurrencia de voluntades. Por tanto, el aludido artículo 83.1 debe leerse en el sentido de que los Convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden, dentro del ámbito de representación ostentada por los negociadores.

Como a ello se une la denominada «impermeabilidad» del ámbito de cada Convenio, ha resultado necesario lo dispuesto en el artículo 92 del propio estatuto para que pueda intercambiarse un Convenio colectivo de determinada unidad de negociación hasta el ámbito de otra de estas unidades. Las condiciones y los requisitos de tal adhesión, o en su caso, de la extensión, acordada por el Ministerio de Trabajo, no parecen consentir que se deje a voluntad de una de las partes del contrato individual de trabajo, la elección del Convenio colectivo aplicable, aunque sea únicamente entre dos de distinto ámbito territorial, pero para la misma actividad.

---

<sup>18</sup> *Derecho Sindical*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Servicio Publicaciones Madrid, p. 163.

<sup>19</sup> *El Convenio no estatutario y el riesgo de discriminación*. Autor: José María Marín Correa. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1 de septiembre de 1993. Editorial: Actualidad Laboral n.º 5/31 enero-6 febrero 1994, p. 315.

Cuando una empresa radica en una provincia, pero tiene centros de trabajo en otra, se ve sometida al Convenio colectivo que le resulte aplicable atendidos los parámetros comunes para determinar el ámbito de aplicación de cada Convenio: actividad y localización geográfica. Sería inútil empeño intentar, en el supuesto aquí contemplado, que se excluyera la aplicación del Convenio colectivo de Vizcaya y del Convenio colectivo de Guipúzcoa, para someterse al Convenio colectivo de la actividad de que se trata y de otro ámbito provincial, porque la voluntad individual no puede prevalecer, frente a la eficacia general de los Convenios, arriba aludida.

Pero es que tampoco parece que la Ley consienta que por Convenio colectivo se confiera a la voluntad unilateral de una de las partes del contrato la exclusión de la aplicación del Convenio colectivo que corresponda, para someterse a otro, en cuyo ámbito no se está. Si por el lugar de prestación de los servicios resultaba de obligada aplicación el Convenio colectivo de Guipúzcoa, bien aplicado está. Si por la radicalidad de la empresa en Vizcaya, el Convenio colectivo aplicable es el de esta provincia, la aplicación del de Guipúzcoa, deberá haber seguido los trámites del arriba mencionado artículo 92 del estatuto. A mayor abundamiento los antecedentes de hecho de la sentencia y los hechos probados, no modificados, no aparece que el trabajador hubiera ejercitado opción en favor de la sustitución del Convenio de Vizcaya por el de Guipúzcoa.

De ahí que la sentencia recurrida funde la decisión no sólo en esa opción que se entiende conferida al trabajador individual, sino que se apoya también en que el Convenio de Guipúzcoa previene que sus cláusulas regulen la relación laboral de los trabajadores de empresas dedicadas a la construcción «y que realicen su actividad dentro del término de la provincia de Guipúzcoa», expansión de su ámbito que pudiera no tener la necesaria correspondencia en los requisitos de legitimación para negociar y de voluntad para convenir de los también citados artículo 88 y 89. En un ejemplo de escuela, el Convenio colectivo de Guipúzcoa podría haber sido negociado por la asociación constituida por dos, hipotéticamente, únicas empresas de la actividad, radicadas en dicha provincia, y aplicarse después a todas las empresas de la construcción, radicadas fuera de la misma, no representadas en la negociación; pero que circunstancialmente desarrollaran su actividad en la reiterada provincia.

Como la empresa no entendió ser «tercero» para impugnar el precepto del Convenio de Guipúzcoa, que la sujetaba a sus normas, debió cumplirle al desarrollar una actividad en dicha provincia, y su omisión le ha acarreado la responsabilidad, directa y no sustituida, de la mejora de prestación reclamada.



La cuestión se centra en torno al Convenio colectivo y en particular a los ámbitos territorial y subjetivo de aplicación analizando la extensión por disposición expresa de otro convenio colectivo de ámbito territorial distinto y su eficacia en materia de Seguridad Social vía mejora voluntaria de prestaciones pactada en Convenio colectivo cuando la póliza de seguro resulta insuficiente y por ello se hace preciso examinar la responsabilidad de la empresa.

La citada cuestión fue examinada por el T.S.J. del País Vasco (Sala de lo Social). Sentencia, 11 de febrero de 1997. P: Sra. Hernández Vitoria (R.º 962/96).

El trabajador demandaba el pago de una cantidad determinada, como mejora de la prestación correspondiente a la invalidez permanente que le había sido reconocida. Prestaba sus servicios a una empresa radicada en Vizcaya; pero lo hacía en un centro de trabajo situado en Guipúzcoa, por lo que apoya su pretensión en el Convenio colectivo de la provincia donde trabajaba, e indirectamente en el de la sede de la empresa, por previsión literal de éste. El Juzgado de instancia absuelve de la pretensión porque entiende que no es aplicable el Convenio colectivo de Guipúzcoa.

Como señaló Marín Correa la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco<sup>20</sup> estima el recurso del trabajador para: a) Declarar la eficacia de la facultad que reconoce el Convenio colectivo de Vizcaya a los trabajadores de las empresas radicadas en esta provincia, que presten sus servicios en centros de trabajo situados en la provincia de Guipúzcoa, en orden a optar por la aplicación del Convenio colectivo de la actividad en esta provincia; b) reconoce el derecho del trabajador recurrente a que, en aplicación del Convenio colectivo en Guipúzcoa, ser mejorado en la prestación de su invalidez permanente con los 6.000.000 de pesetas establecidos en dicho Convenio; c) condena a la empresa a satisfacer dicha mejora; y d) no sustituya esta obligación por la de la compañía aseguradora con quien estableció póliza la empresa, pues esta cobertura se limitó a las previsiones del Convenio colectivo de Vizcaya, sin asumir las obligaciones establecidas por el Convenio colectivo de Guipúzcoa.

En consecuencia con lo anterior, queda centrada la *quaestio litis* en la determinación de cuál es el convenio que resulta aplicable al trabajador de acuerdo con el ámbito territorial que uno y otro tienen establecido.

---

<sup>20</sup> *Una forma extralegal de extensión del Convenio colectivo*. Autor: José M.ª Marín Correa. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 11 de febrero de 1997. Ponente: Sra. Hernández Vitoria. Editorial: Actualidad Laboral, n.º 17/7-13 abril, 1997, p. 903.

El convenio colectivo de construcción y obras públicas de la provincia de Guipúzcoa define dicho ámbito territorial en los siguientes términos: «Este convenio obliga en la provincia de Guipúzcoa a las empresas que dediquen su actividad a la construcción y obras públicas y a todo el personal que trabaja a su servicio, a excepción del que desempeñe cargos de alta dirección o alto consejo» (art. 1).

Por su parte, el artículo 1, apartado B, del convenio colectivo para la construcción de la provincia de Vizcaya, al delimitar su ámbito territorial, dispone que, «El presente convenio será de ámbito provincial, y se extenderá a la provincia de Vizcaya, quedando incluidos en el mismo todos los centros de trabajo a que se refiere su ámbito funcional, y que se hallen emplazados dentro de esta provincia. Los trabajadores que sean trasladados desde la provincia de Vizcaya a otra cualquiera se acogerán, si así lo consideran oportuno, al convenio más beneficioso de entre los concurrentes, en cómputo anual vigente en el momento del traslado, siendo tal cómputo de aplicación mientras permanezca en esta situación, esto es, fuera de la provincia de Vizcaya».

Dadas una y otra regulación, la sentencia tenía la obligación de resolver si una situación como la examinada —en la que una empresa con sede social en Vizcaya contrata con Guipúzcoa a un trabajador con el fin de que éste desarrolle su actividad en esta última provincia— se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación territorial del convenio colectivo de la construcción y obras públicas de Vizcaya, como entiende la sentencia de instancia o, por contra, queda incluida en el del convenio colectivo de Guipúzcoa.

La sentencia se inclina hacia esta última solución, en razón a los siguientes argumentos:

- 1.º) Como señala el artículo 1 b) del Convenio colectivo de la construcción para Vizcaya, quedan comprendidos dentro de su ámbito de aplicación todos los centros de trabajo a los que se refiere su ámbito funcional que se hallen emplazados dentro de esta provincia, de tal manera que, siguiendo las reglas de interpretación literal de las normas jurídicas que se recogen en el artículo 3.1 CC, se advierte la necesidad de que el centro de trabajo al que se pretende sea de aplicación el convenio colectivo de referencia tenga que encontrarse dentro del territorio al que se extiende la provincia de Vizcaya, lo que no sucedía en el caso examinado, puesto que los trabajos se realizaban en la provincia de Guipúzcoa. Por tanto, no puede regir el Convenio colectivo de Vizcaya, puesto que faltan los presupuestos que condicionan la aplicación de la normativa por la que se fija el ámbito territorial del mismo.

- 2.º) El párrafo por el que el repetido Convenio de Vizcaya regula la normativa a la que deberán quedar sujetos los trabajadores en caso de traslados debe entenderse en el sentido siguiente: cuando un trabajador desempeña sus servicios para una empresa en la provincia de Vizcaya y es asignado con carácter temporal a una localidad diferente radicada en otra provincia, tendrá la opción de acogerse al convenio que le resulte más beneficioso. Pero si lo que ha sucedido es que desde un primer momento, y durante todo el tiempo de prestación de sus servicios, el trabajador ha estado destinado en una localidad radicada fuera de Vizcaya, no cabe aplicar la normativa que el convenio colectivo de esta provincia establece en casos de traslados, sino que, en tal supuesto, el fuero por el que se regirá la concreción del ámbito territorial del convenio vendrá dado por la *lex loci laboris*, es decir, el lugar de realización habitual de los servicios.

De sostenerse otra postura se darían paradojas tales como que la empresa demandada contratará a un trabajador en una provincia muy lejana, como pudiera ser la de Sevilla, para realizar trabajos en esa misma localidad y pretendiera aplicarle el convenio colectivo de la construcción de Vizcaya sobre la única base de que la sede social de la contratante radicaba en esta última provincia.

- 3.º) Todo ello lleva a la exclusión del convenio de Vizcaya y remite al convenio de Guipúzcoa, puesto que su ámbito de aplicación territorial sólo queda condicionado por la concurrencia de dos presupuestos —que se trate de empresas dedicadas a construcción u obras públicas y que realicen su actividad dentro del término de la provincia de Guipúzcoa—.

Por consiguiente, si el propio convenio de Guipúzcoa determina que sus previsiones regulan la relación laboral de todos los trabajadores (con las solas excepciones de cargos de alta dirección o alto consejo) al servicio de las empresas que reúnan las circunstancias antes examinadas, hay que concluir que el convenio de Guipúzcoa es aplicable, como resulta de lo dispuesto en el artículo 83.1 ETT, según el cual los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden.

- 4.º) En función de lo anterior, no se comparte el argumento contrario según el cual la aplicación del convenio colectivo de Guipúzcoa a una empresa queda supeditada a que la misma tenga su sede social en esa provincia, puesto que ya hemos visto que el artículo 1 de dicha norma no lo precisa.

De igual modo, tampoco cabe admitir que la aplicación del convenio de Guipúzcoa pudiera conllevar una situación de inseguridad.

ridad jurídica para la empresa recurrida (en el sentido de que la regulación de la relación laboral por la que se regirían los operarios a su servicio variaría en función de las diversas provincias en las que tuvieran que realizar obras) que conduciría a la exclusión de todo convenio colectivo distinto al de Vizcaya, puesto que la ley ya arbitra mecanismos suficientes con el fin de acomodar la totalidad de las relaciones jurídicas de los trabajadores pertenecientes a una empresa a una misma fuente convencional (supuesto del convenio de empresa) y, en todo caso, al margen de estos argumentos, resulta incuestionable que una vez que se constata que el convenio que resulta de aplicación es el de Guipúzcoa, deviene obligada la observancia de sus preceptos.

Ciertamente, una vez incluida una relación laboral en el ámbito de aplicación de un convenio, las previsiones de este último resultan imperativas, como recoge el artículo 82.3 ETT y recalca la sentencia de casación para unificación de doctrina de fecha 4 de mayo de 1994 (R. 7725), al manifestar que «las sentencias también de esta Sala del Tribunal Supremo, dictadas en fechas más recientes, de 24 de enero de 1992 (R. 1992, 69) y 29 abril 1993 (R. 1993, 3381) manifiestan que reiterada la jurisprudencia ha sentado que la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos implica la atribución a los mismos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática (sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional 58/85, de 30 de abril».

Otra cuestión de no menor importancia viene representada en punto al régimen aplicable al Convenio Colectivo Extraestatutario pues el límite de su eficacia directa a empresa y trabajadores representados en la negociación no lleva a valorar la posible solicitud del trabajador individual y la posibilidad de que ello obligue a la empresa.

El tema fue objeto de análisis por la Sentencia del T.S.J. del País Vasco (Sala de lo Social). Sentencia, 1 de septiembre de 1993.

En torno a la cuestión referida se señala lo siguiente: a) No es discriminatorio el límite de eficacia directa de un Convenio colectivo adoptado sin los requisitos precisos para que sea obligatorio *erga omnes*. b) Está excluida la discriminación porque se tiene por existente una oferta empresarial para que cualquier otro trabajador acepte la aplicación del Pacto, c) la representatividad institucional del Sindicato se

limita aquí a los trabajadores afiliados, pues deriva del acto de afiliación, y d) hay un ámbito de aplicación constituido por la propia empresa, dentro de la cual se encuentran sus trabajadores, cuya solicitud de aplicación obliga a la empresa, y da lugar a la extensión del Convenio.

La cuestión está radicada en si cabe jurídicamente que la individual aceptación implícitamente derivada de la suscripción de la petición de abono del complemento específico, del representado por un Sindicato no signante del acuerdo que individualmente postula se aplique un afiliado al mismo, deviene en exigible para el empleador, o puede éste ampararse en el ámbito de aplicación del pacto como causa denegatoria de la solicitud del trabajador. En el primer caso la solicitud implicaría el nacimiento del derecho del postulante de forma ineludible para el empresario. En el segundo sería un requisito pero no constitutivo de la obligación empresarial pues ésta dependería del ámbito personal en el que consiente. Se vuelve así a la eficacia normativa o convencional del pacto alcanzado al margen de las previsiones legalmente establecidas en el Estatuto de los Trabajadores.

Tal cuestión queda obviada si se atiende al aplicador de la norma a la determinación del ámbito personal de aplicación del acuerdo, con independencia de la eficacia del mismo. Primeramente habrá de determinarse a quién se aplica y sólo después con qué fuerza vinculante.

De lo considerado anteriormente se desprende que el Acuerdo en cuestión carece de fuerza normativa, al ser extraestatutario, y que tiene eficacia contractual entre los firmantes, que no representan al demandante, por lo que en principio, en aplicación del artículo 1.257 del Código Civil no le sería aplicable al mismo.

Pero como las partes que los suscriben y entre ellos la patronal configuran un ámbito personal de aplicación del Acuerdo, en su artículo 2, en el que se incluye el actor, éste está incurso en el ámbito de eficacia personal del pacto, constituyendo su contenido una evidente oferta, que una vez aceptada por aquel a quien se dirige, perfecciona un contrato, por mor de los artículos 1.254 y 1.258 del Código Civil, ya que los signantes del mismo no limitaron el ámbito aplicativo de lo acordado a las representaciones que lo convinieron, abriéndose así la posibilidad de su aplicación a aquellos trabajadores no representados por los Sindicatos firmantes que expresamente acepten la oferta empresarial, que se configura a modo de estipulación en favor de terceros —los trabajadores afiliados a cualquier sindicato no presentes en la negociación o simplemente independientes sindicalmente.

A la vista por tanto de la expresa solicitud del trabajador acciéndose a la regulación del Acuerdo, es claro que éste aceptó se le aplique el mismo, por lo que de su aceptación se deduce la eficacia

contractual del mismo respecto del empresario y el concreto demandante de forma directa —no en razón a fuerza normativa vinculante del Convenio ni en atención a la representación de los sindicatos firmantes— y por tanto su derecho subjetivo por el que acciona, razón que provoca la estimación del motivo de recurso y la revocación de la sentencia dictada.

El propio Marín Correa (comentario citado) analiza una cuestión capital en torno a esta sentencia. Tal materia no es otra que la del convenio no estatutario y el riesgo de discriminación. Dicho autor señala que la situación originada por la empresa es inicialmente de discriminación, aunque sea salvada por el pronunciamiento judicial. Porque, si se concluye que la solicitud del trabajador significa su adhesión individual al Pacto colectivo de eficacia limitada, la negativa de la empresa estaba aplicando su criterio discriminatorio, derivado, en definitiva, de la afiliación a «otro» Sindicato, o de la simple «no» afiliación.

Deben, pues, señalarse con claridad tres espacios temporales, que servirán para no incurrir en «peticiones de principio», sino actuar la lógica de la negociación colectiva laboral, sin eficacia *erga omnes*. Estos tres momentos son: a) El establecimiento del pacto colectivo con eficacia limitada, cuya aplicación sólo será exigible por quien estuviera representado en la negociación; b) la adhesión —individual o colectiva— cuya posibilidad debe quedar abierta sin limitación, so pena de incurrir en discriminación; y c) la aplicación al adherido, por la misma eficacia contractual reconocida respecto de quien negoció, y aquí nacida de una nueva negociación (se insiste individual o colectiva) concluida con concordancia de voluntades. Pero, bien sabido, que la voluntad de la empresa no puede negarse, pues la negativa constituirá discriminación.

La Sentencia mencionada, según aquel autor, salva de la discriminación a la empresa, porque afirma o tiene por sobreentendida, la actitud abierta a la adhesión; después afirma que la solicitud del trabajador existía y, al tener por existente aquella voluntad de la demandada, concluye que se dio lugar al contrato de adhesión, y que el Pacto resulta eficaz entre este trabajador adherido y su empresario.

Lo difícil es excluir la discriminación, cuando se parte de una negativa de aplicación del Pacto, y de una absolución de la demanda que la reclamaba. Para Marín Correa (comentario citado) se salva la situación entendiendo que la negativa se refería únicamente al tercer momento de los arriba señalados, o sea, a la realidad del contrato individual, pero no a su posibilidad.

Ante la inexistencia de un Convenio provincial aplicable a un sector concreto cabe plantearse cuál será el Convenio que se le aplique.

En tal sentido el profesor Gete Castrillo<sup>21</sup> señala que sin perjuicio de la necesaria exégesis que haya de hacerse para averiguar cuál sea, si lo hay, el convenio aplicable al concreto supuesto de una empresa en cuya provincia no existe convenio de sector y, por supuesto, carece la propia empresa de Convenio propio, parece de todo punto conveniente dejar sentado que la negociación colectiva es un derecho constitucional (arts. 7, 28 y 37 de la Constitución Española), reconocido a los representantes de los trabajadores y a los representantes de los empresarios cuyo ejercicio autónomo es libre, por lo que no ha de buscarse nunca una pretendida y uniforme regulación convencional para un sector determinado. Como muy bien se expresa el artículo 82.1 del Estatuto de los Trabajadores, el Convenio colectivo es el resultado de una negociación libre y autónoma de las representaciones de trabajadores y empresarios.

Ello implica que el Convenio es norma sectorial no concebida para una regulación general ni uniforme, sino para grupos o colectivos muy definidos en la propia norma o convenio.

Vano resultará, pues, el empeño por encontrar un Convenio aplicable si el colectivo al que se le pretende aplicar no está, de algún modo, representado o afectado por el complejo entramado legal de lo que el Estatuto de los Trabajadores entiende por unidades de contratación, y ámbito de aplicación.

No tiene por qué coincidir el ámbito funcional ni el subjetivo de un convenio con el que tuviera una Reglamentación de Trabajo u Ordenanza Laboral. Así lo reconoce la jurisprudencia, para la que no es posible pretender extender el ámbito de un Convenio al de una Reglamentación en razón, precisamente, a la libertad que las partes tienen de fijar la unidad de contratación, pudiendo un convenio afectar sólo a una empresa o varias de las comprendidas en el ámbito funcional de una Reglamentación (Sentencia del Tribunal Central de Trabajo, de 3 de diciembre de 1986).

Ello no obsta para que en un sistema de negociación colectiva asentada y maduro se vayan consolidando unidades típicas de negociación, con su legitimación directa o ampliada para negociar y de cuyo ejercicio de la capacidad negociadora surjan convenios eficaces en unos ámbitos menores o mayores ya consolidados, siendo lo importante el que tales unidades sean las propias o adecuadas en razón a la coincidencia interna de intereses laborales compartidos entre quienes las integran, de modo que la norma sectorial que resulte contenga una regulación uniforme y coherente para el sector afectado. O como la jurisprudencia

---

<sup>21</sup> *Ante la inexistencia de un Convenio provincial cuál será el Convenio que se le aplique.* Pedro Gete Castrillo. Editorial: La Ley-Actualidad, 1998. 7/1998.

afirma, es lo importante que el convenio tenga un ámbito acorde con la naturaleza de las cosas y no sea artificioso.

Ante la duda sobre qué convenio se aplique, será acudir al principio de especificidad (Sentencia del Tribunal Central de Trabajo, de 25 de enero de 1984) y buscar aquel convenio que resulte adecuado según la actividad de la empresa, pues es dicha actividad, tratándose de convenios de sector, no de empresa, el factor determinante de la inclusión en el campo de aplicación de un convenio en concreto.

En virtud de la libertad de determinación del ámbito de que gozan las partes *ex* artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores, cada convenio tendrá aplicación para quienes las partes negociadoras hayan prefijado, ya que son ellas quienes pueden concretar la unidad de negociación adecuada a las características y necesidades que les sean propias (Sentencias del Tribunal Central de Trabajo, de 21 de junio de 1983 y 26 de marzo de 1987). Sin que ello pueda obviar un requisito esencial, cual es el de que para que un convenio se aplique a una empresa ésta ha de considerarse incluida en la unidad de contratación del convenio de referencia (Sentencia del Tribunal Central de Trabajo, 4 de mayo de 1987).

Salvadas esa libertad de autoconfigurar los ámbitos de un convenio y su obligada adecuación a los intereses laborales homogéneos y la no necesaria coincidencia con el ámbito de las viejas Reglamentaciones de Trabajo, hay que tener presente la posibilidad del fenómeno de la extensión o de la adhesión a un convenio preexistente.

Mediante un acuerdo de adhesión de los representantes de trabajadores y del de los empresarios de que se trate, en virtud de lo previsto en el artículo 92.1 del Estatuto de los Trabajadores, las partes legitimadas para negociar pueden adherirse a un convenio preexistente, en su totalidad y siempre que no estuvieran afectadas por otro convenio, por cuando la concurrencia está vedada por el artículo 84 y el propio artículo 92.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Igualmente, ante la inexistencia de convenio en un ámbito o unidad de negociación concreto y en base a las dificultades existentes para que en unas o varias empresas exista convenio, la Autoridad Laboral puede producir un acto administrativo de extensión de otro convenio colectivo preexistente que guarde una relación de adecuación y similitud con los intereses laborales en juego y una vez oídas las representaciones de las partes, tal como previene el propio y citado artículo 92.2 del Estatuto de los Trabajadores desarrollado por el Real Decreto 572/1982, de 5 de marzo, sobre procedimiento de extensión de convenios colectivos.

Por lo demás, también existe la previsión normativa de la disposición adicional 1.ª del Estatuto de los Trabajadores, en virtud de la cual, si no pudiera ponerse en práctica el procedimiento extensivo del artícu-



lo 92.2, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y previas las pertinentes consultas a sindicatos y asociaciones empresariales, puede dictar la regulación de condiciones de trabajo para una rama de actividad allí donde, funcional o territorialmente no exista convenio colectivo.

Se hace preciso igualmente examinar un fenómeno que viene a confundirse con la extensión del Convenio en cuanto que pueda suponer la aplicación a un ámbito concreto de un convenio no previsto inicialmente por tales supuestos. Ello acaece de ordinario en el campo de las fusiones y segregaciones de empresas o unidades de negocio<sup>22</sup>.

El cambio de titularidad es un concepto de amplitud tal que comprende cualesquiera tipos de transmisión, todos los cuales imponen la continuidad de los contratos de trabajo e implican la subrogación empresarial; y en este sentido cabe incluir en el supuesto de hecho del artículo 44.1 la fusión de Sociedades.

En cuanto a las obligaciones derivadas de esta sucesión de empresa el propio artículo 44.1 señala la del cedente y en su defecto del cesionario de notificar el cambio a los representantes del personal de la empresa o centro de trabajo objeto de la cesión. La omisión de esta obligación, dice Alonso Olea (obra citada p. 752), no afecta a la validez de la transmisión ni impide a ésta surtir sus efectos, siendo prueba de ello el que pueda hacerla el cesionario en defecto del cedente lo que implica cesión ya realizada. Ello indica que la finalidad principal sea identificar al nuevo empresario.

Ni siquiera el viejo principio de unidad de empresa consagrado en el artículo 5 de la Ley de 16 de octubre de 1942 tenía carácter absoluto. El profesor Alonso Olea consideró ya desde un principio como una excepción al mismo el supuesto de subrogación.

Con mucha más razón ahora que dicho principio es incompatible con el actual marco normativo constituido por el artículo 37.1 de la Constitución Española, que garantiza el derecho a la negociación colectiva, y el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores, que ampara cualquier tipo de unidad negocial, lo que conlleva la posibilidad de coexistencia dentro de una empresa de varios convenios parciales. Y si esta posibilidad cabe dentro de una empresa más lógica será que quepa el respeto del convenio existente para los centros que sean objeto de una subrogación.

A tal efecto cabe recordar que el Tribunal Central de Trabajo en Sentencia, de 15 de enero de 1986, señaló que «El convenio de centro

---

<sup>22</sup> *Consecuencias de la fusión de Sociedades Anónimas*. Pedro Gete Castrillo. Editorial: La Ley-Actualidad, 1998. 117/1998.

negociado en su día por los actores debe subsistir durante el plazo de vigencia respecto a su ámbito propio sin más modificaciones que la sustitución del anterior empleador por el nuevo...».

Por otro lado, no cabe la adhesión del artículo 92 del Estatuto de los Trabajadores, pues la primera limitación para que pueda tener lugar la adhesión es que el colectivo que pretende adherirse no esté afectado por otro convenio; y ello, según analiza el profesor Alonso Olea, para respetar la regla sobre prohibición de concurrencia de convenio del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores.

Igualmente y en orden a la adhesión a los Convenios extraestatutarios cabe mencionar el contenido de la doctrina de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social), que aparece en la Sentencia, 12 de mayo de 1998, y de la que fue ponente el Excmo. Sr. Basterra Montserrat<sup>23</sup>.

En ella se dice que es preciso resaltar que el artículo 92 del Estatuto de los Trabajadores no afecta al caso, pues se refiere a la totalidad de un convenio en vigor, al que pueden adherirse si no están afectados por otro, comunicándolo a la autoridad laboral para registro.

En el mismo sentido merece destacar la sentencia del mismo Tribunal 139/1997, de 5 de diciembre, en referencia al aspecto de la interpretación del silencio una vez dirigida la oferta por la empresa. Dicha sentencia señala que «también el Sindicato accionante podría haber preparado un escrito modelo standard de oposición que sólo requiera la firma de cada trabajador que así lo deseara hacer. El Código Civil, en sus artículos 1.255, 1.256, 1.258, 1.274 y 1.278 establece los contratos, los requisitos esenciales para la validez de los mismos, y el consentimiento necesario para su validez y plena eficacia, deduciéndose palmariamente de estos preceptos que la comunicación dirigida por la empresa a los trabajadores no es contraria a la Ley ni al orden público (art. 1.255), no ha quedado al arbitrio de una sola de las partes (1.256), ha sido perfeccionado por mero consentimiento tácito (1.258), ha habido una causa (1.274) y, finalmente, han concurrido las condiciones esenciales para su validez (1.278), por todo lo cual la decisión de la Sala debe ser negativa respecto de la pretensión».

La doctrina del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), recogida en la Sentencia, 30 de octubre de 1995, de la que fue ponente el Excmo. Sr. Martínez Emperador, fija, en orden a la pretendida extensión en los grupos de empresa de los Convenios colectivos, que cuando la direc-

---

<sup>23</sup> *Convenio Colectivo Estatutario*. Félix de las Cuevas González. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social), de 12 de mayo de 1998. Ponente: Sr. Basterra Montserrat. Editorial: La Ley-Actualidad, 1998, 1.535/1998.

ción del grupo de empresas no fue la que decidió el ámbito de la unidad de negociación la cual ya estaba fijada en anteriores convenios, ni la que determinó el contenido del convenio, el cual resultó de la libre voluntad de las partes que lo negociaron, ni la que designó a los miembros del «banco social», los cuales fueron libremente elegidos por la totalidad de los representantes unitarios existentes en las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio, resulta que la no inclusión de otras empresas correspondiente al mismo grupo, la determinación de sus límites fue libremente establecida por las partes que lo negociaron, tal como autoriza el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores, siendo de señalar, además, como también declara la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de abril de 1995, contestando a alegación análoga, que lo que en definitiva persigue la parte recurrente es lograr la extensión del convenio, con olvido de lo que dispone al respecto el artículo 92.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Debemos destacar también la doctrina del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), recogida en la Sentencia, 23 de septiembre de 1997<sup>24</sup>, de la que fue ponente el Excmo. Sr. Fernández López, en relación con la impugnación de los procesos de adhesión.

Dicha doctrina señala que el Acuerdo de Adhesión previsto en el artículo 92.1 ETT en rigor no es sino una modalidad peculiar o forma especial de Convenio colectivo, por lo que el proceso adecuado es el especial regulado en los artículos 161 y ss. LPL, que prevé la posibilidad de que se inicie de oficio por la Administración laboral en el supuesto previsto en el artículo 90.5 ETT.

En orden a las competencias estatales sobre la materia conviene recordar la doctrina del Tribunal Constitucional, recogida en la Sentencia 102/91, de 13 de mayo, de la que fue ponente el Excmo. Sr. Tomás y Valiente (BOE, 18 de junio de 1991).

La Consejería de Trabajo y Seguridad Social del Consejo de Gobierno de Andalucía dictó la resolución, de 5 de diciembre de 1985, extendiendo el Convenio Colectivo Provincial de Oficinas y Despachos de la Provincia de Granada y la Provincia de Sevilla. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por resolución, de 19 de enero de 1987, extendió el Convenio Colectivo Provincial de Oficinas y Despachos de la Provincia de Granada a la Provincia de Sevilla. Ambas resoluciones dieron lugar a planteamiento de los conflictos positivos de competencia, respectivamente 533/86 y 993/87. El T.C. declara la competencia de la Comunidad Autónoma Andaluza.

---

<sup>24</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 23 de septiembre de 1997. Ponente: Sr. Fernández López. Editorial: La Ley-Actualidad, 1998. 133/1998.

En base a que una vez constatado que la competencia controvertida en los conflictos acumulados 533/1986 y 993/87 no es otra que la facultad de dictar actos de extensión de convenios colectivos al amparo del artículo 92.2 E.T. y normas reglamentarias de desarrollo, resulta evidente que la cuestión suscitada es igual a la resuelta por la Sentencia de este Tribunal, de 25 de abril de 1991 (conflictos acumulados números 1.208/1985, 1.211/1985, 642/1986 y 280/1987). En esta Sentencia se señaló que el acto de extensión de un convenio colectivo no está incluido en la legislación en materia laboral que el artículo 149.1,7 C.E. reserva al Estado al no aparecer vinculado en modo alguno a «la finalidad del precepto constitucional de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia» (fundamento jurídico 3.º). Por el contrario, el citado acto «pertenece a la esfera de lo ejecutivo» en cuanto que, aparte de no existir, en rigor, creación de una norma, las facultades administrativas que conducen a la extensión del ámbito de la anteriormente existente se encuentran rígidamente precondicionadas por determinados requisitos (fundamento jurídico 4.º).

En consecuencia, y dado que ente las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía se incluye la ejecución de la legislación del Estado en materia laboral (art. 17.2 E.A.A.), hay que declarar que a ella le corresponde la facultad de extender Convenios colectivos.

La tesis en pugna son, en esta materia y en apretada síntesis, las siguientes: por un lado se sostiene que la facultad de extender convenios colectivos corresponde exclusivamente al Estado, con apoyo en contraposición entre «legislación» y «ejecución» en los términos en que fija el reparto de competencias en la materia laboral el artículo 149.1,7 de la Constitución Española.

En una palabra, el acto de extensión no es un acto de mera ejecución propio de una Administración pública sino que tiene naturaleza reglamentaria; es más el convenio colectivo regular o estatutario es una norma por sí mismo y queda sometido a las reglas competenciales propias de los productos normativos tal y como se recoge en la expresión técnica «legislación».

En fin, esta tesis del carácter normativo reglamentario del acto de extensión se apunta en la STC 17/1986, de 4 de febrero (BOE, de 5 de marzo), en la que, con cierta incongruencia en verdad, se sostuvo, por un lado que la naturaleza del acuerdo administrativo ahora analizado constituía tema de escaso tratamiento científico, y, por otro lado, que la posición mayoritaria de la doctrina española «... parece inclinarse a su consideración como actuación administrativa de carácter reglamentario...», por lo que la sentencia concluía que el acto de extensión de un convenio colectivo regular «... es un reglamento *per relationem* a tra-

vés de las disposiciones establecidas en el convenio...» A mayor abundamiento en esta tesis hubiera podido traerse a colación la STC 35/82, de 14 de junio.

Pero, por otro lado, hubo quienes, como Efrén Borrajo<sup>25</sup>, doctrinalmente entendieron que tal acto de extensión era un «acto administrativo no reglamentario...» (en contra Sala Franco), siendo esta es la tesis que sienta, ahora con firmeza, el Tribunal Constitucional en la sentencia referida.

## Bibliografía

- ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*. Editorial Servicio Publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1999.
- ALONSO OLEA, M. y BARREIRO, Germán: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Editorial Civitas. Madrid, 1998.
- MONTOYA, Alfredo y otros: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Editorial Aranzadi. Madrid, 1995.
- MONTOYA, A.: *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos. Madrid, 1995.
- SALA FRANCO, T.: *La Negociación Colectiva y los Convenios Colectivos*. Ediciones Deusto. Bilbao, 1990.
- IGLESIAS CABERO, M.: *Negociación Colectiva*. Editorial Colex. Madrid, 1997.
- MOLERO MANGLANO, C.: *Lecciones sobre Convenios Colectivos, Derecho de Huelga y Cierre Patronal*. Editorial Ediciones ICAI. Madrid, 1985.
- DE LA VILLA, L.E. y otros: *Instituciones de Derecho del Trabajo*. Editorial Centro de Estudios Universitarios. Ramón Areces. Madrid, 1983.
- PALOMEQUE, Carlos: *Derecho Sindical Español*. Editorial Tecnos. Madrid, 1986.
- ROUSSOMANO, V.: *Principios Generales de Derecho Sindical*. Editorial Instituto de Estudios Políticos, p. 216. Madrid, 1977.
- CLAUDE JAVILLIER, J.: *Derecho del Trabajo*. Editorial Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Madrid, 1982.
- DAUBLER, Wolfrang: *Derecho del Trabajo*. Editorial Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1994.
- GIUGNI, Gino: *Derecho Sindical*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Servicio Publicaciones Madrid. Madrid, 1983.
- BORRAJO, Efrén (autor): *Naturaleza Administrativa del Acto de Extensión del Convenio Colectivo*. Comentario a la Sentencia, de 13 de mayo de 1991. Ponente Sr. Tomás y Valiente. Editorial Actualidad Laboral, n.º 39, 21-27 de octubre de 1991. Madrid, 1992.
- MARÍN CORREA, José María (autor): *El Convenio no estatutario y el riesgo de discriminación*. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del

---

<sup>25</sup> *Naturaleza Administrativa del Acto de Extensión del Convenio colectivo*. Autor: Efrén Borrajo. Comentario a la Sentencia, de 13 de mayo de 1991. Ponente: Sr. Tomás y Valiente. Editorial: Actualidad Laboral, n.º 39, 21-27 de octubre de 1991, p. 2.051.

- País Vasco, de 1 de septiembre de 1993. Editorial Actualidad Laboral, n.º 5/31 de enero-6 de febrero de 1994. Madrid.
- MARÍN CORREA, José María (autor): *Una forma extralegal de extensión del Convenio Colectivo*. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País vasco, de 11 de febrero de 1997. Ponente Sra. Hernández Vitoria. Editorial Actualidad Laboral, n.º 17/7-13 abril, 1997. Madrid.
- GETE CASTRILLO, Pedro: *Ante la inexistencia de un Convenio provincial cuál será el Convenio que se le aplique*. Editorial La Ley-Actualidad, 1998. 7/1998. Madrid.
- GETE CASTRILLO, Pedro: *Consecuencias de la fusión de Sociedades Anónimas*. Editorial La Ley-Actualidad, 1998. 117/1998. Madrid.
- DE LAS CUEVAS GONZÁLEZ, Félix: *Convenio Colectivo Estatutario*. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social), de 12 de mayo de 1998. Ponente Sr. Basterra Montserrat. Editorial La Ley-Actualidad, 1998. 1.535/1998. Madrid.
- MARTÍNEZ EMPERADOR (ponente): Comentarios a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 1995. Editorial La Ley-Actualidad, 1998. 216/1996. Madrid.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ (ponente): Comentarios a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 23 de septiembre de 1997. Editorial La Ley-Actualidad, 1998. 133/1998. Madrid.

# DEL JUICIO DE NUREMBERG AL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo

*Sumario:* Introducción. El Juicio de Nuremberg (Estatuto de Londres de 8-agosto-1945). El Tribunal Militar Internacional de Extremo Oriente. Juicios Locales. Valoración Crítica. De Nuremberg al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. ¿Qué cabe esperar del Estatuto de Roma?

## Introducción

«El establecimiento de una Jurisdicción superior, independiente de los Estados, encargada de resolver los litigios de naturaleza criminal que encierren elementos internacionales, sería la expresión más sensible y popular de la justicia penal internacional»<sup>1</sup>.

Estas palabras de Jiménez de Asúa, pronunciadas allá por la década de los años 50, siguen siendo en los albores del siglo XXI un desiderátum aún no alcanzado.

Prescindiendo de antecedentes históricos remotos, sin más valor que el puramente erudito, el primer intento de instaurar una Corte Penal Internacional que depurase responsabilidades de la delincuencia bélica surge, como señala Quintano Ripollés<sup>2</sup>, a la conclusión de la Primera Guerra Mundial, con el Tratado de Versalles y su pretensión de que las potencias vencedoras enjuiciasen al Kaiser Guillermo II y a sus principales colaboradores civiles y militares.

---

<sup>1</sup> JIMÉNEZ ASUA, Luis: *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Editorial Losada (segunda edición) Buenos Aires 1950. Pág. 1.133.

<sup>2</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. Tomo I. Editorial Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco Vitoria. Madrid 1955. Págs. 397 y siguientes.

El intento, sin embargo, resultó fallido: el gobierno holandés denegó la extradición de Guillermo II, en cuyo país se había refugiado, y los pocos —45— criminales de guerra del bando perdedor sometidos a juicio fueron juzgados por el Tribunal Supremo Alemán.

En el interregno entre la primera y la segunda gran guerra se escuchan voces de especialistas —Descamps— e instituciones (International Law Association, Unión Interparlamentaria, Asociación Internacional de Derecho Penal) reclamando la creación de un Tribunal Penal Internacional, sugerencia que es recogida por el acuerdo de la Sociedad de Naciones de 10-septiembre-1934, pero la idea finalmente tampoco fructificó<sup>3</sup>.

Así las cosas, se declara la Segunda Guerra Mundial. Bien avanzada ésta, entre los días 19 y 30 de octubre de 1943, tiene lugar en Moscú una reunión tripartita entre Roosevelt, Churchill y Stalin que, en declaración de fecha 1 de noviembre del mismo año anunciaron su decisión de que los principales criminales de guerra (alemanes, por supuesto), serían juzgados y condenados por una decisión conjunta de los gobiernos aliados, precisándose que a este proceso serían sometidos los principales culpables de los países europeos del Eje, cuyos crímenes no tengan una localización geográfica especial. Quedaban en cambio sujetos a la jurisdicción local de cada país, los perpetrados en sectores concretos, así como los de traición y colaboración con el enemigo<sup>4</sup>.

El escenario quedaba ya configurado: los máximos jefes nazis serían juzgados por un Tribunal Internacional aliado; los crímenes de guerra particulares cometidos por los subalternos serían enjuiciados por los Tribunales del lugar de comisión de los hechos.

Fruto de esta decisión es el acuerdo y el Estatuto de Londres, de 8-agosto-1945, por el que debía regirse el Tribunal Militar Internacional que juzgase a los grandes criminales de guerra. Era el preludeo del «Juicio de Nuremberg».

A título de anécdota cabe señalar que Stalin se había mostrado partidario del fusilamiento de los criminales de guerra alemanes, tan pronto fuesen capturados, fijando incluso la cifra de, al menos, cincuenta mil; pretensión que fue abandonada por la firme oposición de Churchill<sup>5</sup>. Se había evitado la justicia del pelotón de ejecución.

---

<sup>3</sup> JIMÉNEZ ASUA, Luis: *Op. cit.* pág. 1.134.

<sup>4</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Op. cit.* pág. 405 y siguientes.

<sup>5</sup> MAYDA, Guiuseppe: *Nuremberg (1946-1966)*. Ediciones G.P. Barcelona 1969. Pág. 17.



## **El Juicio de Nuremberg (Estatuto de Londres de 8-agosto-1945)**

Del Estatuto de Londres centraremos la atención en los siguientes aspectos:

- 1.º) Quiénes componían el Tribunal Juzgador.
- 2.º) Quiénes fueron los juzgados.
- 3.º) De qué delitos entendió.
- 4.º) Penas aplicables y aplicadas y,
- 5.º) Régimen de recursos contra el fallo.

### *Composición del Tribunal*

El Tribunal estaba formado por cuatro jueces titulares, uno por cada país signatario (Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia y la URSS) y otros cuatro suplentes (art. 2) que no pueden ser recusados ni por el Ministerio Fiscal ni por las defensas de los acusados (art. 3).

Curiosamente, a pesar de su denominación oficial de «Tribunal Militar Internacional», todos sus componentes, salvo los rusos, eran civiles.

### *Los acusados*

La competencia por razón de la persona del Tribunal se extendía al enjuiciamiento de los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje que, actuando en favor de los intereses de dichos países, como individuos o como miembros de organizaciones, hubieran cometido alguno de los crímenes que se reseñan en el Estatuto (art. 6). En suma, el cometido del Tribunal Militar Internacional era el de juzgar a lo que podría definirse sintéticamente como la plana mayor político-militar del Tercer Reich.

Sin embargo, el art. 10 del Estatuto amplía la competencia del Tribunal para el enjuiciamiento de organizaciones o grupos, que podrían ser declarados criminales. Piénsese, por ejemplo, en las S.S. o en las S.A.

### *De qué delitos entendió*

La competencia por razón de la materia del Tribunal se circunscribía a tres grandes bloques de delitos:

- 1.º) Crímenes contra la paz.
- 2.º) Crímenes de guerra y,
- 3.º) Crímenes contra la humanidad (art. 6).

Se describe a continuación el contenido de cada bloque.

Crímenes contra la paz: planeamiento, preparación, iniciación o ejecución de una guerra de agresión o de una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos y seguridades, o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de los actos precedentes (art. 6.a).

Crímenes de guerra: violaciones de la leyes y de las costumbres de la guerra. Estas violaciones incluyen, pero no están limitadas, asesinatos, maltratamientos y deportaciones para trabajos forzados o para cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que se encuentren en ellos; asesinatos o maltratamientos de prisioneros de guerra o de personas en los mares; ejecución de rehenes, despojo de la propiedad pública o privada; injustificable destrucción de ciudades, pueblos y aldeas, devastación no justificada por necesidades militares (art. 6.b).

Crímenes contra la humanidad: asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la Jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la Legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados.

Señala el Estatuto que el haber obrado en cumplimiento de órdenes superiores no será causa de exención de responsabilidad, pudiendo considerarse, facultativamente, a lo sumo como una circunstancia de atenuación de la pena (art. 8).

### *Penas aplicables*

A tenor del art. 27 «el Tribunal tiene derecho a imponer a un acusado la pena de muerte o cualquier otra pena que considere justa».

### *Recursos*

Contra la sentencia dictada por el Tribunal Militar Internacional no cabe recurso alguno, ordinario y extraordinario (art. 26). Sin embargo, el art. 29 prevenía que «en caso de condena, las sentencias serán ejecutadas de acuerdo con las órdenes del Consejo de Control de Alemania, el cual puede en cualquier tiempo reducir o modificar las sentencias, pero no aumentar la severidad de las mismas».

El juicio oral se inició el 20-noviembre-1945 y, tras 403 sesiones, se hizo pública la sentencia los días 30 de septiembre y 1 de octubre de

1946. El fallo fue el siguiente: 12 penas de muerte, 7 penas de prisión comprendidas entre cadena perpetua y 10 años y tres absoluciones por falta de pruebas. Se declaró también la culpabilidad «en grupo» de los dirigentes nazis, de la Gestapo y de las S.S.; por el contrario, no se declaró la culpabilidad del gobierno del Reich, ni del Estado Mayor del Ejército Alemán, ni de las S.A.

### **El Tribunal Militar Internacional de Extremo Oriente**

A semejanza del Estatuto de Londres de 8-agosto-1945, se constituyó, meses más tarde, el Tribunal Militar Internacional de Extremo Oriente regulado por el Reglamento de 25-abril-1946, cuya finalidad era la de juzgar a los grandes criminales de guerra japoneses.

Las normas por las que se rigieron los Tribunales de Nuremberg y de Tokio eran muy similares, cabiendo señalar entre ambas las siguientes diferencias: del Tribunal Militar Internacional de Extremo Oriente formó parte un Juez de un país neutral en la contienda (India) y en el Estatuto de este último se simplificó la descripción de las infracciones y se prescindió de la conflictiva figura de la «conspiración», recogida en el Estatuto de Londres, que tantas críticas había suscitado.

De la sentencia dictada por el Tribunal de Tokio el día 12-noviembre1948 (8 penas de muerte, 17 cadenas perpetuas y 2 penas de prisión temporal), discreparon los miembros del Tribunal representantes de India y Francia. No fue juzgado el Emperador del Japón<sup>6</sup>.

### **Juicios locales**

A raíz de la Segunda Guerra Mundial se enjuiciaron y condenaron también atrocidades de carácter local cometidas con ocasión de ella por los invasores, así como delitos de traición a la patria. Sin embargo, estos procesos que tuvieron lugar en Francia, Bélgica, Holanda, Noruega, Gran Bretaña, Alemania, URSS, Estados Unidos y Japón, no fueron sentenciados por una justicia internacional sino que se sustanciaron ante Tribunales locales.

---

<sup>6</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Op. cit.* Tomo I. Págs. 443 y siguientes. JIMÉNEZ ASUA, Luis: *Op. cit.* Tomo II. págs. 1.230 y siguientes.

## Valoración crítica

El Juicio de Nuremberg suscitó entre los penalistas de la época reacciones diametralmente opuestas. Jiménez de Asúa lo calificó de «rotundo fracaso jurídico»<sup>7</sup>. No es ocioso recordar que el propio Donnedieu de Vabres, juez nombrado por Francia para este proceso, fue muy crítico con la Doctrina sentada por dicho Tribunal en su fallo.

Franco Sodi dijo de él: «es un Tribunal de excepción, ocasional, con motivo de la victoria y que si es capaz de satisfacer el deseo de justicia de algunos, no es visto con absoluta confianza por otros. Un Tribunal de índole semejante puede ser útil para los fines políticos y militares del Estado victorioso, pero difícilmente arraiga en la conciencia universal como un Tribunal con la independencia y neutralidad necesarias para proceder con serenidad y fallar en justicia»<sup>8</sup>.

Por contra, Quintano Ripollés, tras realizar una crítica técnico jurídica del Estatuto de Londres, en el que encuentra graves defectos, acaba señalando que, sin embargo, «es en el terreno de los puros principios donde la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg puede ostentar mejores timbres de gloria y significado histórico verdaderamente trascendente», para acabar concluyendo que «la significación de Nuremberg en lo internacional general es inmensa y, en lo esencial, de un carácter netamente progresivo»<sup>9</sup>.

Graven concluye su juicio global sobre el proceso de Nuremberg con las siguientes palabras: «el primer Tribunal Penal Internacional de la historia no ha fracasado en su papel de hacer justicia».

Sin entrar en valoraciones políticas sobre la sentencia, un análisis puramente jurídico del contenido del Estatuto de Londres de 8-agosto-1945 descubre en él la vulneración de principios esenciales del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal. Veamos.

### *Violación del derecho al juez predeterminado por la Ley*

El Tribunal Internacional de Nuremberg fue un órgano judicial excepcional creado «ad hoc» para el enjuiciamiento de unos hechos concretos y de unos personajes concretos.

Se podrá alegar en contra de este argumento que los Jueces alemanes nunca hubieran juzgado a sus compatriotas y, en consecuencia, los

---

<sup>7</sup> JIMÉNEZ ASUA, Luis: *Op. cit.* Tomo II. Pág. 1.237.

<sup>8</sup> FRANCO SODI, Carlos: *Racismo, Antisemitismo y Justicia Penal. El Tribunal de Nuremberg*. Editorial Botas. Méjico 1946. Pág. 148.

<sup>9</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Op. cit.* Tomo I. Pág. 429 y siguientes.

crímenes de guerra hubiesen quedado impunes. El argumento no carece de fuerza pero no obvia el carácter excepcional del Tribunal de Nuremberg.

#### *Violación del derecho a un juicio imparcial*

El Tribunal de Nuremberg estuvo formado por jueces pertenecientes exclusivamente al bando vencedor. Pretender que, por ejemplo, un juez soviético pueda juzgar imparcialmente a los políticos y militares alemanes responsables de la muerte de millones de conciudadanos rusos, es simplemente quimérico.

#### *Violación del principio de igualdad ante la Ley*

En Nuremberg fueron juzgados solamente los criminales de guerra alemanes. Los crímenes de guerra cometidos por los aliados, tales como el bombardeo de Dresde o los ataques atómicos contra las ciudades de Hiroshima y de Nagasaki permanecieron impunes.

#### *Violación del principio de legalidad*

Uno de los principios esenciales de Derecho Penal es el que proclama que nadie puede ser castigado por un hecho que no tuviera la condición de delito en el momento de su comisión, ni con pena distinta a la señalada por la Ley a tal delito. «Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege».

Los reos alemanes fueron juzgados por unos delitos —crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad— que fueron tipificados por el Estatuto de Londres con posterioridad a su comisión. Quebró con ello el postulado básico de la irretroactividad de la Ley Penal desfavorable.

Cabrá contra-argumentar en el sentido de que muchos de los crímenes de guerra y contra la humanidad podían encontrar acomodo en cualquier Código Penal civilizado vigente en el momento de su perpetración.

Se podrá invocar el hecho innegable de que tales crímenes comportaban para cualquier mente humana un reproche ético innegable y que, por lo tanto, no se podía ignorar la ilicitud de la conducta.

Todo ello es cierto, pero no lo es menos que, cuando se prescinde de los principios en aras de la utilidad, la justicia se prostituye y se convierte en un mero instrumento en manos del poderoso para la satisfacción de los intereses de éste.

### *Violación del principio de seguridad jurídica*

Una conducta tipificada como delito sólo puede ser sancionada con la pena asignada por la Ley a tal infracción.

El Tribunal de Nuremberg no violó, formalmente, en su sentencia el principio de legalidad de la pena por cuanto impuso a los acusados las sanciones que el Estatuto de Londres había previsto para los delitos perpetrados por los reos: pena de muerte o cualquier otra (art. 26). Ahora bien, establecer para un delito una sanción que puede oscilar, al libre arbitrio del Tribunal, entre la pena capital o una mínima pena de prisión, vulnera los principios de proporcionalidad y de seguridad jurídica.

Seguridad jurídica que también quebranta el Estatuto de Londres al definir los delitos. En efecto, si se observa con detenimiento, en ocasiones es muy difícil por no decir imposible, deslindar ciertos crímenes de guerra de otros crímenes contra la humanidad. Y el hecho no es baladí si se tiene en cuenta que el Tribunal de Nuremberg sólo aplicó la pena de muerte a los reos convictos de crímenes contra la humanidad, no a los responsables solamente de crímenes de guerra.

### *Otros aspectos cuestionables*

Se ha reprochado también al Estatuto de Londres la introducción de la figura de la conspiración, que dio hartos quebraderos de cabeza a los Juristas, así como de no prever una fase previa de instrucción judicial de la causa, lo que, entre otras cosas, dio lugar a una inusitada duración de las sesiones del juicio oral.

En estas circunstancias es muy difícil formular un juicio global de la justicia de Nuremberg. Cabría decir, a riesgo de simplificar que, con todas sus graves lacras, supuso un avance, un primer y pequeño paso adelante, en orden a la realización de la justicia internacional. Los acusados de Nuremberg, al menos tuvieron derecho a un juicio.

## **De Nuremberg al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**

El precedente del Juicio de Nuremberg y del de Tokio y las críticas vertidas a los Estatutos que rigieron la actuación de ambos tribunales internacionales llevó a la comunidad de naciones a la convicción de que era necesario crear un instrumento jurídico que eliminase los graves defectos en que se había incurrido en ese primer intento de justicia penal internacional.

Si se quería instaurar una verdadera Justicia Penal Internacional era obligado crear una Corte Penal Internacional de carácter permanente e

imparcial respetuosa con los principios universalmente admitidos en materia de garantías penales y procesales.

En esta convicción, la Asamblea de las Naciones Unidas, el día 12-diciembre-1950 acordó crear un Comité que preparase una propuesta de creación de una Corte internacional. El referido Comité terminó su trabajo el 20-agosto-1953. Tendrían que transcurrir 45 años para que la idea fructificase en el Estatuto de Roma de 17-julio-1998.

Bien es verdad que en el ínterin han funcionado dos Tribunales Penales Internacionales para la represión de crímenes de guerra en la ex Yugoslavia y en Ruanda. Las experiencias de estas dos Cortes, con resultar interesantes, no son objeto de este trabajo por razones de espacio-tiempo y porque, lo que con él se pretende, en definitiva, es comparar el régimen jurídico del Estatuto de Londres de 1945 con la nueva Corte Penal Internacional creada por el Estatuto de Roma de 1998.

### **El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17-julio-1998**

La Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, reunida en Roma, aprobaba el día 17 de julio de 1998 el llamado «Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», cuyo texto consta de un preámbulo y 128 artículos.

Pese a su novedad, el tema ya ha merecido la atención del Profesor Gimeno Sendra, al que dedicó una conferencia que desarrolló en la sede del I. Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, con motivo del homenaje rendido a la memoria de D. Enrique Ruiz Vadillo<sup>10</sup>. Más recientemente, aunque de forma tangencial, se ha ocupado también de la cuestión Quintero Olivares<sup>11</sup>.

De la lectura del preámbulo y del artículo primero del Estatuto de Roma se deducen ya dos características esenciales del mismo:

- 1.º) Lo que se pretende es la creación de una Corte Penal Internacional, de carácter permanente e independiente, que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional y,

---

<sup>10</sup> Un breve extracto de la misma aparece en el Boletín del Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia; noviembre-diciembre 1998; n.º 84; págs. 14 y 15.

<sup>11</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La unificación de la justicia penal en Europa*. Revista Penal n.º 3. Enero 1999. Nota 4. Págs. 55 y 56.

- 2.º) El carácter complementario de la Corte Penal Internacional respecto de las Jurisdicciones Penales Nacionales, por considerarse deber de todo Estado ejercer su propia Jurisdicción Penal contra los responsables de crímenes internacionales.

Expondremos a continuación, de forma sucinta, la estructura básica del Estatuto de Roma.

### *La Corte*

La Corte, con sede en La Haya, se compone de 18 magistrados (art. 36), que gozan de independencia en el ejercicio de sus funciones (art. 40). El cargo tiene una duración de 9 años y no es reelegible (art. 36); no pueden ser separados de sus funciones salvo por causas tasadas (art. 46) y pueden ser recusados por las partes cuando razonablemente quepa poner en duda su imparcialidad (art. 41).

La Corte está dividida en tres secciones: una sección de cuestiones preliminares, una sección de primera instancia y una sección de apelaciones (art. 34), y sólo es competente para el enjuiciamiento de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto (art. 11).

Compete —en síntesis— a la Sala de cuestiones preliminares:

- 1.º) Autorizar o denegar las solicitudes de investigación formuladas por el Fiscal para depurar presuntos crímenes sometidos a la competencia de la Corte.
- 2.º) Ejercer como Tribunal de garantías procesales durante la fase de instrucción de la causa, encomendada al Fiscal y,
- 3.º) Una vez concluida la fase de instrucción, si el Fiscal presenta acusación contra persona concreta, determinar si hay motivos bastantes para abrir el juicio oral contra ella (arts. 15, 53, 57 y 61).

Corresponde a la Sala de Primera Instancia conocer en juicio oral las causas por delito cuyo enjuiciamiento compete a la Corte (art. 64).

Es competencia de la Sección de Apelaciones revisar, en grado de apelación, las sentencias dictadas por la Sección de Primera Instancia (art. 83), así como entender del recurso extraordinario de revisión (art. 84).

### *La Fiscalía*

Actúa de forma independiente, como órgano separado de la Corte, y tiene por función recibir información sobre crímenes de la competen-



cia de la Corte, dirigir la fase de instrucción y ejercitar la acción penal, pudiendo ser recusado un funcionario del Ministerio Fiscal cuando quepa razonablemente poner en duda su imparcialidad (art. 42).

Como síntesis de las disposiciones orgánicas relativas a la Corte cabe subrayar que el Convenio de Roma ha sido muy escrupuloso a la hora de garantizar la imparcialidad y la independencia del Tribunal Penal Internacional, evitando caer en los errores en que incurrió, en este punto, el Estatuto de Londres.

### *Competencia de la Corte*

Procede ahora examinar la competencia de la Corte por razón de la materia y por razón de las personas.

### *Por razón de la materia*

Establece el art. 5 del Estatuto que:

«La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad Internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio.
- b) Los crímenes de lesa humanidad.
- c) Los crímenes de guerra y,
- d) El crimen de agresión».

La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión cuando se apruebe, en el futuro, una disposición en que se definan las modalidades que puede revestir esta infracción penal.

A continuación el Estatuto describe las conductas típicas que integran los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra.

El art. 6 dice así:

«A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo.
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo».

A tenor del art. 7:

«A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato.
- b) Exterminio.
- c) Esclavitud.
- d) Deportación o traslado forzoso de población.
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional.
- f) Tortura.
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable.
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo tres, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o en cualquier crimen de la competencia de la Corte.
- i) Desaparición forzada de personas.
- j) El crimen de Apartheid.
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2.º A los efectos del párrafo primero:

- a) Por ataque contra una población civil se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo primero contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política.
- b) El exterminio comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población.
- c) Por esclavitud se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños.

- d) Por deportación o traslado forzoso de población se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el Derecho Internacional.
- e) Por tortura se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuitas de ellas.
- f) Por embarazo forzado se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del Derecho Internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo.
- g) Por persecución se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del Derecho Internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad.
- h) Por el crimen de Apartheid se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.
- i) Por desaparición forzada de personas se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con intención de dejarlas fuera del amparo de la Ley por un período prolongado.

3.º A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede».

Conforme al art. 8:

«1.º) La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

2.º) A los efectos del presente Estatuto, se entienden por crímenes de guerra:

- a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra per-

sonas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:

- Matar intencionalmente.
  - Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos.
  - Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud.
  - Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala ilícita y arbitrariamente.
  - Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una potencia enemiga.
  - Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial.
  - Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales.  
Tomar rehenes.
- b) Otras violaciones de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:
- Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades.
  - Dirigir intencionalmente ataques contra objetos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares.
  - Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al Derecho Internacional de los conflictos armados.
  - Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea.
  - Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares.
  - Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción.
  - Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves.
  - El traslado, directa o indirectamente, por la potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o a la de-

- portación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio.
- Los ataques dirigidos intencionalmente contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares.
  - Someter a personas que estén en poder del perpetrador a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud.
  - Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la Nación o al Ejército enemigo.
  - Declarar que no se dará cuartel.
  - Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo.
  - Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un Tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga.
  - Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra.
  - Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto.
  - Veneno o armas envenenadas.
  - Gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo.
  - Balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones.
  - Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del Derecho Humanitario Internacional de los Conflictos Armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en el anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los arts. 121 y 123.
  - Cometer ultrajes contra la dignidad de la personas, en particular tratos humillantes y degradantes.
  - Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del art. 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra.

- Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden impunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares.
  - Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios, y contra personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el Derecho Internacional.
  - Provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluso el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra.
  - Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las Fuerzas Armadas Nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.
- c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquiera otra causa:
- Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura.
  - Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes.
  - La toma de rehenes.
  - Las condenas dictadas y la ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un Tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.
- d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internas, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar.
- e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de Derecho Internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:
- Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades.

- Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios y contra el personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el Derecho Internacional.
  - Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho de los conflictos armados.
  - Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y a heridos, a condición de que no sean objetivos militares.
  - Saquear ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto.
  - Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del art. 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.
  - Reclutar o alistar niños menores de quince años a las Fuerzas Armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades.
  - Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas.
  - Matar o herir a traición a un combatiente enemigo.
  - Declarar que no se dará cuartel.
  - Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud.
  - Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo.
- f) El párrafo 2.e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no sean de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

3.º Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y d) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo Gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo».

Además de estos crímenes que se acaban de señalar, el Tribunal Penal Internacional es también competente para conocer de ciertos delitos contra la Administración de Justicia cometidos contra la propia Corte; así, el art. 70 establece lo siguiente:

«La Corte tendrá competencia para conocer de los siguientes delitos contra la Administración de Justicia, siempre y cuando se cometan intencionalmente:

- a) Dar falso testimonio cuando se esté obligado a decir verdad de conformidad con el párrafo 1 del art. 69.
- b) Presentar pruebas a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas.
- c) Corromper a un testigo, obstruir su comparecencia o testimonio o interferir en ellos, tomar represalias contra un testigo por su declaración, destruir o alterar pruebas o interferir en las diligencias de prueba.
- d) Poner trabas, intimidar o corromper a un funcionario de la Corte para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida.
- e) Tomar represalias contra un funcionario de la Corte en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario y,
- f) Solicitar o aceptar un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación con sus funciones oficiales».

Se ha cuestionado por algunos si el Estatuto de Roma debió ampliar el catálogo de infracciones competencia de la Corte; así, Gimeno Sendra echa en falta en ese elenco los delitos de terrorismo y narcotráfico.

Desde luego, la competencia por razón de la materia prevista en el Estatuto se halla muy lejos de lo que podría constituir un Código Penal Internacional, tal y como lo concibiera Cherif Basiouni en su obra «Derecho Penal Internacional»<sup>12</sup>.

Con todo, tratándose de una materia en la que se están dando los primeros pasos, no es descabellado que se haya preferido pecar de prudentes, evitando el riesgo de colapsar la Corte Internacional sobrecargándola de competencias.

---

<sup>12</sup> CHERIF BASIOUNI: *Derecho Penal Internacional*. Con prólogo del Profesor Antonio Beristain. Editorial Tecnos. Madrid 1984. Págs. 101 y siguientes.



### *Competencia por razón de la persona*

La competencia por razón de la persona se establece con un doble criterio:

- 1.º) La Corte solamente es competente para juzgar a personas naturales. Queda así descartada la posibilidad de declarar criminales a organizaciones o a personas jurídicas, como se preveía en el Estatuto de Londres.
- 2.º) Quien quiera que cometa un crimen competencia de la Corte puede ser juzgado por ella (art. 25).

Concretamente el art. 27 dispone que:

«Primero.—El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un Gobierno o Parlamento, representante elegido o funcionario de Gobierno, en ningún caso le eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena.

Segundo.—Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella».

Ya no se distingue entre vencedores y vencidos, como ocurrió en Nuremberg. El paso es importante.

### *Fuentes de Derecho*

El Estatuto considera como fuentes de derecho:

- 1.º) Con carácter prioritario, el propio Estatuto.
- 2.º) Subsidiariamente, los Tratados y principios de Derecho Internacional y,
- 3.º) En su defecto, los principios generales del Derecho Interno de los sistemas jurídicos del mundo, siempre que no sean incompatibles con el Estatuto ni con las normas o principios de carácter internacional (art. 21).

### *Principios generales de Derecho Penal*

El Estatuto tiene el acierto de reconocer expresamente los principios esenciales del Derecho Penal: principio de legalidad («*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*») (arts. 22, 23 y 77); irretroactivi-

dad de la Ley Penal, salvo que ésta fuese favorable al reo (art. 24); responsabilidad penal individual (art. 25); «nulla poena sine culpa» (arts. 30 y 32); «nulla poena sine iudicio» y excepción de «cosa juzgada» (art. 20).

Tras establecer un catálogo de circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal (art. 31), el art. 33 regula la eficacia exoneradora del cumplimiento de órdenes, haciéndolo del siguiente modo:

«1.º Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un Gobierno o un Superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

- a) Estuviere obligado por Ley a obedecer órdenes emitidas por el Gobierno o el superior de que se trate.
- b) No supiera que la orden era ilícita y,
- c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2.º A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas».

Por último, se declara la imprescriptibilidad de los crímenes competencia de la Corte.

### *El proceso ante la Corte*

El proceso ante la Corte puede dividirse en cuatro fases: instrucción, juicio oral, apelación y ejecución de sentencia.

La fase de instrucción tiene por finalidad averiguar si se ha cometido un crimen competencia de la Corte y quién o quiénes son responsables del mismo. En esta fase cobra especial protagonismo la figura del Ministerio Fiscal que es el verdadero promotor de la instrucción, con la intervención para ciertas diligencias de la sección de cuestiones preliminares (arts. 15, 53, 54, 57 y siguientes).

En esta primera fase del procedimiento le asisten al acusado los derechos de no declarar contra sí mismo; no confesarse culpable; no ser objeto de coacciones o torturas; no ser sometido a detención arbitraria; ser informado de la acusación que pesa sobre él; ser asistido de Letrado, así como presentar alegaciones y pruebas (arts. 55, 57 y 61).

Si la Sala de cuestiones preliminares, tras la celebración de una audiencia con intervención del Fiscal y del acusado, estima que existen motivos fundados para creer que el acusado cometió el crimen que se le imputa, remitirá las actuaciones a la Sala de Primera Instancia para celebración de juicio oral (art. 61).

El juicio oral es público, salvo circunstancias muy especiales (art. 64) y ha de celebrarse con la presencia del acusado (art. 63), rigiendo el principio de presunción de inocencia (art. 66).

Durante el juicio oral asisten al acusado los siguientes derechos: ser oído públicamente; ser informado detalladamente de los cargos que se le imputan; disponer de tiempo y medios suficientes para la preparación de su defensa; comunicarse libre y confidencialmente con su abogado defensor; ser juzgado sin dilaciones indebidas; interrogar a los testigos de cargo; obtener la comparecencia y declaración de testigos de descargo; presentar pruebas pertinentes; ser asistido por un intérprete; guardar silencio y no declararse culpable; no prestar juramento; conocer las pruebas en poder de la acusación, incluso aquéllas que puedan acreditar la inocencia o la atenuación de la responsabilidad del acusado y, finalmente, el derecho a que no se invierta la carga de la prueba, ni le sea impuesta la carga de presentar contra-pruebas (art. 67).

Cabe concluir, en pocas palabras, que el procedimiento ante la Corte es un proceso con todas las garantías, escrupulosamente respetuoso con las disposiciones del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (New York, 16 de diciembre de 1966) y con la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950) y es homologable con las normas procesales vigentes en los países más garantistas.

El fallo de la Sala de Primera Instancia requiere la mayoría de los Magistrados y contendrá una exposición fundada de la evaluación de las pruebas y las conclusiones; su contenido se hará público (art. 74).

Si el fallo fuese condenatorio, en la sentencia se fijará la pena impuesta (art. 76); para su graduación la Sala tendrá en cuenta la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado (art. 78).

La Corte, a tenor del art. 77, sólo podrá imponer las siguientes penas:

- 1.º) Reclusión por un número de años que no exceda de 30.
- 2.º) Reclusión perpetua, cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.
- 3.º) Además de la reclusión cabe imponer una pena de multa y el decomiso de los bienes procedentes del delito.

Obsérvese que en ningún caso cabe imponer la pena de muerte.

Contra la sentencia dictada por la Sala de Primera Instancia tanto el Fiscal como el condenado podrán interponer recurso de apelación ante la Sala de Apelaciones (arts. 81 y 83).

Dicho recurso habrá de basarse en alguno de los siguientes motivos: vicio de procedimiento, error de hecho, error de derecho o desproporción entre el crimen y la condena.

Se instaura pues el principio de doble instancia, a diferencia de lo dispuesto en el Estatuto de Londres, que imponía la irrecurribilidad del fallo del Tribunal Militar Internacional.

La Sala de Apelaciones, al resolver el recurso, podrá:

- 1.º Confirmar la sentencia.
- 2.º Revocar o enmendar el fallo o la pena.
- 3.º Decretar la celebración de un nuevo juicio en otra Sala de Primera Instancia (art. 83).

Cabe incluso un recurso extraordinario de revisión por motivos tasados, para cuyo conocimiento es también competente la Sala de Apelaciones (art. 84).

Por último, la ejecución de la pena se regula en los arts. 103 a 111 del Estatuto. El proceso de ejecución se rige por las siguientes normas:

- 1.º) La pena privativa de libertad se cumplirá en el Estado designado por la Corte.
- 2.º) Esta pena tendrá carácter obligatorio para los Estados parte, quienes no podrán modificarla en ningún caso.
- 3.º) La ejecución de la pena estará sujeta a la supervisión de la Corte.
- 4.º) Las condiciones de reclusión se regirán por la Legislación del Estado de ejecución.
- 5.º) La Corte podrá acordar la reducción de la pena cuando el condenado haya cumplido dos terceras partes de la misma, o 25 años de prisión en caso de reclusión perpetua.

Hasta aquí, en breve síntesis, se han desarrollado las líneas maestras del Estatuto de Roma.

### **¿Qué cabe esperar del Estatuto de Roma?**

La última cuestión a plantear es qué cabe esperar de este Estatuto.

Partiendo del hecho incuestionable de que el Estatuto de Roma de 17-julio-1998 supone un paso de gigante respecto del Estatuto de Londres de 8-agosto-1945 y de las normas por las que se rigió el Tribunal Militar Internacional de Extremo Oriente, lo primero que habría que desear es que el Estatuto de Roma entre en vigor.

Tal cosa sucederá tres meses después de que lo hayan ratificado 60 Estados (art. 126); el Estatuto permanecerá abierto a la firma de los Estados hasta el día 31 de diciembre del año 2000.

Teniendo en cuenta que hasta el mes de diciembre de 1998 no llegaban a 40 los Estados ratificantes, queda la incógnita de si el siglo XXI se iniciará con una nueva justicia penal internacional o, por el contrario, el Estatuto de Roma formará parte de otros intentos fallidos por conseguir una justicia universal.

Sorprende que después de dos grandes confrontaciones mundiales e innumerables guerras de la post-guerra, donde se han cometido atrocidades sin límite y donde han muerto millones de personas, la humanidad no haya tomado aún conciencia clara de que la guerra, en sí misma, es ya un crimen colectivo.

Sorprende igualmente que los conflictos bélicos se hayan convertido en un negocio para las cadenas de televisión que se disputan emitir en vivo y en directo las imágenes más crueles de una contienda.

Sorprende también que potencias que predicán la democracia y la fraternidad entre los pueblos olviden esos principios cuando no convienen a sus intereses económicos o geopolíticos.

Sorprende que por razones de política de bloques, las grandes potencias miren hacia otro lado ante conflictos internos en los que se están cometiendo las mayores crueldades.

Sorprende que esos mismos Estados, que ante un asesinato puntual no dudan en aplicar la pena de muerte, no tengan ningún escrúpulo en provocar o en tolerar contiendas en las que hombres, mujeres y niños no beligerantes mueren por millares, a veces salvajemente asesinados.

Sorprende que por ganar un mercado o un escenario de influencia no se repare en medios, aunque el resultado sea un carnicería.

Todo ello lleva a la convicción de que existe una disociación escandalosa entre lo que se estatuye como norma de comportamiento interno y lo que se practica como conducta en el ámbito internacional.

Asiste toda la razón al gran penalista alemán Hans Jescheck cuando afirma que «en tanto las grandes potencias se ocupen solamente de realizar una política imperialista en su propio beneficio, será imposible la creación de un Derecho Internacional Penal»<sup>13</sup>.

Y es que, a la postre, una verdadera justicia penal internacional sólo será posible el día en que los conceptos de soberanía e independencia sean sustituidos por los de solidaridad e interdependencia.

---

<sup>13</sup> JESCHECK HANS: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. Editorial Bosch. Barcelona 1981. Pág. 165.



# HISTORIA DE LAS DEMANDAS Y OTRAS ACCIONES LEGALES ENTABLADAS CONTRA LA INDUSTRIA TABAQUERA EN LOS ESTADOS UNIDOS

Goretti Vadillo Robredo

Doctor en Derecho

*Sumario:* I. Introducción. II. Demandas de particulares contra la industria tabaquera. 1. Introducción. 2. Antes de Cipollone. 3. Cipollone v. Liggett Group Inc. a. En general. b. En concreto. 4. Después de Cipollone. 5. Fumadores pasivos. II. «Class Action» v. Tabacaleras. 1. Castano v. American Tobacco Co. 2. Broin v. Philip Morris. 3. Engle v. R.J. Reynolds Tobacco, et.al. III. Demandas entabladas por los estados (*Attorneys General*). IV. Acuerdos extrajudiciales. Comentario sobre el preacuerdo de junio de 1997. Preacuerdo de 23 de noviembre de 1998: *Multistate Master Settlement Agreement (MSA)*. V. Recapitulación.

## I. Introducción

La responsabilidad por productos defectuosos es uno de los temas jurídicos que más atención acapara, tanto por parte de los medios de comunicación no especializados como de la doctrina y la jurisprudencia de los distintos países. En los Estados Unidos —país en el que más atención se ha dedicado a este tema— las distintas épocas de la evolución de la responsabilidad por productos defectuosos han estado marcadas por algunos productos en particular. Productos como el asbesto, el Dalkon Shield, el DES, el Ford Pinto y las consecuencias dañosas derivadas de su utilización han determinado, en gran medida, que la doctrina y la jurisprudencia norteamericana hayan evolucionado hasta la situación actual. Muchos de los casos más conocidos son supuestos de accidentes en masa (*mass tort*). En estos casos, la utilización o el consumo de un mismo producto defectuoso dentro de una comunidad más o menos amplia de consumidores provoca un gran número de daños de

entidad diversa. Los problemas que plantean estas situaciones son complejos. Por un lado, el demandante se enfrenta, entre otros, a serios problemas de prueba de la relación de causalidad. Por otra parte, el demandado, si es declarado responsable, deberá afrontar indemnizaciones millonarias que le pueden llevar a una declaración de quiebra. A simple vista, el sistema clásico de responsabilidad civil parece fracasar en estos casos. Si se busca la indemnización de la víctima, ésta puede verse frustrada con la declaración de quiebra. Por ello, la solución de muchos de estos supuestos ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia norteamericana a elaborar nuevas teorías (por ejemplo, la teoría de «*market share*») y a buscar nuevas soluciones.

El tabaco constituye un buen ejemplo de la evolución de la responsabilidad por productos defectuosos en los Estados Unidos, evolución que no nos permite considerar que el problema esté zanjado.

Los Estados Unidos son el mayor fabricante de cigarrillos del mundo. Allí se encuentran asentadas las empresas tabacaleras más importantes. Se estima que el impacto de la industria del tabaco en la economía norteamericana fue, en 1994, de unos 54,3 billones de dólares, y que para su cultivo se dedicaban unas 124.000 granjas en 21 estados y Puerto Rico, en las que trabajaron unas 142.000 personas a tiempo completo. En la venta y distribución de tabaco trabajaron, también en 1994, unas 99.000 personas, y en su fabricación unas 42.000. La otra cara de esta saneada industria la componen las 400.000 personas que mueren anualmente en los Estados Unidos por alguna causa atribuible al tabaco.

A finales de la década de los cincuenta comienza, de forma aislada, lo que más tarde sería conocido como la «guerra del tabaco», que ha llegado hasta nuestros días. Las primeras demandas contra las tabacaleras, entabladas por particulares, se encontraron con una incipiente teoría de responsabilidad por productos defectuosos y fracasaron en lograr una indemnización. Este movimiento continuó hasta la década de los noventa. El número de las demandas contra las tabacaleras crecía en todos los estados. Sin embargo, las defensas que planteaba la industria, de forma uniforme, tenían más éxito ante los tribunales que las alegaciones de los demandantes. A pesar de ello, el movimiento continuó, y ha sido en la década de los noventa cuando los demandantes han tenido más éxito en los tribunales. En los noventa, las causas de pedir de los demandantes ya no se limitan a la responsabilidad por productos defectuosos u otras similares, sino que a las alegaciones tradicionales se han añadido las de conspiración, fraude, etc. También es en los noventa cuando surgen las primeras *class actions* y las demandas entabladas por los *Attorney General* en reclamación de los costes sanitarios causados



por enfermedades relacionadas con el consumo de tabaco, además aparecen los fumadores pasivos como nueva categoría de demandantes y la adición a la nicotina como nuevo daño.

Con este panorama, dibujado a grandes rasgos, se puede intuir que la situación para las tabacaleras norteamericanas ha cambiado. El grupo Liggett fue el primero en abandonar el frente común, que la industria del tabaco había constituido para afrontar su defensa, y negociar con los estados. Sería el primer paso de una negociación que más tarde (20 de junio de 1997) se llevaría a cabo entre toda la industria tabaquera y los *Attorneys General* de 40 estados. El acuerdo resultante de la negociación debía ser ratificado en el Congreso de los Estados Unidos y convertido en ley federal. Sin embargo, nunca se llegó a un acuerdo final en el Congreso.

En el presente artículo<sup>1</sup>, haremos un recorrido por la historia legal de lo que, vulgarmente, se ha conocido como la «guerra del tabaco», analizando los *leading cases* que marcaron un nuevo paso o movimiento. Finalmente, examinaremos la situación actual en los Estados Unidos.

## II. Demandas de particulares contra la industria tabaquera

### 1. Introducción

Los primeros en entablar demandas en contra de las tabacaleras<sup>2</sup> fueron los particulares. Las demandas comenzaron en la década de los cincuenta, e inicialmente se basaban en la teoría de *negligence*, aunque sin éxito para los demandantes<sup>3</sup>. Los problemas a los que se enfrentaban los particulares eran muy similares. En un primer momento, fueron incapaces de demostrar la relación de causalidad entre el daño (la

---

<sup>1</sup> El artículo actual tiene su origen en otro anterior de la autora, *Situación legal de la industria del tabaco en Estados Unidos*, Rev del Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, 1997, n.º 6, pp. 20 y ss. En el momento de elaboración del primer artículo el acuerdo alcanzado entre los estados y las tabacaleras no había sido aprobado. En el presente artículo se examina el acuerdo y las críticas que ha recibido por sectores importantes tanto de la doctrina jurídica como de la económica. Asimismo, se profundiza en materias que, por falta de espacio, no fueron tratadas en el anterior y se prescinde de otras.

<sup>2</sup> En el presente artículo utilizaremos frecuentemente el término «tabacaleras». Con este término queremos hacer referencia a todas las empresas fabricantes de productos relacionados con el tabaco (puros, cigarrillos, etc.). En otras ocasiones utilizaremos expresiones como «industria tabaquera», «industria de tabaco» con el mismo significado.

<sup>3</sup> Ver, RABIN, L.R., *A Sociolegal History of the Tobacco Tort Litigation*, Stanford Law Review, 1992, vol. 44, pp. 853-854.

muerte o las lesiones del demandante) y la acción u omisión del demandado<sup>4</sup>. Si bien en los años cincuenta ya existían estudios científicos que apuntaban a la relación entre el consumo del tabaco y el cáncer de pulmón<sup>5</sup>, éstos eran discutidos por un sector de la comunidad científica. Ante la falta de certeza, los tribunales optaron por considerar que no se había probado la relación de causalidad entre ambos extremos. En la década de los sesenta se recoge en el *Restatement (Second) of Torts* la responsabilidad objetiva de los fabricantes de productos defectuosos (sec. 402 A)<sup>6</sup>. La nueva teoría de responsabilidad provocó un giro en el planteamiento de las demandas contra las tabacaleras. Es en esta época cuando las demandas se basan en la *strict liability* y concretamente en el «defecto de información»; es decir, en que las empresas fabricantes de tabaco fracasaron en informar adecuadamente a los fumadores sobre los peligros asociados con su consumo.

La defensa de las tabacaleras también ha sido, más o menos, uniforme. Las defensas comprenden desde la alegación de falta de relación de causalidad, la asunción de riesgo por parte de la víctima, la compensación de culpas y el que la acción está «preempted»<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> En 1954, Eva Cooper demandó a R.J. Reynolds Tobacco Co. por la muerte de su marido como consecuencia de un cáncer de pulmón. El tribunal decidió que no existía prueba de que el fumar causase cáncer.

<sup>5</sup> El 2 de mayo de 1950, LEVIN, M., publicó en JMA el primer estudio que relacionaba el fumar con el cáncer de pulmón, *Tobacco Smoking as a Possible Etiologic Factor in Bronchiogenic Carcinoma: A Study of 684 Proved Cases*. El 30 de setiembre de 1950, el British Medical Journal publicó un estudio de DOLL, R. y HILL, B., en el que se afirmaba que los fumadores con un nivel alto de consumo tenían un 50% más de probabilidad que los no fumadores de contraer cáncer de pulmón.

<sup>6</sup> *The Restatement of Torts (Second)*, 402 A (1965):

*Special Liability of Seller of Product for Physical Harm to User or Consumer*

(1) *One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm, thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if*

(a) *the seller is engaged in the business of selling such a product, and*

(b) *it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.*

(2) *The rule stated in Subsection (1) applies although*

(a) *the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and*

(b) *the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller.*

<sup>7</sup> BLACK'S LAW DICTIONARY, p. 815, «Preemption: Doctrine adopted by the U.S. Supreme Court holding that certain matters are of such a national, as opposed to local, character that federal laws preempt or take precedence over state laws. As such, a state may not pass a law inconsistent with the federal law. Examples are federal laws governing interstate commerce». p. 424, «Federal pre-emption: The U.S. Constitution and acts of Congress have

A pesar de la falta de éxito logrado por las demandas entabladas de forma individual, la interposición de demandas contra la industria tabaquera no ha cesado. Ante la negativa de los tribunales de conceder indemnización, los abogados de ambas partes han recurrido a nuevas teorías para apoyar sus alegaciones. Por ejemplo, en el inicio de lo que se ha conocido como la «guerra del tabaco», el daño alegado por las víctimas era, casi de forma exclusiva, enfermedades pulmonares y de corazón. A finales de la década de los ochenta, se incorpora como daño la adición a la nicotina. Además, las víctimas presuntas ya no son sólo los fumadores directos, sino que también se incorporan a las demandas los fumadores pasivos —por los daños sufridos como consecuencia de la inhalación del humo que se desprende del consumo de tabaco—.

El caso líder es *Cipollone v. Liggett Group Inc*<sup>8</sup>. A continuación analizaremos la situación anterior al caso *Cipollone*, el caso *Cipollone*, y las modificaciones posteriores como consecuencia de esta sentencia.

## 2. Antes de *Cipollone*

Las primeras acciones contra las tabacaleras se basaron en la alegación de incumplimiento de garantías implícitas o explícitas. Se alegaba, principalmente, que la industria del tabaco, por medio de su publicidad<sup>9</sup>, había garantizado expresamente a sus consumidores que su producto era seguro y esta garantía se había incumplido.

Una demanda por incumplimiento de garantía debe probar 5 elementos<sup>10</sup>:

1. La existencia de la garantía;
2. el hecho de que el estado de los bienes fuese diferente del establecido en la garantía;
3. que la lesión fue el resultado del incumplimiento de la garantía;
4. el *quantum* indemnizatorio;
5. que los hechos relacionados con los daños sufridos por incumplimiento de la garantía superan las defensas alegadas por el demandado.

---

*given to the federal government exclusive power over certain matters such as interstate commerce and sedition to the exclusion of state jurisdiction. Occurs where federal law so occupies the field that state courts are prevented from asserting jurisdiction».*

<sup>8</sup> 112 S.Ct. 2608, 120 L.De.2d 407 (1992).

<sup>9</sup> Por ejemplo, el grupo *Liggett* decía «Usted no puede comprar un cigarrillo mejor».

<sup>10</sup> Art. 2 del *Uniform Commercial Code*.

El fracaso de estas primeras demandas tuvo su causa en que la acción por incumplimiento de garantía fue creada para regular los tratos comerciales entre las partes, y el plazo para entablar la demanda es de 4 años desde que se entregó el producto. En la gran mayoría de las demandas entabladas contra las tabacaleras, el plazo había expirado mucho antes de que el demandante fuese consciente del daño o de la lesión. A pesar del fracaso continuo de la demanda por incumplimiento de garantía en los tribunales norteamericanos, ésta se mantiene en las acciones presentes contra la industria del tabaco.

La segunda teoría invocada por los demandantes ha sido la de *negligence*. «*Negligence*» es el término utilizado para describir la conducta del demandado. Pero una acción basada en «*negligence*» requiere algo más que una conducta negligente o culpable. Debe haber una obligación, y debe haber consecuencias derivadas del incumplimiento de dicha obligación. La fórmula tradicional de esta causa de acción incluye los siguientes elementos:

1. La obligación de utilizar un cuidado razonable.
2. El fracaso de cumplir con el *patrón* requerido.
3. La relación de causalidad entre la conducta y la lesión resultante, comúnmente llamada «*proximate cause*» y algunas veces «*legal cause*».
4. Pérdida o daño real.

El fracaso de estas acciones en los tribunales se debió, principalmente, a la falta de prueba de la relación de causalidad<sup>11</sup>.

La tercera teoría esgrimida contra las tabacaleras era la teoría de *strict liability* —basada en la sección 402 A del *Restatement (Second) of Torts*— en la que se establece la responsabilidad objetiva por el daño resultante de un producto «*unreasonably dangerous*». La industria del tabaco se amparaba en las defensas basadas en la conducta de la víctima (compensación de culpas y asunción del riesgo por la víctima). La responsabilidad objetiva recogida en el *Restatement* y aplicada por los tribunales norteamericanos no supone una responsabilidad absoluta. Al igual que en el Derecho continental, los demandantes norteamericanos tienen

---

<sup>11</sup> Ver entre otros, *Hudson v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 427 F.2d 541 (5<sup>th</sup> Cir. 1970); *Green v. American Tobacco Co.*, 409 F.2d 1166 (5<sup>th</sup> Cir. 1969), cert. Denied, 386 U.S. 1009 (1967); *Ross v. Philip Morris & Co.*, 328 F.2d 3 (8<sup>th</sup> Cir. 1964); *Lartigue v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 317 F.2d 19 (5<sup>th</sup> Cir.), cert. Denied, 375 U.S. 865 (1963); *Cooper v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 256 F.2d 464 (1<sup>st</sup> Cir. 1958); *Albright v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 350 F. Supp. 341 (W.D.Pa. 1972).

que probar la existencia del defecto, el daño sufrido por la víctima en su persona o en su propiedad y la relación de causalidad entre ambos. Además se admiten defensas, muchas de ellas basadas en la propia conducta de la víctima<sup>12</sup>, existentes también en la teoría de *negligence*.

Las defensas fundadas en la conducta de la víctima fueron la clave del éxito de las tabacaleras en los tribunales, si bien, análisis posteriores cuestionan la viabilidad de las defensas. La Sección 402 A del *Restatement*, en el *comment* «n», recoge que la conducta de la víctima puede constituir una defensa afirmativa cuando ella «*voluntarily and unreasonably proceed(s) to encounter a known danger*» es la defensa que se conoce como «asunción de riesgo»<sup>13</sup>. La defensa, en teoría, exi-

<sup>12</sup> El elemento central en el análisis de responsabilidad objetiva, al haberse eliminado la actuación culpable o negligente del agente ilícito, es el defecto del producto. Los distintos defectos alegados en las demandas contra las Tabacaleras serán analizados en el siguiente apartado cuando se comente el *leading case Cipollone*. Vid. FISCHER, D.A., POWERS, Jr. W., *Products Liability. Cases and Materiales*, 2.<sup>a</sup> edic., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1994.

<sup>13</sup> Hildebrand v. Minyard (Arizona Court of Appeals, 1972. 16 Ariz. App. 538, 494 P.2d 1328):

«*There are two types of assumption of risk, express assumption of risk and implied assumption of risk. In the express assumption of risk situation the plaintiff expressly agrees in advance that the defendant is under no obligation to care for him and shall not be liable for the consequences of conduct which would otherwise be negligent.*

*Implied assumption of risk requires the presence of the following elements:*

- (1) *There must be a risk of harm to plaintiff caused by defendant's conduct or by the condition of the defendant's land or chattels;*
- (2) *Plaintiff must have actual knowledge of the particular risk and appreciate its magnitude.*
- (3) *The plaintiff must voluntarily choose to enter or remain within the area of the risk under circumstances that manifest his willingness to accept that particular risk.*

*As with express assumption of risk, the touchstone of implied assumption of risk is "consent"».*

La asunción de riesgo y la compensación de culpas han sido confundidas en ocasiones. Los demandantes buscan la calificación de la conducta de la víctima como aquella constitutiva de compensación de culpas ya que ésta, en la gran mayoría de los estados, no supone una defensa total sino una reducción del *quantum* indemnizatorio. Por el contrario, los demandados buscan la calificación de la conducta como asunción de riesgo, ya que ésta sí supone una defensa total y el fracaso total de la acción del demandante. PROSSER, W.L., *Torts*, 7.<sup>a</sup> edic, New York, Foundation Press, 1982, p. 445:

«*It is here that there is the greatest misapprehension and confusion as to assumption of risk, and its most frequent misapplication. It is not true that in any case where the plaintiff voluntarily encounters a known danger he necessarily consents to negligence of the defendant which creates it. A pedestrian who walks across the street in the middle of a block, through a stream of traffic travelling at*

ge que la víctima sea competente para conocer la condición peligrosa del producto, conocer que la actividad en cuestión es peligrosa, apreciar la naturaleza y extensión del peligro y que voluntariamente se exponga al riesgo. Sin embargo, los tribunales norteamericanos se encuentran divididos sobre esta cuestión. Algunos tribunales han requerido que se pruebe la competencia de la víctima para conocer la magnitud del riesgo, mientras que otros, más favorables a los demandados, han considerado suficiente la prueba de un conocimiento general del riesgo<sup>14</sup>.

La quiebra de la defensa de asunción del riesgo por la víctima se ha buscado en tres campos: la competencia de la víctima para valorar los riesgos del tabaco, el conocimiento de la víctima de los riesgos del tabaco, y la voluntariedad de la víctima en el consumo de tabaco<sup>15</sup>.

Los demandantes que comenzaron a fumar siendo menores han planteado la cuestión de su propia competencia para valorar los riesgos del consumo de tabaco, argumentando que no eran legalmente capaces para ello<sup>16</sup>. Algunos autores han argüido que los menores deberían ser considerados incompetentes *per se* para asumir los riesgos del tabaco —de la misma forma que lo son para consentir en las relaciones sexuales o para las relaciones contractuales<sup>17</sup>. Otra posibilidad es que no se considere a todos los menores incapaces para valorar los riesgos del tabaco, sino que se analice cada caso de forma individual. Esta última postura parece haber sido la adoptada por un mayor número de tribunales<sup>18</sup>.

---

*high speed, cannot by any stretch of the imagination be found to consent that the drivers shall not use care to avoid running him down. On the contrary, he is insisting that me shall. This is contributory negligence, pure and simple; it is not assumption of risk».*

Ver también, *Restatement (Second) of Torts* 496 f C ) (1971), comment h.

<sup>14</sup> Una prueba sustancial de la competencia de la víctima para conocer el tipo y la magnitud específica del riesgo se exigió en *Gryc v. Dayton-Hudson Corp.*, 297 N.W. 2d 727, 743 (Minn. 1980). En *Toetschinger v. Innot*, 312 Minn. 59 69-70, 250 N.W. 2d (1977) se aceptó un conocimiento general del riesgo como suficiente.

<sup>15</sup> Para un análisis en profundidad de estas cuestiones ver NOTE, *Plaintiff's conduct as a defense to claims against cigarette manufacturers*, Harvard Law Review, 1986, vol. 99, pp. 809-827.

<sup>16</sup> Según un estudio del U.S. DEP'T OF HEALTH, EDUC. and WELFARE, *Office on Smoking and Health, U.S. Dep't of Health, Educ. And Welfare, Smoking and Health: A Report of the Surgeon General*, 1979, la gran mayoría de los fumadores adultos comenzaron a fumar antes de alcanzar la edad de 21 años. Recogido en *Plaintiff's conduct as a defense*, *loc.cit.*, p. 812.

<sup>17</sup> Por ejemplo, WHITE, *Strict Liability of Cigarette Manufacturers and Assumption of Risk*, 29 La.L.Rev., 1969, vol. 29, pp. 589 y ss.

<sup>18</sup> En la NOTE, *Plaintiff's conduct as a defense*, *loc.cit.*, p. 816 se relaciona la incompetencia de los menores con la naturaleza adictiva del tabaco. Según la NOTE, si los menores

Los demandados alegaron que la víctima actuaba con conocimiento del riesgo al que se enfrentaba. Los demandados deben probar que el peligro era tan obvio y notorio que se puede presumir su conocimiento o que el fabricante explícitamente informó al usuario del peligro del producto<sup>19</sup>. Es cierto que existen pocos productos en el mercado sobre los que se conozcan los riesgos de su utilización tan bien como los del consumo de tabaco. Además, desde 1965 los paquetes de tabaco contienen un aviso explícito sobre los peligros del fumar. Como resultado, se ha defendido que los fumadores de forma consciente asumen los riesgos del tabaco. Algunos autores y demandantes han respondido que la industria no puede establecer que los fumadores conocen «suficientemente» los peligros del tabaco, ya que el conocimiento del público no se extiende a enfermedades particulares relacionadas con el consumo de dicho producto (como, por ejemplo, las enfermedades del corazón o los problemas durante el embarazo). Es decir, que el público no posee un conocimiento específico del riesgo al que se enfrenta. Además, se dice que los fumadores no han sido conscientes del riesgo a la adicción que conlleva el uso de tabaco. Este último argumento es el más utilizado en la actualidad. Sorprende que mientras que la industria ha negado de forma insistente la relación de causalidad entre el consumo de tabaco y las enfermedades de cáncer de pulmón, y otras, se alegue luego como uno de los conocimientos más comunes entre la población.

La adicción provocada por la nicotina ha sido utilizada como herramienta para negar la voluntariedad en el consumo del tabaco<sup>20</sup>. Doctrinalmente, un demandante adicto a un producto (en el que no se informase de su naturaleza adictiva) no puede considerarse que haya asumido el riesgo<sup>21</sup>. Sin embargo, la naturaleza adictiva no sirve como

---

son declarados incompetentes para valorar los riesgos del consumo del tabaco y por lo tanto no responsables legalmente por su decisión de fumar, los demandados podrían alegar que su decisión de continuar fumando en la edad adulta ratifica la decisión anterior. Sin embargo, si el demandante consigue probar que fumar es adictivo y que adquirió esa adicción antes de ser competente para valorar los riesgos del tabaco, el demandado será incapaz de probar que la decisión de continuar fumando en la edad adulta ratificaba la voluntariedad en el consumo durante la edad no adulta.

<sup>19</sup> *Restatement (Second) of Torts 402 A comment j.*

<sup>20</sup> Aunque la capacidad de millones de fumadores para dejar de fumar cuestionó la naturaleza adictiva de la nicotina, hoy existe consenso dentro de la comunidad médica de que el fumar es adictivo.

<sup>21</sup> Uno de los pocos casos que ha tratado esta cuestión ha sido *Crocker v. Winthrop Laboratories*, 502 S.W. 2d 850 (Tex.Civ.App. 1973). En este caso, se consideró que el demandado no había sido contributivamente negligente en la causación de su propia muerte al tomar el narcótico Talwin, porque esta acción era resultado de su adicción a dicho narcótico. Sentencia recogida en *Plaintiff's conduct as a defense*, *loc.cit.*, p. 816.

respuesta a la defensa de asunción de riesgo si el demandado había sido informado de ella. La información contenida en las cajetillas de tabaco en los Estados Unidos no informa sobre la naturaleza adictiva del tabaco<sup>22</sup>, por lo que, en principio —y teniendo en cuenta que sólo en 1998 han reconocido los ejecutivos de las empresas tabacaleras que la nicotina es adictiva— no se puede llegar a la conclusión de que los consumidores estuviesen informados.

En conclusión, la alegación de la asunción del riesgo por parte de la víctima como defensa absoluta no parece ser una defensa tan contundente como pudiera parecer a simple vista, y ha dado lugar a opiniones discrepantes en los tribunales dependiendo del grado de conocimiento que éstos exijan.

### 3. *Cipollone v. Liggett Group Inc.*<sup>23</sup>

Cipollone representa el caso típico de la demanda de un particular contra una tabacalera. Su importancia reside no en el supuesto de hecho, sino en que en esta decisión el Tribunal contestó a preguntas que se estaban planteando en distintas jurisdicciones y para las que parecía no haber una solución uniforme. A partir del caso Cipollone, las estrategias de los demandantes y de los demandados dieron un nuevo giro, que es, en cierta medida, el que ha llegado hasta la actualidad.

Antonio Cipollone pide que se declare responsable al grupo Liggett (y a otros) por la muerte de su mujer como consecuencia de un cáncer de pulmón<sup>24</sup>. En la demanda se alegaba que el grupo Liggett había fracasado en informar sobre los peligros del consumo de tabaco (defecto de información en el producto), que la Compañía había incumplido la garantía expresa (*express product warranty*), que el producto poseía un defecto de diseño porque la empresa fracasó en comercializar la versión más segura del producto, y que existió una conspiración —coordinada entre toda la industria tabacalera— para defraudar y confundir al público sobre los peligros del tabaco.

Liggett, en su defensa, alega que la acción entablada por Cipollone está *preempted*, como consecuencia de la *Federal Cigarette Labeling*

---

<sup>22</sup> En 1965, el Congreso aprobó que en todas las cajetillas de tabaco se recogiese la advertencia: «*Caution—cigarette smoking may be hazardous to your health*». En 1970 y 1984 se modificó la advertencia.

<sup>23</sup> 112 S.Ct. 2608, 120 L.De.2d 407 (1992).

<sup>24</sup> Rose Cipollone nació en 1925 y comenzó a fumar en 1942. Fumó Chesterfield hasta 1955, cuando cambió a la marca L & M. Desde 1942 a 1980 Rose fumó una media de dos paquetes diarios. En 1981 se le diagnosticó un cáncer de pulmón y en 1983 dejó de fumar. Para entonces su enfermedad era terminal. Fallece en 1984.



and Advertising Act de 1965<sup>25</sup>. Asimismo, alega que el comportamiento de Rose Cipollone supone un caso claro de asunción de riesgo por la víctima, o en su defecto, de culpa contributiva de la víctima. El grupo Liggett rechaza también cualquier alegación de que su producto tuviese un defecto de información o un defecto de diseño.

El jurado, después de un juicio de cuatro meses, emitió un veredicto a favor de Antonio Cipollone por incumplimiento de Liggett de *express warranty*, en el que se le concedía una indemnización de 400.000 dólares. El jurado también declaró que el demandado era responsable por defecto de información sobre los peligros de su producto, pero emitió un veredicto a favor de Liggett por considerar que Rose Cipollone también había sido culpable. El jurado especificó que Rose era responsable del 80% de sus lesiones, porque conoció y apreció el daño del consumo de cigarrillos, y, aún así, voluntariamente eligió fumar. El *District Court* dijo que las demandas basadas en defecto de información estaban *preempted* por la *Federal Labelling and Advertising Act* de 1965 y 1969. La *Court of Appeals* afirmó este punto<sup>26</sup>. Los componentes del Tribunal Supremo estuvieron divididos sobre esta cuestión. Tres de los nueve magistrados pensaban que ninguna de las acciones estaba *preempted*. Los otros seis discrepaban en el grado.

#### a. En general

En principio, la demanda entablada por Antonio Cipollone no plantea peculiaridades frente a las demandas entabladas en el pasado. El defecto de diseño<sup>27</sup> se había alegado en las demandas contra las tabacaleras pero no había tenido éxito, ya que no se pudo probar que existiese un diseño razonable alternativo. La totalidad de las demandas entabladas por los particulares se han basado, al menos en parte, en el «defec-

---

<sup>25</sup> Reformada y recogida en 15 U.S.C. 1331-1340 (1982 & Supp. II 1984).

<sup>26</sup> *United States Court of Appeals, Third Circuit*, 1990. 893 F.2d 541.

<sup>27</sup> Un producto puede ser irrazonablemente peligroso por varias razones. En primer lugar, el defecto puede estar en el diseño, y en este caso toda la línea de productos será «irrazonablemente peligrosas». El demandante debe ofrecer un diseño alternativo y razonable que el fabricante podía haber utilizado. El diseño alternativo debería haber prevenido la lesión y no reducir substancialmente la efectividad del producto. Si el jurado considera que la alternativa propuesta por el demandante es razonable y elimina los riesgos del producto, éste será declarado defectuoso. El fabricante no podrá decir que su diseño no era defectuoso sólo porque otros fabricantes utilicen el mismo diseño. La industria entera puede ser culpable. El fabricante puede alegar la defensa conocida como el «*state of art*», según la cual cuando el producto fue construido el diseño era el «*state of the art*»; es decir, la ciencia no conocía un diseño alternativo más seguro. Con algunas excepciones, esta defensa es válida y protege al fabricante de una declaración de responsabilidad.

to de información»<sup>28</sup>. Un fabricante de cigarrillos tiene la obligación de informar sobre los peligros para la salud que conlleva el consumo de sus productos, cuándo adquirió dicho conocimiento, o cuándo debía haber conocido que los cigarrillos eran peligrosos o potencialmente peligrosos. Los demandantes vieron frustradas sus demandas de reclamación de daños basadas en defecto de información porque la defensa alegaba con éxito que no había existido tal defecto de información. La defensa de las tabacaleras se basaba en la *Federal Cigarette Labelling and Advertising Act* de 1965. Esta Ley impone a los fabricantes la obligación de avisar a los consumidores de los riesgos asociados con el uso del tabaco<sup>29</sup>. En cumplimiento de la *Federal Cigarette Labelling and Advertising Act* las tabacaleras imprimieron en los paquetes de tabaco la frase: «Fumar puede ser peligroso para su salud». Aunque la *Federal Labelling and Advertising Act* fue un intento de informar a los consumidores sobre los riesgos de la utilización del tabaco, también sirvió para proteger a la industria del tabaco en contra de las acciones de responsabilidad. De hecho, los requisitos de etiquetaje federal han dado fuerza a la posición de la industria tabaquera en contra de las demandas de responsabilidad. Caso tras caso, la defensa argumenta que debido a que los consumidores habían sido notificados del peligro del consumo del tabaco, ellos mismos asumieron el riesgo asociado con el fumar, mientras que los demandantes alegan que la información contenida en los paquetes de cigarrillos era insuficiente e ineficaz como consecuencia de las prácticas publicitarias de las tabacaleras.

La *Federal Labelling and Advertising Act* también ha sido invocada como defensa de las tabacaleras para apoyar el razonamiento de que las demandas basadas en defecto de información están *preempted*. Los demandantes alegan que la información contenida en las cajetillas era in-

---

<sup>28</sup> «*Failure to warn*». Un producto puede ser defectuoso si no está acompañado de la información necesaria para que su uso o consumo sea seguro. Sin embargo, si el producto podía haber sido diseñado con un mayor grado de seguridad, una información adecuada no convierte necesariamente un producto peligroso en seguro o en no defectuoso. Una información apropiada puede transformar ciertos productos peligrosos, que habrían sido defectuosos sin la información, en unos productos razonablemente seguros. Para que sea efectiva, la información debe ser completa, clara y debe informar al consumidor de la magnitud del riesgo.

<sup>29</sup> Antes de 1985 el aviso era general y no tenía una información específica sobre las enfermedades relacionadas con su consumo. En octubre de 1985, una Ley federal obligó a los fabricantes a que incluyesen en el aviso una declaración de que podían desarrollar enfermedades del corazón, cáncer de pulmón y enfisema como resultado del consumo del producto. El aviso de 1996 es «*Surgeon General's Warning: Quitting Smoking Now Greatly Reduces Serious Risk to Your Health*». En los cigarrillos bajos en nicotina aparece «*Warning: this product is not a safe alternative to cigarettes*».

suficiente y defectuosa; es decir, que existía información pero no era clara, concluyente o suficiente. El problema de esta argumentación no está sólo en que las tabacaleras cumplieron con el mandato de la *Federal Labelling and Advertising Act* al incorporar en las cajetillas la información en ella recogida, sino que la propia Ley en su sección 5 establece:

*«No requirement or prohibition based on smoking and health shall be imposed under State law with respect to the advertising or promotion of any cigarettes the packages of which are [lawfully] labeled»<sup>30</sup>.*

La cuestión en disputa<sup>31</sup> es la de si cabe un acción basada en defecto de información cuando la información incorporada al producto cumple los mandatos de una ley, y cuando además la propia ley impide que la información recogida sea otra. En otras palabras, si la acción está *preempted* por una ley federal, en este caso por la *Federal Labelling and Advertising Act*<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> La versión de 1965 (que fue reformada por la *Public Health Cigarette Smoking Act* de 1969) era:

- (a) *No statement relating to smoking and health, other than the statement required by section 4 of this Act, shall be required on the cigarette package.*
- (b) *No statement relating to smoking and health shall be required in the advertising of any cigarettes the*
- (c) *packages of which are labeled in conformity with the provisions of this Act.*

<sup>31</sup> Todos los tribunales federales de apelación que han tratado la cuestión han resuelto a favor de que las demandas están *preempted*; por ejemplo, *Kotler v. American Tobacco Co.*, 926 F.2d 1217, 1222-24 (1<sup>st</sup> Cir. 1990), *Pennington v. Vistron Corp.*, 876 F.2d 414, 420-421 (5<sup>th</sup> Cir. 1989). Los tribunales estatales no han dado una respuesta tan favorable a la defensa de *preempted*; por ejemplo, *Foster v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 437 N.W.2d 655, 661-62 (Minn. 1989), *Carlise v. Philp Morris Inc.*, 805 S.W.2d 498, 517 (Tex.Ct.App. 1991).

<sup>32</sup> Un precedente judicial, anterior al caso *Cipollone*, se encuentra en el caso *Dewey v. R.J. Reynolds Co.*, 121 N.J. 69, 577 A. 2d 1239 (1990). Wilfred Dewey falleció de cáncer de pulmón en 1980, después de fumar durante más de cuarenta años. Su mujer entabló una acción contra la compañía R.J. Reynolds alegando, entre otras causas de pedir, que existía un defecto de información sobre los riesgos del tabaco. El demandado contestó que la *Cigarette Labelling Act* impedía que prosperase dicha afirmación. El *Trial Court* declaró que la acción basada en defecto de información estaba *preempted* y el Tribunal de Apelación lo confirmó. Sin embargo, el Tribunal Supremo de New Jersey decidió que los tribunales de New Jersey podían declarar a un fabricante de tabaco responsable, a pesar de cumplir con el requisito federal (121 N.J. en 100, 577 A.2d en 1255). Esta decisión ha sido criticada por la doctrina (por ejemplo, ver NOTE, *Tort Law-Strict Product Liability-New Jersey Supreme Court preserves Claims against Tobacco Companies. Dewey v. Reynolds Co.*, 121 *MJ.* 69, 577 A.2d 1239 (1990), *Harvard Law Review*, 1991, vol. 104, p. 1.723) porque consideran que la decisión tomada sólo se explica por la simpatía hacia las víctimas del ta-

## b. En concreto

En el caso Cipollone el jurado declaró:

1. que Liggett había incumplido su obligación de informar sobre los peligros del tabaco con anterioridad a 1966 (a partir de dicha fecha la acción esta *preempted*);
2. que el incumplimiento anterior fue la «causa próxima» de que Rose Cipollone fumara;
3. que el que Rose Cipollone fumase fue la causa próxima de su muerte.  
(No se concedió indemnización de daños por defecto de información porque según la Ley de New Jersey de «*comparative fault*» no cabe indemnización si la culpa de la víctima supera el 50% de la culpa global. El jurado consideró que, debido a que de forma voluntaria había fumado, su responsabilidad en la causación de las lesiones era del 80%).
4. Respecto a la demanda de incumplimiento de *express warranty*, el jurado encontró a Liggett responsable por incumplimiento de la garantía expresa hecha a los consumidores<sup>33</sup>, concedió a Antonio Cipollone la cantidad de 400.000 dólares como compensación por los daños sufridos por él, y no concedió indemnización a Rose Cipollone.

La relación entre las reglas de *preemption* y de *comparative fault* crearon una situación anómala que tuvo que ser tratada por el Tribunal de Apelación. El Tribunal de Distrito no distinguió entre la conducta de Rose Cipollone anterior a 1966 y posterior a 1965, cuando instruyó al jurado a considerar el grado de la culpa de Cipollone según el Derecho de New Jersey. Cipollone alegó que las instrucciones al jurado eran inconsistentes con el caso *Ostrowski v. Azzara*<sup>34</sup>, en el que el Tribunal

---

bacho, y al intento de no impedir las posibles demandas futuras basadas en defecto de información. Se ha dicho también que, en este caso, el Tribunal sacrificó el razonamiento legal adecuado para mantener la puerta abierta en los tribunales de New Jersey de repartir los costes de una lesión particular causada por el tabaco entre los fabricantes y —como las indemnizaciones se traducen en un incremento de los precios del producto— entre la comunidad de fumadores.

<sup>33</sup> N.J. Stat. Ann. 12a:2-313 (1) (a): «*Any affirmation of fact or promise made by the seller to the buyer which relates to the goods and becomes part of the basis of the bargain creates an express warranty that the goods shall conform to the affirmation or promise.*»

<sup>34</sup> 111 N.J. 429, 545 A.2d 148 (1988). La señora Ostrowski era una paciente cuya diabetes, una dieta pobre, y fumar causaron graves problemas de circulación. Como consecuencia tenía dolores en su pie izquierdo. El médico le recomendó la extirpación de la uña del

Supremo de New Jersey declaró que una vez que ha ocurrido un ilícito legal, la conducta posterior de la víctima sólo debe ser considerada como forma de mitigar o reducir la indemnización. Lo que se pedía en la apelación era que no se aplicasen las reglas de la *comparative fault* sino las de *avoidable consequences*. Esta última regla requiere que la víctima, siempre que pueda, ejercite un cuidado razonable para reducir los daños, y niega la parte de la indemnización que corresponde a los daños que deberían haber sido reducidos con un comportamiento adecuado de la propia víctima, pero que no lo fueron. La regla es diferente de la de *comparative negligence*, ya que la *avoidable consequences* reduce la indemnización en proporción a la culpa de la víctima, pero no la impide. La regla reduce la indemnización por ítems concretos causados por la culpa de la víctima. La diferencia es importante, porque las reglas de *avoidable consequences* nunca operan como una defensa a la causa de acción de la víctima, sino sólo para eliminar ítems concretos de la indemnización.

El Tribunal de Apelación llegó a la conclusión de que la doctrina recogida en el caso *Ostrowski* debería ser aplicada también en *Cipollone*. Sin embargo, reconoció las dificultades que esta labor conlleva. Por un lado, no se puede analizar la conducta de Rose después de 1966 porque no cabe analizar la conducta de Liggett posterior a esa fecha, puesto que la acción está *preempted*. Por otro lado, el corte en el tiempo (antes de 1966 y posterior a 1966) es artificial, y los expertos se encontrarán con serias dificultades para establecer cuáles fueron los daños anteriores a 1966 y los posteriores a 1966, así como para saber cuál era el tanto por ciento de culpa de Rose en ambas fechas.

---

pie dolorido para permitir el drenaje. *Ostrowski* se sometió a la operación, y a pesar de que el médico le recomendó que dejase el tabaco, continuó fumando. Semanas después de la operación, se demostró que ésta no había sido eficaz y como resultado sufrió tres nuevas operaciones. En este caso, el jurado también encontró que la conducta del médico había sido negligente, pero consideró que la culpa de la víctima —basada en su comportamiento antes y después de la operación— era superior a la del médico, con lo que no reconoció que existiese derecho a la indemnización. El Tribunal de Apelación confirmó la decisión del *Trial Court*, pero el Tribunal Supremo dijo que la negligencia del médico se produjo en la operación y que la negligencia de la víctima era relevante en base a la *comparative fault* en el periodo de tiempo que transcurrió desde que comenzó el tratamiento hasta el momento de la operación, pero que, después de producida la operación, su actuar sólo podía ser considerado según las normas de la *avoidable consequences*. Se pidió al jurado que analizase la conducta de la víctima en estos dos momentos y si la negligencia de la víctima, durante el primer periodo de tiempo, era menor que la negligencia del médico en la operación. Si la respuesta era afirmativa existía derecho a la indemnización. La indemnización concedida debería ser reducida de acuerdo al comportamiento de la víctima en el segundo periodo de tiempo.

El Tribunal Supremo afirmó que, en primer lugar, y respecto a la demanda por defecto de información, ésta estaba *preempted* desde 1966 (fecha de entrada en vigor de la Ley federal) y que por lo tanto no cabría interponer una demanda a partir de dicha fecha. En segundo lugar, la demanda por incumplimiento de *express warranty* basada en el Derecho de New Jersey<sup>35</sup> no estaba *preempted*. El Tribunal reconoció que las pruebas de la garantía contraída por el fabricante se basaban principalmente en la publicidad y en la información del producto, pero que la obligación la había contraído el fabricante y no era una obligación impuesta por el Derecho estatal<sup>36</sup>. En tercer lugar, el Tribunal Supremo dijo que la demanda basada en las declaraciones falsas (*fraudulent misrepresentation*), realizadas en la publicidad de los demandados no estaba *preempted*<sup>37</sup>. En cuarto lugar, respecto a la demanda de conspiración para falsear u ocultar hechos materiales concernientes a los peligros del tabaco para la salud, contestó que tampoco estaba *preempted*<sup>38</sup>.

Se pensó que el caso Cipollone resolvía los problemas ocasionados en el pasado con la defensa de *preempted*. Sin embargo, un sector de la doctrina opina que esta decisión ha creado aún más confusión<sup>39</sup>, y que sus contradicciones internas y la falsa distinción llevada a cabo en la sentencia hacen que su aplicación en los tribunales resulte extremadamente difícil.

---

<sup>35</sup> 12A:2-313 (1) (a) N.J.Stat. Ann: «Any affirmation of facts or promise made by the seller to the buyer which relates to the goods and becomes part of the basis of the bargain creates an express warranty that the goods shall conform to the affirmation or promise». 12A:2-313 (1) (a) N.J.Stat. Ann.

<sup>36</sup> El Tribunal dijo:

«That the terms of the warranty may have been set forth in the advertisements rather than in a separate documents is irrelevant to the preemption issue (though possibly not to the state law issue of whether the alleged warranty is valid and enforceable) because although the breach of warranty claim is made “with respect to advertising” it does not rest on a duty imposed under state law. Accordingly, to the extent that petitioner has a viable claim for breach of express warranties made by respondents, that claim is not pre-empted by the 1969 Act.»

<sup>37</sup> «Thus, we conclude that the phrase “based on smoking and health” fairly but narrowly construed does not encompass the more general duty not to make fraudulent statements. Accordingly, petitioner’s claim based on allegedly fraudulent statements made in respondents’ advertisements are not pre-empted by 5(b) of the 1969 Act.»

<sup>38</sup> «The predicate duty underlying this claim is a duty not to conspire to commit fraud. For the reasons stated in our analysis of petitioner’s intentional fraud claim, this duty is not pre-empted by 5(b) for it is not a prohibition “based on smoking and health” as that phrase is properly construed.»

<sup>39</sup> Ver, NOTE, *Federal Preemption of State Law*, Harvard Law Review, 1992, vol. 106, pp. 347 y ss.

#### 4. *Después de Cipollone*

El año 1992 parece ser la fecha de inicio de lo que se ha dado en conocer como el tercer movimiento en la «guerra contra el tabaco». El caso Cipollone no fue importante sólo por aclarar, en mayor o menor medida, la defensa de *preempted*, sino también porque en él se presentaron, por primera vez, los que luego serían conocidos como los «documentos Brown and Williamson». Estos documentos aparecen, en su totalidad, el 12 de mayo de 1994 en la Universidad de California<sup>40</sup>. Los documentos suponen unas 4.000 páginas compuestas de informes, memorándums y cartas generadas por la corporación *Brown and Williamson* y la *British American Tobacco Company* durante un periodo de más de 30 años. Se publicaron en 1995<sup>41</sup>. De ellos se desprende que las investigaciones conducidas por las tabacaleras sobre los efectos negativos del tabaco en la salud eran más sofisticadas y avanzadas que los estudios de la comunidad médica. También, que existieron debates entre los directivos de las tabacaleras, una vez conocidos los efectos del tabaco y la naturaleza adictiva de la nicotina, para decidir si se hacían públicos y la decisión tomada fue la de no hacerlos públicos; y que la industria del tabaco adoptó una estrategia uniforme que consistía en negar la relación entre las enfermedades y el consumo de tabaco, y el que la nicotina fuese adictiva.

La aparición de los documentos «Brown and Williamson» provocó la interposición de cientos de demandas, tanto de demandantes individuales, como de los *Attorneys General*<sup>42</sup> de los estados. Así mismo, motivó la aparición de las demandas de la industria tabaquera contra la admisión en juicio como prueba de dichos documentos. Estos documentos también han tenido como resultado que a las tabacaleras se les

---

<sup>40</sup> En un primer momento se pensó que habían sido enviados por una fuente anónima, más tarde se supo que la persona que los había enviado era un antiguo empleado de Brown and Williamson que los fotocopió durante su empleo.

<sup>41</sup> Journal of American Medical Association, 19 de julio de 1995.

<sup>42</sup> BLACK, H.C., Black's Law Dictionary, St.Paul, Minn., West Publishing Co., 1991, p. 86:

*«Attorney General: The Attorney General, as head of the Department of Justice and chief law officer of the Federal Government, represents the United States in legal matters generally and gives advice and opinions to the President and to the heads of the executive departments of the Government when so requested. The Attorney General appears in person to represent the Government in the U.S. Supreme Court in cases of exceptional gravity or importance.*

*In each state there is also an attorney general, who is the chief law officer of the state. He gives advice and opinions to the governor and to executive and administrative departments and agencies.»*

demande, no sólo por las teorías anteriores de responsabilidad por productos defectuosos, sino que cobren mayor importancia las alegaciones de conspiración, fraude, falsedad, etc.

Una de las demandas que más repercusión ha tenido en los medios de comunicación ha sido la entablada por la viuda del «hombre Malboro» en su nombre y en el de su marido, Lilo McLean, el 30 de agosto de 1996. En esta demanda se abandonan las alegaciones pasadas de defecto de diseño y de información para centrar la cuestión en el fraude, el incumplimiento de *express warranty* e *implied warranty*, la *negligent misrepresentation* y la *misrepresentation to consumers*. Además, los demandados no son únicamente las tabacaleras productoras del tabaco que fumaba la víctima, sino todas las tabacaleras, el *Council for Tobacco Research* y el *Tobacco Institute Inc*. Se alega que la responsabilidad de los demandados surge del hecho de que todos tomaron parte en una conspiración que dio lugar a la comisión de todos o de algunos de los actos ilícitos alegados anteriormente, y porque intencional y conscientemente causaron lesiones o enfermedades.

Otra peculiaridad de esta demanda es que uno de los daños que se alegan es el de que David McLean se hizo adicto a la nicotina. Se abandonan las lesiones, la enfermedad o la muerte como daños, y se recorre a la adicción a la nicotina<sup>43</sup>.

Otro cambio que se ha producido ha sido el de modificar el producto que se considera defectuoso. Se ha pasado del cigarrillo a la boquilla. Un ejemplo es un caso en San Francisco en el que se indemnizó a una persona de 72 años, fumadora de cigarrillos Kent, con dos millones de dólares (1.300.000 como daños compensatorios y 700.000 como daños punitivos). La demanda se interpuso contra el fabricante del tabaco (Lorillard) y contra el suministrador del filtro (Hollingsworth & Vose). La cuestión en el juicio era la de si la mesotelioma que sufría el demandante fue causada por la utilización de asbesto en los filtros desde 1952 a 1956. El demandante había dejado de fumar en 1963. Los demandados apelaron y perdieron<sup>44</sup>.

En suma, los fracasos continuos de los fumadores en sus demandas por defecto de información y de diseño, junto con la decisión de Cipollone, han llevado a sus abogados a plantear nuevas estrategias, como la contemplada en el caso McLean (*Malboro man*): modificar las cau-

---

<sup>43</sup> Sobre esta demanda todavía no ha existido sentencia firme.

<sup>44</sup> De no llegar a un acuerdo entre las partes, el fabricante del cigarro deberá abonar 1.200.000 dólares y el fabricante del filtro 790.000 dólares Información recogida en *Product Liability International*, septiembre, 1995, p. 137, y en *Liability Risk and Insurance*, febrero de 1998, p. 11.



sas de pedir, los demandados, y el daño. El éxito de estas nuevas demandas todavía está por ver, ya que la gran mayoría, o están en el *District Court*, o en apelación.

### 5. *Fumadores pasivos*

El consumo de tabaco no sólo tiene efectos nocivos entre aquellos que lo consumen de forma directa sino, también, para aquellos que sin ser fumadores respiran el humo de los cigarros de forma indirecta; los «fumadores pasivos». El humo del tabaco ha planteado una nueva cuestión: ¿son los empleadores responsables de las enfermedades pulmonares contraídas por sus empleados en los centros laborales, si se demuestra que éstas han sido contraídas por la exposición al humo de tabaco?

En el Reino Unido, la señora Ashby, de 49 años de edad, recibió 2.500 libras de su empleador (el London Bank) en un acuerdo extrajudicial celebrado en 1995. La mujer trabajaba en lo que se consideraba un área libre de tabaco. No obstante, los fumadores frecuentaban la zona. La Sra. Ashby ingresó en el hospital en 1991, en donde se le diagnosticó asma, y posteriormente fue declarada incapaz laboral<sup>45</sup>.

El punto de partida es que los empleadores son responsables por no haber prohibido el consumo de tabaco en el centro de trabajo, puesto que supone un riesgo para la salud. Las demandas de los fumadores pasivos contra sus empleadores han vuelto a plantear antiguos problemas, especialmente el de la prueba de la relación de causalidad. La comunidad médica ha publicado informes en los que se estudia la relación entre la inhalación del humo de tabaco por los fumadores pasivos y las

---

<sup>45</sup> *Product Liability International*, febrero 1995, pp. 23. Otro caso del Reino Unido que terminó en acuerdo extrajudicial fue el de Verónica Bland. Bland demandó a su empleador, el Stockport Council, alegando que su bronquitis crónica había sido causada por la exposición al humo de los cigarrillos de sus compañeros de trabajo. Recibió 15.000 libras. En Gran Bretaña, la sección 2(1) de la *Health and Safety at Work Act* imponía al empleador la obligación general «to ensure, so far as reasonably practicable, the health, safety and welfare at work of all his employees». El comportamiento del empleador se valorará de acuerdo con el criterio de «un empleador razonable y prudente», en base a lo que conocía o debía haber conocido. En su actuación el empleador debe «sopesar los riesgos, en términos de la posibilidad de que ocurra la lesión y las consecuencias potenciales de ésta si ocurre; debe comparar el resultado anterior con la efectividad de las precauciones a tomar y los gastos e inconvenientes que estas suponen». *Stokes v. Guest Keen & Nettlefold (Bolts & Nuts) Limited* (1968) 1 WLR 1776, p. 1.783 recogido en *Environmental Tobacco Smoke*, *loc. cit.*, p. 9. *Vid.*, *Workplace (Health, Safety and Welfare) Regulations 1992*, en vigor desde enero de 1993 para establecimientos laborales nuevos y desde enero de 1996 para los ya existentes.

enfermedades pulmonares, pero sus datos son difíciles de interpretar y su importancia difícil de valorar. Un estudio del Reino Unido, de 1988, *Fourth Report of the Independent Scientific Committee on Smoking and Health* (conocido como el «*Froggart Report*») concluyó que las pruebas epideomológicas realizadas apoyaban la existencia de un «pequeño aumento» del riesgo de cáncer de pulmón (el aumento del riesgo sería del 10 al 30% entre los no fumadores expuestos al humo del tabaco)<sup>46</sup>. En los Estados Unidos la *Environmental Protection Agency* (EPA), en 1993, clasificó el humo medioambiental como un grupo cancerígeno, pero no lo consideró como una de las causas de las enfermedades respiratorias de los adultos.

Estas demandas tienen a su favor el hecho de que muchas de las defensas que se plantearon con éxito frente a los fumadores activos no tienen cabida en este supuesto. Pensemos, por ejemplo, en la «asunción de riesgo». No cabe alegar que el fumador pasivo asumió el riesgo de fumar, ya que no fumó, y además no pudo evitarlo al encontrarse en su centro de trabajo. Tampoco cabe la defensa de compensación de culpas, ya que en ningún momento se puede apreciar comportamiento negligente en la conducta de la víctima; se limitó a trabajar y a respirar. Sin embargo, su éxito no ha sido el que se esperaba.

El principal problema al que se enfrenta el trabajador (fumador pasivo) al entablar estas acciones es que, aunque demuestre que el humo medioambiental es una causa posible de su lesión, ésta será sólo una causa posible dentro de una serie de causas posibles. La carga de la prueba de que fue la exposición al humo medioambiental la causa de sus lesiones, y no cualquier otra causa, la tiene el trabajador. Debido a que el trabajador ha estado expuesto al humo del tabaco en otras facetas de su vida, como por ejemplo en su propio hogar o en las relaciones con sus amigos, la prueba es extremadamente difícil o imposible<sup>47</sup>, por lo que parece que el éxito de estas demandas sea, como mucho, reducido<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Este informe explica que un incremento de este tipo «...significa que la gente que nunca ha fumado, pero que ha sido expuesta a ETS la mayor parte de sus vidas, tienen un riesgo de 10-30% de tener cáncer de pulmón frente a los que no han sufrido esta exposición... así que podría haber de 1 a 3 pacientes extras de cáncer de pulmón al año de cada 100.000 no fumadores expuestos al humo medioambiental». Ver MELTZER, J., *Environmental Tobacco Smoke. A realistic perspective on smoking and the workplace*, Product Liability International, enero, 1994, pp. 8 y ss.

<sup>47</sup> La *class action* entablada por los asistentes de vuelo en los Estados Unidos presenta peculiaridades que serán tratadas más adelante.

<sup>48</sup> En Australia, el Departamento de Salud de Western Australia demandó al casino Burswood por fracasar en imponer las medidas efectivas que controlasen el humo ambiental, de tal forma que la salud y la seguridad de sus empleados no sufriese riesgos. La de-

El *leading case*, en los Estados Unidos, es *Palmer v. Del Webb's High Sierra*<sup>49</sup>. Palmer, no fumador, trabajó en el Casino durante más de 20 años. Su trabajo consistía en supervisar las mesas de juego dentro del Casino, donde había altos niveles de humo de tabaco (la empresa regalaba cigarrillos a los jugadores). A la edad de 58 años, Palmer contrajo una bronquitis y asma<sup>50</sup>. Palmer no consiguió que su enfermedad se catalogase como enfermedad laboral y con ello lograr la indemnización, porque la Ley NRS 617.440 requiere que la enfermedad laboral sea un incidente del empleo y no meramente una consecuencia accidental que no está relacionada con la naturaleza del trabajo. La sección 617.440(1) específicamente establece que la enfermedad debe ser «*a natural incident of the work as a result of the exposure occasioned by the nature of the employment*». El Tribunal Supremo de Nevada dijo:

*«What this language means is that the disease must arise out of job conditions, specifically, the “nature of the employment”. [T]here must be a connection between the kind of job and the kind of disease. Mere causation is not enough. One could easily say that going to work caused a person to develop ulcers; but the “nature of the employment” is, in most cases, not inherently ulcerogenic; and ulcers are not in all probability a “natural incident of the work” calimed to be the cause of the disease. Thus, a person who develops ulcers, catches a cold or gets a migraine headache on the job is probably not going to be able to assert a successful claim for occupational disease compensation.»*

El Tribunal no consideró que el humo del tabaco, a pesar de presentarse comúnmente en bares y casinos, sea incidental al carácter de dichos negocios; es decir, que no es una incidencia natural de la actividad laboral, como podría ser el respirar polvo de carbón para un minero. Además, el Tribunal manifestó que es labor del Parlamento de Nevada la de incluir a los fumadores pasivos trabajadores de bares y casinos como grupo legitimado para acceder a una compensación por enfermedad laboral, pero que ellos no tienen dicho poder. Añadió que no se considera probada la relación de causalidad porque la exposición al humo de tabaco se da también fuera de los lugares de trabajo.

---

manda fracasó por falta de pruebas. El magistrado concluyó que, dado el conflicto de opiniones entre los expertos, el Tribunal no podía decidir sobre cuál era la opinión correcta. *Vid., Environmental Tobacco Smoke, loc.cit., p. 9*

<sup>49</sup> *Supreme Court of Nevada*, 1992. 108 Nev. 673, 838 P.2d 435.

<sup>50</sup> La demanda se entabla para lograr que se catalogue la enfermedad de Palmer como enfermedad laboral cubierta por la *Occupational Disease Act* de Nevada.

## II. «Class Action» v. Tabacaleras

La estrategia contra las tabacaleras ha adquirido, en la última década, la forma de la *class action*, figura desconocida en nuestro Derecho<sup>51</sup>. El *Black's Law Dictionary* la define como:

«A “class” within rule relating to class action must be taken in broad colloquial sense of group of people ranked together as having common characteristics, and the function of the enumerated requirements of rule is to assure that from those characteristics there arises a common legal position vis-à-vis the opposing party, the legal right or obligations of which the court can efficiently and fairly adjudicate in a single proceeding»<sup>52</sup>.

La interposición de una *class action* permite que uno o más demandantes interpongan una acción en nombre de todo un grupo, sin necesidad de intervención directa de los miembros del grupo, sino sólo la de los representantes<sup>53</sup>. Tal vez, lo más sorprendente de este tipo de accio-

<sup>51</sup> Ver DE ANGEL YÁGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, Civitas, 1995, p. 94:

«La legislación procesal no contempla supuestos de “legitimación de grupo”, que atribuyan a una persona “representación” para actuar en nombre de todos los demás afectados por el mismo motivo aunque éstos no litiguen.

No parece que la alusión del artículo 9.2 de la Constitución a los “grupos en que se integra” el individuo sea bastante para dar carta de naturaleza entre nosotros a figuras como la *class action*. Está por ver qué aplicación pueden hacer los órganos jurisdiccionales del acaso más expresivo artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, ...»

<sup>52</sup> BLACK, H.C., *Black's Law Dictionary*, 6.<sup>a</sup> edic., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1991, p. 170. Vid. LANDERS, J.M., MARTÍN, J.A., YEAZELL, S.C., *Civil Procedure*, 2.<sup>a</sup> edic., Boston, Little Brown and Co., 1988, p. 546:

«Although one can trace litigation by groups into the mists of the common law, the modern class action traces its immediate pedigree only to the seventeenth century. In a series of cases involving rural tenants and parishioners suing their landlords and persons over customary duties, Chancery began to develop doctrines that would permit a few active litigants to represent the rest.»

Sobre la historia y evolución de la *class action*, YEAZELL, S.C., *Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class action*, Columbia Law Review, 1977, vol. 77, p. 866.

<sup>53</sup> Aceptada la *class action* por el Tribunal, éste lo pondrá en conocimiento de sus miembros mediante una notificación individual para que puedan, expresamente, separarse del resultado futuro de la demanda o participar de su resultado. Los requisitos de la notificación se recogen en la Rule 23 (c)(a) *Fed. R. Civ. P.* La notificación a los miembros del grupo es una labor difícil y no exenta de problemas, como se puede ver, por ejemplo, en Eisen v. Carlisle & Jacquelin (417 U.S. 156 (1974)) y Phillips Petroleum v. Shutts (472 U.S. 797 (1985)).

nes para un jurista continental sea que, si se admite la *class action*, los efectos de la sentencia se trasladarán a todos los miembros del grupo. De la *class action* se ha dicho que es «uno de los remedios socialmente más útiles de la historia»<sup>54</sup>, pero también que supone «un chantaje legal»<sup>55</sup>. Las opiniones dispares no se corresponden siempre con la división: demandantes, demandados. Aunque los demandados usualmente tienen mucho que ganar en una *class action*, algunos consideran que se beneficiarán defendiendo cada demanda de forma separada, en la creencia de que lograrán negociaciones más baratas o que desincentivarán las demandas individuales. Los abogados de los demandantes, normalmente, se niegan a la *class action* porque aquellos que han sufrido daños graves esperan lograr una mayor indemnización si actúan de forma independiente. Por el contrario, los que han sufrido daños menores apoyan la *class action* ya que esperan obtener un beneficio del poder negociador del grupo<sup>56</sup>.

Las *class actions* entabladas contra las tabacaleras están muy influenciadas, en sus planteamientos, por la decisión del caso Cipollone y por la aparición de los documentos «*Brown and Willianson*».

Las principales *class actions* son:

1. Acción colectiva entablada por los fumadores adictos a la nicotina (conocida como el caso Castano).
2. Acción colectiva entablada por los asistentes de vuelo expuestos al «humo del tabaco en el ambiente de los aviones» (conocida como el caso Broin).
3. Acción colectiva entablada por los consumidores de productos de tabaco bajo en nicotina.
4. Acción colectiva entablada por los fumadores residentes en el estado de Florida.

El primer escollo al que se presentan los demandantes que buscan constituir una *class action* es el de lograr una *certification order*; es decir, que los tribunales les reconozcan como representantes de un grupo con legitimación para interponer la demanda. Para ello debe cumplirse con los requisitos contenidos en la regla 23 (a) de la *Federal Rules of Civil Procedure*. La regla 23 (a) recoge que uno, o más, de los

---

<sup>54</sup> POMERANTZ, *New Developments in Class Actions-Has Their Death Knell Been Sounded?*, *Bussines Law*, 1970, vol. 25, pp. 1.259 y ss.

<sup>55</sup> HANDLER, *The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Anti-Trust Suits*, *Columbia Law Review*, 1971, vol. 71, pp. 1 y ss.

<sup>56</sup> Ver FLEMING, J.G., *The American Tort Process*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 244 y ss.

miembros de un grupo puede demandar o ser demandado como representante del mismo, sólo si:

- (1) el grupo es tan numeroso que la unión de todos sus miembros es impracticable,
- (2) existen cuestiones de hecho y de derecho comunes a todo el grupo,
- (3) las demandas o las defensas de los representantes son comunes a las demandas o defensas del grupo,
- (4) los representantes protegerán de forma justa y adecuada los intereses del grupo.

Si el tribunal considera que se cumplen los prerequisites anteriores pasará a analizar la cuestión bajo la regla 23 (b) *Federal Rules of Civil Procedure*, que es la que más problemas presenta en la búsqueda de la certification order, especialmente la sección 23 (b) 3, en la que se recogen los requisitos de «*superior*» y «*predominate*»<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> *Rule 23(b) Class Actions Maintainable.*

*An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition:*

*(1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of*

*(a) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class, or*

*(b) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests; or*

*(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole; or*

*(3) the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include: (A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action.*

Un buen ejemplo de casos en los que se ha negado la *certification order* en base a la regla 23 (b) lo constituyen los relacionados con el producto Dalkon Shield, ver por ejemplo, 693 F.2d 847 (9<sup>th</sup> Cir. 1982).

### 1. *Castano v. Ameritan Tobacco Co.*

En 1995 se entabló la que, de haberse admitido, habría sido la demanda colectiva más grande jamás planteada ante la jurisdicción federal; nos referimos al caso *Castano v. Ameritan Tobacco Co.*<sup>58</sup>. El Tribunal definió al grupo demandante como:

- a) todas las personas dependientes de la nicotina, residentes en los Estados Unidos (...) que hayan adquirido o fumado cigarros fabricados por los demandados, a partir de 1943;
- b) los administradores, representantes y las herencias de los fumadores adictos a la nicotina, a partir de 1943;
- c) los cónyuges, hijos y «otros relevantes» de los fumadores adictos a la nicotina, a partir de 1943.

La demanda se basaba en la alegación de que los demandados fracasaron fraudulentamente en informar a los consumidores que la nicotina es adictiva y manipularon el nivel de nicotina de los cigarros con el fin de mantener su naturaleza adictiva. La *class action* alega 9 causas de pedir: *fraud and deceit, negligent misrepresentation, intentional infliction of emotional distress, negligence and negligent infliction of emotional distress, violation of state consumer protection statutes, breach of express warranty, breach of implied warranty, strict product liability y redhibition* en base al Código civil de Louisiana<sup>59</sup>. Uno de los argu-

---

<sup>58</sup> 160 F.R.D. 544, 560 (E.D. La.1995).

<sup>59</sup> Los demandantes propusieron un juicio con un plan de 4 fases. En la fase 1, el jurado deberá determinar cuestiones comunes como el nivel de responsabilidad. Esta fase incluirá cuestiones como (1) cuestiones de derecho y de hecho en relación a la conducta de los demandados, su responsabilidad negligente; (2) cuestiones de hecho y de derecho sobre la alegación de conspiración y de acción concertada de los demandados; (3) cuestiones de hecho relacionadas con la naturaleza adictiva, la dependencia, las características y propiedades de la nicotina; (4) cuestiones de hecho sobre la nicotina de los cigarros como productos defectuosos; (5) cuestiones de hecho sobre si la conducta ilícita de los demandados fue intencional, descuidada o negligente; (6) identificación de cuáles de los demandados enfocaron sus esfuerzos promocionales y su publicidad hacia grupos particulares (jóvenes, minorías); (7) availability of a presumption of reliance; (8) sobre si la supresión, por parte de los demandados, de hechos sobre la naturaleza adictiva de la nicotina niega la posibilidad de utilizar como defensa la de «*personal choice*»; (9) la responsabilidad de los demandados por los daños actuales y las categorías de dichos daños; (10) la responsabilidad de los demandados por *emotional distress*; y (11) la responsabilidad de los demandados por daños punitivos.

En la segunda fase el jurado debería determinar la indemnización compensatoria, y debería establecer un ratio basado en la indemnización de los daños compensatorios para establecer el quantum de los daños punitivos.

La tercera fase consistiría en un procedimiento complicado para determinar la indemnización compensatoria de cada miembro individual de la class.

mentos principales de los demandantes, en orden a lograr la certificación del grupo, era el de que la forma de *class action* es superior a los procesos entablados por los particulares, porque con ella se evitaría la saturación de los tribunales con miles de demandas idénticas.

El caso Castano constituye un buen ejemplo de la aplicación de la regla 23 (b) para negar la *certification order* del grupo, y supuso el fracaso de la acción colectiva que pretendía terminar con la «guerra del tabaco» (inicialmente, el grupo fue definido como «*all nicotine dependene persons in the United States*»).

El Tribunal de Distrito acordó la certificación de la *class action*, en parte, concluyendo que se habían cumplido los requisitos de la *Federal Rule 23* (a), pero en la apelación el resultado fue contrario a la certificación. El Tribunal de Apelación consideró que la decisión del Tribunal de distrito era errónea, y que no se podía conceder la certificación de la acción colectiva porque no se cumplían los requisitos de la *Federal Rule* (23)(b)(3) (donde se recoge que la acción colectiva puede entablarse cuando el tribunal considere que las cuestiones de hecho y de derecho comunes a los miembros del colectivo son superiores a aquellas cuestiones que sólo afectan a miembros individuales, y que la acción colectiva es superior a los otros métodos disponibles para una resolución justa y eficiente de la controversia). Uno de los factores que más peso tuvieron en la decisión del Tribunal de Apelación fue la consideración de los graves problemas de administración que se plantearían en esta acción; como, por ejemplo, la determinación del Derecho aplicable, las notificaciones a millones de miembros del colectivo, las dificultades de los procedimientos para determinar quiénes son los adictos a la nicotina, etc. Por éstas y otras razones el Tribunal de Apelación negó la certificación de la *class action*<sup>60</sup>.

El Tribunal de Apelación consideró que el Tribunal de Distrito erró en su análisis del Derecho aplicable. El requisito de que el tribunal conozca el Derecho que se aplicará al grupo es especialmente importante cuando existen diferencias entre los Derechos de los estados. En este caso, el Tribunal de Distrito no tuvo en cuenta de forma adecuada cómo afectarían las variaciones en el Derecho estatal<sup>61</sup> del requisito de

---

En la cuarta fase el tribunal aplicaría el ratio establecido para el cálculo de los daños punitivos y podría dar lugar a una revisión de la indemnización.

<sup>60</sup> Posteriormente, los mismos abogados que entablaron la acción colectiva de Castano han entablado otras acciones colectivas, pero ahora, en el nivel estatal, la gran mayoría todavía están pendientes de resolución.

<sup>61</sup> Por ejemplo, algunos estados no reconocen la *strict liability* (Cline v. Prowles Indus., 418 A.2d 968, 979.980 8Del. 1980). Aunque la mayoría ha adoptado el *Restatement (Second) of Torts* existen diferencias entre ellos, ver SPEISER, S.M., KRAUSE, G.H., GUNS,



«*predominance*». A pesar de que el Tribunal de Distrito reconoció que existirían importantes problemas a la hora de manejar el proceso, llegó a la conclusión de que dichos problemas eran de menor peso que «la posibilidad de miles —si no de millones— de juicios similares en miles de juzgados de toda la nación».

Además, se tuvo en cuenta que permitir una *class action* de estas características crearía una gran presión sobre los demandados para que negociasen, presión mucho mayor que la ejercida por demandas individuales. El riesgo de enfrentarse a un veredicto de todo o nada supone un riesgo demasiado alto, aún cuando la probabilidad de un veredicto adverso sea pequeña. Por eso no sorprende que sólo unos pocos supuestos logren una orden de certificación de la *class action* en los tribunales. En la mente del Tribunal de Distrito estaba el recuerdo de los juicios y de las *class action* anteriores planteadas en los casos de asbestos<sup>62</sup>. Estos casos enfrentaron al sistema judicial norteamericano a miles de procesos en todo el país, y en aquel tiempo se habló de una posible crisis del poder judicial. El Tribunal de Apelación no aceptó que ambas situaciones fuesen comparables. En su opinión, hay una diferencia fundamental entre ambos supuestos: en las demandas contra las tabacaleras, la posibilidad de que una crisis del poder judicial se materialice puede no ser cierta. El Tribunal dijo:

*«The plaintiffs' claims are based on a new theory of liability and the existence of new evidence. Until plaintiffs decide to file individual claims, a court cannot, from the existence of injury, presume that all or even any plaintiffs will pursue legal remedies»*<sup>63</sup>.

---

A.W., *The American Law of Torts*, New York, *The Lawyers Cooperative Publishing co.*, 1986, cap. 18. Otras importantes diferencias las encontramos en la defensa de asunción de riesgo. En algunos estados funciona como defensa absoluta (S.C. Code Ann. 15-73-20 (Law Co-op 1976)), mientras que en otros funciona como parte del análisis de la compensación de culpas (Colo.Rev.Stat. 13-21-111.7 (1986)).

<sup>62</sup> En el caso conocido como *School Asbestos* (789 F.2d, 1010) se certificó la *class action* a pesar de existir variaciones entre los derechos estatales, pero el Tribunal dijo:

*«To meet the problem of diversity in applicable state law, class plaintiffs have undertaken an extensive analysis of the variances in products liability among the jurisdictions. That review separates the law into four categories. Even assuming additional permutations and combinations, plaintiffs have made a creditable showing, which apparently satisfied the district court, that class certification does not present insuperable obstacles. Although we have some doubt on this score, the effort may nonetheless prove successful.»*

<sup>63</sup> En su opinión, el tribunal no puede extrapolar del número de demandantes potenciales el número real de casos que se entablarán en los tribunales. Según estudios sólo del 10 al 20% de las personas que sufren un daño recurren a los tribunales.

También llevó a cabo una interesante distinción entre *mass torts* «inmaduros» y «maduros». Los *mass torts* «inmaduros» —aquellos sobre los que se han emitido pocos veredictos— deben ser analizados entre demandantes individuales, hasta que las cuestiones de relación de causalidad, daños típicos y niveles de indemnizaciones concedidas se haya establecido. A partir de este momento se convierte en un *mass tort* «maduro» —como en su día lo fueron los casos de asbesto o del Dalkon Shield— y entonces se puede recurrir a procedimientos como la *class action*, no antes.

La alegación final de los demandantes fue que los juicios individuales no son adecuados porque el tiempo corre en su contra. Este argumento fracasa porque, en primer lugar, no es cierto que el tiempo corra en su contra —en el sentido de que muchos de los posibles integrantes del grupo fallecerán y no podrán pertenecer a él— ya que cabe la posibilidad de integrarse en el grupo a sus familiares o a la herencia. En segundo lugar, los pleitos entablados en décadas anteriores no sirven como referencia porque las causas de pedir y las pruebas practicadas son diferentes de las resueltas en el pasado.

Por todo ello, el Tribunal de Apelación negó la orden de certificación de la *class action*. Idéntico resultado se alcanzó en Tribunal Supremo<sup>64</sup>.

## 2. *Broin v. Philip Morris*<sup>65</sup>

El 22 de noviembre de 1994 se planteó la que sería la primera *class action* que conseguiría una orden de certificación firme; *Broin v. Philip Morris*<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> *Castano v. American Tobacco Co.*, 84 F.3d 734 (5<sup>th</sup> Cir. 1996). Un año después de la decisión del Tribunal Supremo, el 22 de mayo de 1997, los abogados de los demandantes han planteado una nueva *class action* ante un tribunal federal con idénticos presupuestos a favor de los fumadores de 35 estados y del Distrito de Columbia. Todavía no resuelta. También han intentado lograr una orden de certificación para un grupo que no sería el de todos los afectados por la nicotina en los Estados Unidos, tan sólo en estados concretos; por ejemplo, *Steven Arch v. The Ameritan Tobacco Company, Inc.*, planteada en agosto de 1996 en la Court Of Common Pleas of Philadelphia County, Pa., de esta forma tratan de evitar el problema de la ley aplicable. En mayo de 1997 se negó la orden de certificación en un supuesto idéntico por un tribunal de Kansas City, Missouri.

<sup>65</sup> Información sobre este caso se encuentra en INTERNET, <http://www.Kinsella.com/broin/>

<sup>66</sup> El Tribunal previamente consideró este caso, el 20 de abril de 1992, y negó la orden de certificación del grupo, la cual fue apelada ante el *Third District Court of Appeal* y anulada por éste (*Broin v. Philip Morris Companies, Inc.*, 641 So.2d 888 (Fla.1994)). El Tribunal de Apelación consideró que la orden de certificación era apropiada en este supuesto y remitió de nuevo el caso al Tribunal de Distrito.

Los demandantes/representantes del grupo son 25, y representan a unos 60.000 asistentes de vuelo. El grupo de los demandantes es el de todos los asistentes de vuelo no fumadores que han sido o están empleados por líneas aéreas con base en los Estados Unidos, y que sufren de enfermedades o desórdenes causados por su exposición al humo de los cigarrillos que se fuma en los aviones. Estamos ante un supuesto de lesiones a fumadores pasivos<sup>67</sup>. Piden indemnización basándose en las teorías de responsabilidad objetiva, incumplimiento de garantía implícita, negligencia, fraude, engaño y conspiración para cometer fraude. Los demandados son todas las tabacaleras de los Estados Unidos y otras asociaciones relacionadas con ellas.

Se alega que la acción de los demandantes es idéntica: la inhalación, de forma pasiva, del humo provocado por el consumo de tabaco. También los demandados actuaron contra los asistentes de vuelo de la misma manera: fabricando los cigarrillos de los que se desprendía el humo. Además, todos piden indemnización bajo los mismos intereses y comparten el interés común de obtener compensación por sus lesiones. El Tribunal consideró que los demandados planteaban defensas idénticas contra estas demandas. El Tribunal también advirtió que el tratamiento como grupo ayudará a la eficacia y a la economía judicial —evitando la duplicidad de procesos sobre cuestiones comunes— y que el hecho de que las lesiones de los demandantes no sean idénticas no impide el reconocimiento del grupo. Además, apreció el hecho de que los demandados tienen grandes recursos económicos para afrontar la defensa de demandas individuales, pero los demandantes carecen de dichos recursos.

En el caso *Broin* se aplicó la *Rule 1.220(a)(2)* del *Florida Rules of Civil Procedure*<sup>68</sup> y se declaró que se cumplían los cuatro prerequisites exigidos para conceder una *certification order* (*numerosity, commonality, typicality* y *adequacy of representation*). Respecto al requisito de la *Rule 1220(b)(3)*<sup>69</sup>, de que la *class action* sea un método superior a los

---

<sup>67</sup> *Broin v. Philip Morris*, No. 91-49738 CA (Fla.Cir., 11 th Jud. Dist., Dade County).

Aunque la *Environmental Protection Agency* ha declarado el humo de los cigarrillos como cancerígeno, en la misma categoría que el asbesto, las tabacaleras siguen cuestionando que el humo sea cancerígeno. Un artículo del *Journal of American Medical Association* estableció que la industria «de forma privada había conducido investigaciones internas; al menos algunas de ellas apoyan la conclusión de que el fumar pasivamente es peligroso para la salud, mientras que públicamente han negado que estos peligros estén probados». Ver, BARNES, D.E., HANAUER, P., *Environmental Tobacco Smoke: The Brown and Williamson Documents*, JAMA, 1995, julio, p. 248.

<sup>68</sup> Reproduce literalmente la *Rule 23 (a)* *Federal Rules of Civil Procedure*.

<sup>69</sup> Idéntica a la *Rule 23 (b)(3)*.

otros existentes para lograr una sentencia justa y eficiente<sup>70</sup>, en opinión del Tribunal, también se veía satisfecho en el caso Broin<sup>71</sup>. El argumento del Tribunal descansaba en la afirmación de que sería financieramente imposible para los representantes y los miembros del grupo entablar demandas individuales contra los demandados, y por lo tanto, en este supuesto la forma de *class action* cumple el requisito de «*superiority*».

A pesar de las estrategias dilatorias planteadas por los abogados de las tabacaleras, el juicio tuvo lugar en un Tribunal de Miami, Estado de Florida. La cantidad indemnizatoria que se reclamaba en concepto de daños era superior a los 5 billones de dólares. El 2 de junio de 1997 comenzó el juicio con la selección del jurado, pero éste se vio afectado por el preacuerdo alcanzado por las tabacaleras con los estados (acuerdo de 20 de junio de 1997). Ante la posibilidad de que el preacuerdo anterior fuese ratificado por el Presidente Clinton<sup>72</sup>, se llegó a un preacuerdo entre los representantes del caso Broin y las tabacaleras. El Tribunal aceptó los términos del acuerdo de negociación por considerarlos justos, razonables y adecuados. Los términos del acuerdo fueron, en líneas generales:

1. Los demandados que han aceptado firmar el acuerdo aprueban el pago de 300 millones de dólares con intereses a una fundación sin beneficios lucrativos. Dicha fundación se creará con la finalidad de realizar investigaciones científicas para la detención y la cura de las enfermedades relacionadas con el consumo de tabaco. Las tabacaleras no tendrán otra relación con la Fundación que no sea la de constituir los fondos económicos.
2. Los demandados acuerdan apoyar la creación de una legislación federal que prohíba fumar en todos los vuelos internacionales que tengan su origen o su destino en los Estados Unidos.
3. Los miembros del grupo, de forma individual, retendrán su derecho a entablar demandas por daños compensatorios o bajo otra causa de pedir distinta de las recogidas en la *class action* de Broin. No cabrá la interposición de demandas en reclamación de daños punitivos contra los demandados firmantes del acuerdo.

---

<sup>70</sup> Este fue el requisito que el Tribunal de Castano consideró incumplido.

<sup>71</sup> «*The very purpose of a class suit is to save a multiplicity of suits, to reduce the expense of litigation, to make legal processes more effective and expeditious, and to make available a remedy that would not otherwise exist*». Tenney v. City of Miami Beach, 11 So.2d 188, 189 (Fla. 1942).

<sup>72</sup> El tema de las demandas entabladas por los estados contra las Tabacaleras por los costes sanitarios lo trataremos más adelante.

- Respecto a los demandados no firmantes quedan vigentes todo tipo de acciones, sin restricción alguna.
4. Para las demandas futuras que, de forma individual, entablen los miembros del grupo sobre *Retained Claims*, la carga de la prueba de la relación de causalidad del cáncer de pulmón, bronquitis crónica, enfisema, obstrucción pulmonar crónica y sinusitis crónica se trasladará a los demandados firmantes. Para el resto de las enfermedades la carga de la prueba de la relación de causalidad se mantiene en los demandantes.
  5. Los demandados firmantes acuerdan abonar los costes «*out of pocket*» en los que se haya incurrido durante los seis años y medio que ha durado el caso. También acuerdan que abonarán los honorarios de los abogados del grupo, en la cantidad de 46 millones de dólares, siempre y cuando lo apruebe el Tribunal.
  6. Los demandados firmantes concluyen que, a pesar de su creencia de que no son responsables de las alegaciones que se hacen en su contra y de que tienen buenas defensas, toman parte en el acuerdo únicamente para evitar mayores gastos, inconvenientes, la carga de personal y de recursos financieros de un proceso complejo y para evitar los riesgos inherentes a un proceso complejo.

No parece que éste sea un acuerdo muy beneficioso para una demanda en la que reclaman 5 billones de dólares. Sin embargo, muchas son las razones que han podido llevar a los representantes del grupo a conformarse con la creación de un fondo de 300 millones y otra serie de medidas. En primer lugar, los representantes del grupo se enfrentaban a la posibilidad de que el Presidente Bill Clinton ratificase el acuerdo alcanzado entre las tabacaleras y los estados. Si éste se hubiera ratificado, la posición jurídica de los componentes del grupo Broin podría verse seriamente afectada. Las tabacaleras aceptaron firmar el acuerdo con los *Attorneys General* siempre que se les asegurase cierta inmunidad frente a las acciones planteadas contra ellas<sup>73</sup>.

En segundo lugar, los representantes eran conscientes de los graves problemas de prueba a los que se enfrentaban, especialmente en lo relativo a la relación de causalidad. Aunque la *Environmental Protection Agency* ha declarado el humo de los cigarros como cancerígeno, la es-

---

<sup>73</sup> En un primer momento exigieron una inmunidad absoluta, pero en las negociaciones posteriores aceptaron una inmunidad parcial, dentro de la que se incluye cierta inmunidad hacia las *class actions*. El acuerdo entre las tabacaleras y los estados no llegó a recibir la aprobación del Congreso.

trategia de las tabacaleras de cuestionar la relación de causalidad entre la inhalación del humo y las enfermedades pulmonares ha tenido más éxito que las pruebas aportadas por los demandantes. Tal vez fue el miedo a no lograr la prueba de la relación de causalidad lo que les llevó a aceptar una inversión de la carga de la prueba para las demandas futuras basadas en otras causas de pedir. A su favor tenían el que las tabacaleras no podían alegar casi ninguna de las defensas planteadas ante los fumadores activos (asunción de riesgo, compensación de culpas, etc.).

En tercer lugar, los representantes se enfrentaban a la incierta aplicación de la teoría de «*market share*». La jurisprudencia norteamericana elaboró la teoría de «*market share*» para aquellos supuestos en los que una vez probada la relación de causalidad, la víctima se encontraba ante la dificultad adicional de probar quién había sido el fabricante concreto del producto que le había causado los daños. Son supuestos en los que múltiples fabricantes ponen en el mercado un producto defectuoso idéntico y la víctima desconoce, o le es casi imposible, probar la marca o el fabricante particular del producto por ella consumido (por ejemplo, fármacos genéricos)<sup>74</sup>. La teoría se articuló por primera vez en *Sindell v. Abbott Laboratories*, una *class action* en la que el Tribunal Supremo de California tuvo que decidir sobre la cuestión. En primer lugar negó las teorías, que habían sido aceptadas por el Tribunal de Apelación de California y otras jurisdicciones, conocidas como «*alternative liability*»<sup>75</sup>, «*concert of action*» e «*industry-wide liability*». Des-

---

<sup>74</sup> Este tema surgió, por primera vez, en el Tribunal Supremo de California. El producto defectuoso, en este caso, era el DES (Diethylstilbestrol), un estrógeno sintético desarrollado en Inglaterra y recetado en los Estados Unidos desde 1947 hasta 1971 para prevenir el aborto. Las mujeres que lo tomaron no sufrieron daño alguno pero algunas de sus hijas desarrollaron cáncer de útero. Los fabricantes del DES fueron unos trescientos laboratorios farmacéuticos y todos utilizaron la misma fórmula. Los médicos recetaron la droga, normalmente, con su nombre genérico, sin especificar un fabricante concreto. Bajo estas circunstancias, los demandantes eran incapaces de identificar la compañía específica que fabricó las píldoras tomadas por su madre y por ello muchos tribunales declararon que habían fracasado en probar la relación de causalidad (*Gray v. United States* (S.D. Tex. 1978) 445 F.Supp. 337). Ver, TEFF, H., «*Market Share*» *Liability* —a Novel Approach to Causation, *International and Comparative Law Quarterly*, 1982, vol. 31, pp. 840-844.

<sup>75</sup> Bajo la doctrina de «*alternative liability*», cuando dos o más demandados han cometido actos ilícitos en circunstancias que hacen imposible para la víctima la prueba de cuál de ellos causó el daño, la carga de la prueba se traslada a los demandados. Los demandados deben probar que no fueron los responsables del daño (*Restatement (Second) of Torts, secc. 433B(3)*, 1965). Si no lo consiguen, ambos son declarados responsables solidarios. Pero esta solución normalmente se ha adoptado sólo cuando todos los demandados potencialmente responsables han actuado de forma conjunta, como por ejemplo, en el caso clásico *Summers v. Tice* (33 Cal.2<sup>nd</sup> 80, 199 P.2<sup>nd</sup> 1 (1948)) en el que dos cazadores simultáneamente dispararon en la dirección de la víctima y sólo uno le causó la lesión.

pués de analizar las teorías anteriores, el Tribunal procedió a construir una novedosa modificación de la relación de causalidad. Consideró que «era razonable ... medir la probabilidad de que los demandados suministraran el producto que lesionó a la víctima en base al porcentaje de venta de DES de cada uno de ellos». La carga de la prueba se trasladará a cada compañía, que debe probar que no suministró la droga concreta que lesionó al demandante. Si no lo consigue, será responsable por la parte de la indemnización que corresponda a su porción de mercado. La sentencia ha sido criticada por las importantes dificultades administrativas que conlleva la aplicación de la nueva teoría.

Los fumadores pasivos del caso Broin, en el supuesto de que prueben que sus enfermedades pulmonares son debidas a la inhalación del humo del tabaco en los aviones, deberían probar quiénes fueron los fabricantes de los cigarrillos y establecer su tanto por ciento de responsabilidad en la causación de los daños. Si el Tribunal aplica la teoría de «*market share*», con la inversión de la carga de la prueba que ésta conlleva, la consecución de una sentencia favorable a sus intereses será algo más que una mera posibilidad. Sin embargo, y aunque la teoría tiene muchos adeptos en la doctrina norteamericana, no se aplica de forma uniforme en los tribunales<sup>76</sup>.

El futuro de la *class action* de Broin y de su preacuerdo es incierto y todavía no ha sido resuelto.

### 3. *Engle v. R.J. Reynolds Tobacco, et.al*

El fracaso de las *class action* de Castano tuvo como resultado la aparición de *class actions* similares pero limitadas en su ámbito territorial. La primera en obtener un veredicto del jurado ha sido la entablada en el estado de Florida, conocida como «caso Engle». La acción se entabló en 1994 por 9 demandantes en beneficio de unos 500.000 residentes del estado de Florida afectados por enfermedades relacionadas con el consumo de tabaco. En la *class action* se reclaman 200 billones de dólares. Los argumentos jurídicos alegados por los demandantes son los mismos que en el caso Castano: *negligencia, strict liability, fraud*, etc., y la prueba documental se apoya en los documentos «Brown and Williamson».

El 7 de julio de 1999, un jurado de Florida emitió un veredicto a favor de los demandantes en este caso. En su opinión, las tabacaleras

---

<sup>76</sup> Por ejemplo, los Tribunales Supremos de Wisconsin y de Washington han elaborado una versión modificada de la «*market share*»: *Martin v. Abbott Labs.*, 102 Wash.2d 581, 689 P.2d 368 (1984); *Collins v. Eli Lilly Co.*, 116 Wis.2d 166, 342 N.W.2d 37 (1984).

eran responsables de las enfermedades de miles de fumadores, ya que la industria fabricó y vendió de forma consciente un producto defectuoso que causa cáncer de pulmón y otras enfermedades.

Ahora el jurado debe afrontar la segunda fase del juicio; la determinación de las indemnizaciones económicas que corresponden a los demandantes. Los demandados alegan que no existe un prototipo de víctima, puesto que los fumadores sufren enfermedades distintas. Por ejemplo, Engle padece de asma crónica, Lacey (otro de los demandantes) ha sufrido amputación de ambas piernas como consecuencia de un problema circulatorio conocido como la enfermedad de Buerger, Angell (también demandante) padece cáncer de garganta. La estrategia de los demandantes es la de negar la certificación del grupo como *class action* debido a la imposibilidad de establecer las indemnizaciones económicas que corresponden a los miembros del grupo. Edward Moss, abogado de las tabacaleras, ha declarado:

*«What we have here are several individuals who suffer from a whole bunch of diseases that are allegedly tied to smoking. But there are a whole bunch of other things that could have caused these individual illnesses. These people have smoked different amounts of cigarettes, have different genetic factors, have worked in different places, been exposed to different substances and have had varying health histories, all of which may have contributed to their different diseases. These are individual issues that should be treated as individual cases, not as a class action.»*

El futuro de esta *class action*, a pesar de la gran atención que ha recibido por parte de los medios de comunicación es incierto, porque, aunque supere la segunda fase del juicio, las tabacaleras han anunciado su intención de apelar ante los tribunales superiores. Si el jurado llega a un veredicto el quantum de la indemnización será el mayor concedido jamás en una acción contra las tabacaleras, lo que, evidentemente, estimulará al resto de las acciones pendientes en otros estados. ¿Por qué la industria del tabaco no ha buscado un acuerdo extrajudicial con la *class action* como ya logró en el caso Broin? Según Mark Gottlieb, abogado de la Tobacco Liability Project en la Northeastern University School of Law:

*«Si la industria negocia este caso, básicamente estaría aceptando su responsabilidad por las lesiones sufridas por todos los fumadores. Estaría enviando el mensaje de que se termina la batalla y de que desea indemnizar las lesiones sufridas por los consumidores. No parece que esto vaya a ocurrir por ahora.»*



### III. Demandas entabladas por los estados (*Attorneys General*)

Un tercer grupo de demandas contra las tabacaleras lo componen las demandas de los *Attorney General* de los estados en reclamación de los costes de asistencia médica (*Medicaid*<sup>77</sup>) de las enfermedades causadas por el uso o consumo del tabaco fabricado por los demandados<sup>78</sup>. La idea de que el Gobierno recobre estos gastos no es nueva<sup>79</sup>, si bien sólo a partir de 1994 se han llevado a cabo acciones gubernamentales contra la industria del tabaco. Las medidas que han adoptado los Gobiernos estatales y el Gobierno federal son diferentes, pero existen muchas similitudes en la forma en la que se enfrentan al problema.

El estado que inició la campaña contra las tabacaleras fue Florida, que marcó con su actuación las pautas posteriores. En un primer momento, con el fin de evitar los problemas a los que se habían enfrentado los particulares y las *class actions* en sus demandas, Florida reformó la *Medicaid Third-Party Liability Act* estableciendo una nueva acción por la que el estado puede demandar por sus gastos de *Medicaid* relacionados con el tabaco<sup>80</sup>. Las tres provisiones más importantes de esta Ley son: abolición de las defensas del *common law* de asunción del riesgo y de negligencia contributiva, permitir el uso de estadísticas en la prueba de la relación de causalidad y del daño, y aplicación de la teoría de «*market share liability*».

El estado de Florida observó que, como este proceso no fija su atención en el individuo particular y en la marca de tabaco que éste fumaba, el mecanismo de «*market share*» permite al estado demandar a

<sup>77</sup> BALCK, *op. cit.*, p. 678:

«*Medicaid: A form of public assistance sponsored jointly by the federal and state governments providing medical aid for people whose income falls below a certain level.*»

<sup>78</sup> La Universidad de California y el *Center for Disease Control* elaboraron un informe (*Current Trends: Medical-Care Expenditures Attributable to Cigarette Smoking, United States, Morbidity & Mortality Wkly.Rep.*, 1994, vol 43, p. 469) del que se desprendía que de los 308,7 billones de dólares empleados en «cuidados médicos directos» en 1987, 21,9 billones (el 7,1%) correspondían a gastos derivados del consumo de tabaco. El estudio estimó que en 1993 un total de 50 billones de dólares se gastó para tratar las enfermedades relacionadas con el tabaco. Sin embargo, hay otras voces que afirman que los gastos son menores porque los fumadores ya abonan parte de ellos con los impuestos sobre el tabaco.

El estudio también informa sobre la cantidad de dinero abonada por la *Medicaid, Medicare* y otras fuentes públicas en 1987: la cantidad asciende a 9,512 billones; esta cantidad se eleva a 21,36 billones en 1993.

<sup>79</sup> Ver, por ejemplo, Donald W. GANER, *Cigarettes and Welfare Reform*, *Emory Law Journal*, 1977, vol. 26, pp. 264 y ss.

<sup>80</sup> Fla.Stat.Ann. 409.910 (West 1996 & Supp. 1996).

todas las firmas más importantes y recibir indemnización en base a su parte de mercado, sin necesidad de probar la marca de tabaco consumida por cada fumador del estado de Florida. Además, se afirma que los fumadores individuales pueden haber asumido el riesgo de fumar, o contribuido a su enfermedad, con su propia negligencia pero el estado no ha asumido ese riesgo y no fue negligente en la transacción entre el fabricante y el consumidor, por lo que no se pueden aplicar las teorías de asunción de riesgo y de negligencia o culpa comparativa<sup>81</sup>. La Ley también recoge que el estado no necesita identificar a los beneficiarios de la *Medicaid* que sufrieron daños por el consumo de tabaco. Es suficiente, para establecer la existencia y la magnitud del daño, la prueba estadística de la mortalidad o lesividad del consumo de tabaco en el estado de Florida.

El segundo paso fue la interposición de la demanda contra todas las tabacaleras y contra algunas instituciones relacionadas con ellas, por ejemplo *The Council for Tobacco Research-U.S.A. Inc.*<sup>82</sup>.

La actuación del estado de Florida supuso el comienzo de un gran número de demandas (más de 40). Los *Attorneys General* de otros estados<sup>83</sup> siguieron su ejemplo y en líneas generales las demandas se basan en las teorías de:

1. *NEGLIGENCE*: Los demandados tenían la obligación de ejercer un cuidado razonable en la fabricación, venta y/o distribución de sus cigarros. Los demandados incumplieron esa obligación. Como consecuencia de este incumplimiento los cigarros se fabricaron, vendieron y distribuyeron en el estado. Los beneficiarios de *Medicaid* contrajeron enfermedades por el uso de los cigarros y el estado se vio obligado a proveer de asistencia médica a dichos beneficiarios.

---

<sup>81</sup> Respecto a los honorarios de los abogados se establece un sistema según el cual recibirán el 25% de cualquier veredicto que se consiga. Con esta medida se busca la colaboración de despachos de abogados independientes y ahorrar dinero al estado de Florida en el supuesto de que la demanda no tenga éxito.

<sup>82</sup> Las compañías demandadas son:

La American Tobacco Company, American Brands, Inc., Reynolds Tobacco Company, RJR Nabisco, Industries PLC, British American Tobacco Co., Batus Holding, Inc., Brown & Williamson Tobacco Corporation, Philip Morris Companies, Philip Morris Incorporated, Brooke Group, Brooke Group LTD., Liggett Group, Inc., Liggett & Meyers, Inc., Loews Corporation, Lorillard Corporation, United States Tobacco Company, The Council for Tobacco Research-U.S.A. Inc., Tobacco Institute, Inc., Hill & Knowlton, Inc., Dosal Tobacco Corp.

<sup>83</sup> Ver, *Health Care Reform: States Rush to File Medicaid Tobacco Suits*, Wash. Health Wk., 1996, 3 de junio.

2. *STRICT LIABILITY FOR DEFECTIVE AND UNREASONABLY DANGEROUS PRODUCT*: Como resultado directo y próximo de un defecto de diseño, de fabricación, y de información, los cigarros de los demandados fueron y son en sí mismos defectuosos e irrazonablemente peligrosos. La condición defectuosa de los cigarros es la causa próxima y directa que causó que miles de residentes del estado sufriesen enfermedades relacionadas con el consumo de tabajo y son la causa próxima y directa de que el estado abonase millones de dólares para el cuidado sanitario necesario a estos residentes.
3. *BREACH OF EXPRESS AND/OR IMPLIED WARRANTIES*: Las tabacaleras han incumplido la «*implied warranty*» porque sus productos no cumplen con sus propósitos intencionados.
4. *NEGLIGENCE PERFORMANCE OF A VOLUNTARY UNDERTAKING*: Las tabacaleras voluntariamente asumieron la obligación y la responsabilidad de informar honestamente de todas las investigaciones en relación al fumar y a la salud mediante sus pronunciamientos públicos. Los demandados incumplieron sus obligaciones, no sólo por el fracaso de informar de esas investigaciones, sino por publicar activamente y con conocimiento una ciencia fraudulenta. Además, los demandados incumplieron su obligación al suprimir las investigaciones negativas en relación al tabaco y la salud. Los demandados sabían o debían saber que los fumadores, los demandantes y las regulaciones del Gobierno descansarían en sus pronunciamientos.
5. *FRAUD, INTENTIONAL MISREPRESENTATION*: Los demandados intencionadamente suprimieron material sobre el peligro de fumar. Los demandados participaron en anuncios de cigarros que los representaban, al menos, como poco dañinos y casi como saludables, ese retrato fue una *misrepresentation* intencional de la naturaleza peligrosa de los cigarros. El propósito de la supresión de los datos negativos era el de confundir a los consumidores potenciales sobre los peligros de los cigarros incentivándoles a fumar.
6. *CONSPIRACY AND CONCERT OF ACTION*: Los demandados llegaron a un acuerdo para suprimir la información científica y médica en relación al fumar y sus enfermedades. Participaron y cooperaron entre ellas en la conspiración anterior. Para llevar a cabo esta conspiración crearon el *Tobacco Institute* y el *Council of Tobacco Research*. Ambos institutos participaron activamente en la conspiración. Como consecuencia, los demandados pudieron continuar vendiendo sus cigarros y confundiendo al público.

En el ámbito federal, los senadores Frank Lautenberg y Tom Harkin propusieron al Congreso un proyecto de ley similar a la del estado de Florida, aunque sin éxito<sup>84</sup>.

Las tabacaleras respondieron con la interposición de demandas para lograr la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y de las demandas entabladas en su contra por esta nueva causa de pedir. En ellas, se afirma que la aplicación retroactiva de la Ley, la abolición de las defensas de asunción de riesgo y negligencia contributiva, la aplicación de la teoría de *market share*, y el uso de estadísticas como prueba suficiente son inconstitucionales. La respuesta de los tribunales, hasta el momento, ha sido la de declarar que las leyes aprobadas por los estados no pueden tener efectos retroactivos; ha limitado el uso de las estadísticas, pero ha mantenido el resto de las provisiones<sup>85</sup>.

Las tabacaleras, en especial R.J. Reynolds, han contestado a las demandas afirmando que no existe causa de pedir porque los estados «permitieron, regularon, facilitaron y obtuvieron beneficios de la venta de los cigarros». En realidad, lo que R.J. Reynolds está buscando es que se aplique a los estados la teoría de «asunción de riesgo», que tanto éxito les ha proporcionado como defensa en demandas pasadas. Asimismo, consideran que en el caso de que se conceda una indemnización ésta deberá moderarse de acuerdo con el impuesto pagado al estado como resultado de la venta de tabaco.

El éxito de las demandas entabladas por los estados no parece que vaya a estar en la obtención de sentencias a su favor. Su éxito se encuentra en que han obligado a la industria tabaquera a entablar negociaciones y a abandonar su clásica postura de defender en los tribunales todas las demandas en su contra<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> S. 2245, 103d Cong. 2d Sess. (1994).

<sup>85</sup> En apelación, el Tribunal Supremo de Florida (*Agency for Health Care Admin. v. Associated Indus. of Fla., Inc.*, 678 So.2d 1239, 1257 (Fla. 1996)), declaró que la Ley no era «ni arbitraria, ni caprichosa. Fue la respuesta racional a una necesidad pública». El Tribunal Supremo también negó la alegación de las tabacaleras de que la abolición de las defensas convertía a la ley en inconstitucional, y dijo que el uso de estadísticas era totalmente válido y podía ser ejercitado por el poder del Parlamento. Sin embargo, no toda la decisión del Tribunal Supremo favorecía las pretensiones del estado de Florida. El Tribunal Supremo estableció que Florida debe identificar a cada beneficiario individual de *Medicaid* por el que se pide el reembolso. Mantuvo la decisión de que sólo se podía pedir indemnización después del 1 de julio de 1994. Finalmente, el Tribunal Supremo dijo que se podía pedir reclamación bajo la teoría de responsabilidad solidaria o bajo la de «*market share*», pero que no se podían aplicar las dos teorías de forma simultánea.

<sup>86</sup> En agosto de 1997, el estado de Florida llegó a un acuerdo con las tabacaleras para terminar con la demanda planteada. También se han negociado las demandas de Texas y de Mississippi. Se recogen más adelante.

#### IV. Acuerdos extrajudiciales

Junto con los juicios por los costes de *Medicaid*, los entablados por particulares y las distintas *class actions*, la industria del tabaco se enfrenta a los proyectos de la FDA (*Food and Drug Administration*) sobre regulación de la venta y publicidad del tabaco<sup>87</sup> y a la investigación de la división criminal del Departamento de Justicia por fraude<sup>88</sup>. Esta guerra con múltiples frentes ha hecho que las tabacaleras se planteen la opción de seguir defendiéndose contra las demandas y recurriendo los proyectos de la FDA<sup>89</sup>, o bien de tomar una solución alternativa. El precio de la primera opción es alto —aunque las tabacaleras no han revelado el coste de sus defensas, se cree que alcanza la cifra de 600 millones anuales<sup>90</sup>— por lo que la segunda opción, la negociación, cobra cada día más peso como solución del problema.

---

<sup>87</sup> El 26 de agosto de 1996, el Presidente Clinton declaró a la nicotina como producto adictivo. Esta medida implicaba que el tabaco, que hasta ese momento había sido considerado como «producto agrícola» y por lo tanto sometido a las regulaciones de los productos agrícolas, dejaba de serlo, y se le daba así poder a la *Food and Drug Administration* para regular el tabaco (originariamente la nicotina se encontraba dentro del listado de drogas realizado por la FDA, pero, como consecuencia de los esfuerzos de la industria del tabaco, se retiró de la lista).

La FDA ha elaborado una propuesta de normativa especialmente encaminada a prohibir la venta de tabaco a menores. En ella se recogen medidas como la de prohibir la colocación de máquinas expendedoras de tabaco en locales a los que tengan acceso los menores, la obligación de mostrar un documento acreditativo de la edad para la compra de tabaco, prohibir el patrocinio de eventos deportivos por parte de las tabacaleras y otras medidas que limitaban seriamente la publicidad de tabaco.

*Regulations Restricting the Sale and Distribution of Cigarettes and Smokeless Tobacco to Protect Children and Adolescents*, 61 Fed. Reg. 44,396 (1996) (*to be codified at 21 C.F.R. §§ 801, 803, 804, 807, 820 and 897*).

<sup>88</sup> Ver THOMAS, P., SCHWARTZ, J., *U.S. Widens Tobacco Investigation: Justice Department Pressures Mid-Level Workers in Fraud Probe*, Washington Post, 1996, 8 de septiembre, en A-1.

<sup>89</sup> En respuesta a la propuesta de normativa sobre producción y publicidad de tabaco, las tabacaleras (incluido el grupo Liggett) interpusieron, el 10 de febrero de 1997, una demanda ante la jurisdicción federal con el fin de impedir su entrada en vigor. La industria alega que el Congreso de los Estados Unidos nunca ha dado poder a la FDA para elaborar normativa alguna sobre el tabaco, por lo que carece de jurisdicción. Además, el tabaco no puede ser considerado como una droga o fármaco de los definidos en la *Food, Drug, and Cosmetic Act*. Por último, también alegan que las restricciones publicitarias que se contienen en la propuesta de normativa violan la 1.ª enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, por ser unas medidas desmedidas y porque existen otros medios con los que FDA puede reducir el consumo de tabaco en menores sin limitar la publicidad dirigida a adultos.

<sup>90</sup> PLUMMER, D., *Billions at Stake as Lawsuits Force Showdown on Smoking*, Atlanta J. & Constitution, 1996, 15 de septiembre, en D-5.

El primer preacuerdo se llevó a cabo entre el grupo Liggett<sup>91</sup> y los integrantes de la *class action* de Castano en 1996. Dos días después se alcanzó un preacuerdo entre Liggett y 5 estados que habían demandado a la industria del tabaco para recuperar costes sanitarios<sup>92</sup>. Sin embargo, el resto de las tabacaleras decidió continuar con su defensa en los tribunales. A partir de esa fecha las demandas de los estados se sucedieron y el grupo Liggett decidió negociar un acuerdo más amplio que los abarcara a todos. El 20 de marzo de 1997, después de muchas negociaciones, se llegó a un preacuerdo que contenía concesiones sin precedentes; por ejemplo, la entrega de documentos que hasta entonces se habían considerado secretos (pero cuya existencia todo el mundo conocía; los documentos Brown & Williamson) y el acuerdo de que Liggett permitiría a sus empleados —incluso a sus abogados— testificar en juicio contra el resto de la industria. Además, Liggett se convirtió en la primera tabacalera que admitía los peligros para la salud del consumo de tabaco y la naturaleza adictiva de la nicotina<sup>93</sup> (aceptó incluir en las etiquetas de sus cajetillas de tabaco un aviso sobre los peligros de la nicotina).

---

<sup>91</sup> El preacuerdo se firmó con Brooke Group Ltd., Liggett & Myers Inc. y Liggett Group Inc. Nunca llegó a firmarse el acuerdo definitivo.

<sup>92</sup> Los estados eran: Florida, Massachusetts, Minnesota, Mississippi y West Virginia. En este preacuerdo inicial, el grupo Liggett, que no admitía culpabilidad alguna, se comprometía a abonar durante los siguientes 25 años una porción de sus beneficios que se destinarían a programas para cesar en el consumo de tabaco. Los pagos ascenderían al 5% de sus ingresos antes de impuestos; anualmente, y durante 25 años. El máximo anual sería de 50 millones de dólares al año o de 1,25 billones de dólares durante todo el periodo.

<sup>93</sup> Las obligaciones contraídas por Liggett eran:

- Obligaciones económicas. Un pago inicial de 25 millones de dólares y durante 25 años pagos equivalentes al 25% de los beneficios de Liggett antes de impuestos.
- Cambio en el etiquetaje de sus cajetillas de tabaco: «Fumar cigarros causa adicción».
- Cumplir las obligaciones de la *Food and Drug Administration*.
- Colaborar con los estados en las demandas que éstos planteen o tengan planteadas contra la industria del tabaco.
- Realizar una declaración pública: El Director de Liggett, Bennett S. LeBow, se comprometió a hacer una declaración pública, en la que se dijo que ellos estaban al corriente de que el consumo de tabaco causa problemas para la salud (como cáncer, problemas cardiovasculares de corazón y enfisema) y también de la naturaleza adictiva de la nicotina.
- Retirar todas las acciones que tenga planteadas contra los estados firmantes.

Las obligaciones de la otra parte eran: retirar todas las acciones que tuvieran planteadas contra Liggett, y colaborar activamente para que la futura legislación del Congreso reflejase la cooperación del Grupo.

Por primera vez se rompió el frente común que durante más de treinta años había presentado la industria del tabaco<sup>94</sup>, y en el mes de abril comenzaron las negociaciones entre la industria tabaquera y los *Attorneys General* de 40 estados, bajo la atenta mirada de la Casa Blanca<sup>95</sup>. En junio se anunció un principio de acuerdo en el que las tabacaleras aceptarían pagar en los siguientes 25 años un total de 368,5 billones de dólares<sup>96</sup> destinados a compensar los daños causados por el tabaco, a la financiación de programas de educación para dejar de fumar, y al recorte de la publicidad de sus productos. A cambio, la industria conseguiría una inmunidad parcial frente a las demandas de los particulares. Una de las concesiones más grandes hechas por la industria es el reconocimiento de que la FDA tiene poder para regular el tabaco, incluyendo la posibilidad de que reduzca los niveles de nicotina de los cigarrillos, y prohibir la venta de productos que contengan nicotina a menores de 12 años. El preacuerdo también requiere que la industria entregue a la FDA todas las investigaciones realizadas sobre el tabaco. La aprobación del convenio por el Presidente Clinton daría lugar a la creación de una ley federal en la que se recogería su contenido. A pesar de que Clinton anunció que en el plazo de un mes emitiría un dictamen, no lo hizo. El Congreso recibió el preacuerdo con cautela y la mayoría del partido republicano manifestó que un acuerdo negociado fuera de los confines del Congreso debía ser considerado sólo como una serie de recomendaciones, por lo que para ellos su importancia era relativa<sup>97</sup>.

Mientras tanto los estados de Florida y Mississippi negociaron sus demandas de *Medicaid* con éxito y alcanzaron sendos acuerdos. Florida logró, entre otras medidas, que la industria tabaquera se comprometiera a pagar 1,7 billones de pesetas y Mississippi logró una indemnización de medio billón de pesetas<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> El mismo día en que se firmó el acuerdo, el resto de la industria consiguió una orden de un Tribunal de North Carolina para impedir que Liggett entregara los documentos por estar éstos protegidos por el privilegio de abogado-cliente. Sin embargo, si los documentos contienen pruebas de una conducta criminal no estarán protegidos por el privilegio de abogado-cliente y podrán ser utilizados como prueba.

<sup>95</sup> El Secretario de prensa de la Casa Blanca dijo que estaban escuchando de cerca las negociaciones pero que no eran parte directa de ellas.

<sup>96</sup> Los «billones de dólares» recogidos en este artículo hacen referencia a «billón» como igual a mil millones y no como equivalente a 1 millón de millones.

<sup>97</sup> El portavoz de la *House of Representatives*, New Gingrich, dijo a la Agencia Reuters: «La Constitución no contiene la posibilidad de que el Congreso delegue su poder legislativo a un grupo privado en una reunión secreta».

<sup>98</sup> El acuerdo alcanzado por el estado de Florida se encuentra en INTERNET, <http://stic.neu.edu/Fl/flsettle.htm>; el acuerdo de Texas se puede encontrar en <http://stic.neu.edu/Tx/Texas-settlement.htm>. Texas y Minnesota también llegaron a acuerdos similares.

*Comentario sobre el preacuerdo de junio de 1997*

Algunos de los puntos más destacados del acuerdo son:

- La industria del tabaco pagaría 368,5 billones de dólares, durante 25 años, a un fondo del que se extraerían los recursos necesarios para indemnizar las demandas por daños a las personas y las de los programas de sanidad pública (divididos en un pago inicial en el momento en que se apruebe la ley de 10 billones de dólares y pagos anuales que irán de 8,5 billones a 15 billones)<sup>99</sup>. Cerca de 308 billones de dólares se destinarían a negociar las demandas y 60 billones se destinarían a las indemnizaciones punitivas. El pago anual al que se obligaba a la industria debería ajustarse anualmente a la inflación en un 3% anual.
- La cantidad total que la industria del tabaco tendría que abonar anualmente para negociar las demandas entabladas estaría sometida a un límite máximo anual de 5 billones de dólares.
- La industria tabaquera reconocería, formalmente, que la *Food and Drug Administration* tiene poder normativo sobre el tabaco y podría, eventualmente, prohibir la utilización de nicotina.

---

<sup>99</sup> *Sumamry of Settlement Provision*, p. 3638:

*Of the \$368.5 billion payments that will be received from the tobacco companies over twenty five years, the Agreement recommends that approximately \$93 billion, or roughly 25% of the total payments, be used to fund public health programs, as follows:*

- HHS will receive \$125 million for the first three years, and \$225 million annually thereafter to fund youth preventio, adult cessation, research and other programs.*
- FDA will receive \$300 million annually to carry out its obligations ant to enforce the provisions of this settlement.*
- State and local governments will receive \$75 million for the first two years, \$100 million the third year, and \$125 million annually thereafter to fund community based prevention programs.*
- \$100 million per year will be dedicated to fund research and development of tobacco prevention and cessation methods.*
- Sports teams and events that lose tobacco industry sponsorship will receive \$75 million per year for the first 10 years following the effective date of the settlement. After 10 years, these funds will be reallocated to other public health programs.*
- An independent, nonprofit organization to be formed will receive \$500 million per year to fund multimedia public education campaigns.*
- A newly formed Tobacco Cessation Trust Fund will receive \$1 billion per year for the first four years and \$1.5 billion per year thereafter. The fund, which will be managed by the Secretary of HHS, will be used to assist existing smokers in their efforts to quit smoking.*
- A Public Health Trust Fund under the control of a Presidential Commission will receive \$25 billion of fund specific tobacco related medical research. Representatives from the public health community and the state Attorneys General will serve on the Commission.*



- Transcurridos 12 años desde la entrada en vigor del acuerdo, la agencia podría prohibir la utilización de nicotina totalmente.
- Las tabacaleras acordaron importantes restricciones en la publicidad que pudiese llegar a menores. Las restricciones comprenden desde la eliminación de caricaturas o de imágenes humanas en los paquetes de tabaco, a la prohibición de carteles y vallas publicitarias.
  - La industria acordó la creación de un programa público de ámbito nacional para la educación contra el consumo de tabaco.
  - La industria acordó un cambio en las etiquetas de sus productos; la información ocuparía el 25% del paquete. La etiqueta incorporaría un nuevo lenguaje en el que se avisase de que el consumo de cigarrillos es adictivo y que el humo que desprenden causa cáncer en los no fumadores.
  - Se acuerda la imposición de multas a las tabacaleras si el consumo de tabaco entre los menores no desciende en un 42% en 5 años, 58% en 7 años y 67% en 10 años.
  - La industria acordó la creación de programas que ayuden a dejar de fumar y a proveer gratuitamente de las medidas necesarias para que puedan abandonar el tabaco quienes carecen de medios.

1. Cuando el preacuerdo fue alcanzado, todas las partes convinieron en que era necesario presentar un frente común en el Congreso para lograr la creación de la ley estatal que ratificara sus contenidos. El poder de las tabacaleras en el Congreso es grande, por lo que la aceptación de la industria era necesaria para lograr que la ley fuese aprobada<sup>100</sup>. La aprobación de una ley federal se consideraba una victoria, porque la industria tabaquera nunca había perdido un caso de reclamación de costes sanitarios en los tribunales y los *Attorneys General* decidieron que era mejor obtener una victoria parcial en el Congreso que enfrentarse a los riesgos que suponen los tribunales. Este estado de opinión fue cambiando con el paso del tiempo y algunas de las partes del preacuerdo se negaron a su aprobación en la forma inicialmente adoptada. La creencia de los *Attorneys General* de que la industria del tabaco no negociaría las demandas de *Medicaid* de forma individual se ha demostrado falsa. La industria ha llegado a

---

<sup>100</sup> En 1995-1996, Philip Morris contribuyó a la campaña electoral con 2.520.518 dólares para el partido republicano y con 496.518 dólares para el partido demócrata. En total se contribuyó con más de 5 millones de dólares para los republicanos y 1 millón para los demócratas. Ver, Abramson J., Meier B. *Tobacco Braced for Costly Fight*. The New York Times, New York City, december 15, 1997.

acuerdos en Mississippi<sup>101</sup>, Florida<sup>102</sup>, Minnesota y Texas<sup>103</sup> en términos más favorables que los del acuerdo global, así como en un caso de San Francisco contra la publicidad de Joe Camel<sup>104</sup> y la *class action* de Broin<sup>105</sup>.

2. A favor de la adopción del preacuerdo también estaba el miedo a una posible declaración de quiebra de alguna, o algunas, de las tabacaleras. La posibilidad sigue existiendo. Los que apoyan el preacuerdo argumentaban que éste era necesario porque asegura la continuidad financiera y evitaba la declaración de quiebra de las tabacaleras. No hay duda de que las declaraciones de quiebra cambiarían las reglas de juego actuales y harían más difícil que los créditos actuales y los potenciales fuesen abonados. Sin embargo, lo que no es probable es que la industria del tabaco se viese favorecida. Los que se opusieron a la adopción del acuerdo afirmaban que la posibilidad de una declaración de quiebra en una o más tabacaleras debía valorarse de forma cuidadosa, pero no debía ser temida y no era razón suficiente para adoptar un mal acuerdo.

La motivación que subyace en el derecho de quiebra de los Estados Unidos es doble. Primero, asegurar una equitativa distribución de los créditos. Segundo, este derecho concede un «*fresh start*» para el deudor. Una vez que el deudor satisface sus deudas podrá comenzar con su actividad de nuevo. Una de las ventajas de la declaración de quiebra es que el deudor gana tiempo. Las formas más comunes de una declaración de quiebra voluntaria son las del capítulo 7<sup>106</sup> y 11 del *Bankruptcy Code*. Los dos procedimientos se inician en el *Bankruptcy Court*, donde el deudor solicita la declaración de quiebra para su empresa.

Bajo el capítulo 11, el deudor junto con el *Bankruptcy Court* y los acreedores elaboran un «plan de reorganización» según el cual la em-

---

<sup>101</sup> State of Mississippi Tobacco litigation in the *Chancery Court of Jackson Country*, Mississippi Cause No. 94-1429, Memorandum of Understanding July 2, 1997.

<sup>102</sup> Florida v. American Tobacco Co., Case No. 95-1466 AH, *Court of the Fifteenth Judicial Circuit*, Palm Beach Florida, *Settlement Agreement* 8/25/97.

<sup>103</sup> Texas v. American Tobacco Co., Case No. 5-96CV-91, USDC E.D. Texas *Comprehensive Agreement and Release* 1/16/98.

<sup>104</sup> Janet C. Mangini v. R.J. Reynolds Tobacco Co, Case No. 939359, *Superior Court of the State of California Country of San Francisco*, *Settlement and Consolidation Agreement* 9/8/97.

<sup>105</sup> Norma R. Broin v. Philip Morris, Case No. 91-49738, *Circuit Court of the Eleventh Judicial Circuit*, Dade County Florida, *Settlement Agreement*, 10/9/97.

<sup>106</sup> Bajo el capítulo 7 el resultado de la quiebra es la liquidación de todos los bienes. Los bienes de la empresa se venden, el producto de esta venta se entrega a los deudores en orden a la prioridad de los créditos recogida en el *Bankruptcy Code* y la empresa cesa en su actividad.

presa deudora cumplirá con sus créditos en la manera aceptada por todas las partes. La finalidad del capítulo 11 es la de reorganizar la empresa de tal forma que sea capaz de cumplir con sus deudas pasadas y futuras.

Es posible que como consecuencia de los procesos presentes y futuros contra las tabacaleras alguna compañía solicite una declaración de quiebra en base al capítulo 11. La tabacalera podría hacerlo antes de que tuviese un veredicto en su contra, porque para que comience el procedimiento del capítulo 11 no es necesario que el deudor sea insolvente en el momento de iniciarse éste. Existen tres ejemplos históricos: la quiebra de los fabricantes de asbesto, de Dalkon Shield y la de los fabricantes de implantes de pecho de silicona<sup>107</sup>. Basándose en los precedentes anteriores existe una probabilidad razonable de que algunas tabacaleras busquen la declaración de quiebra. Aunque para que se declare la quiebra se exige el requisito de «buena fe» (la empresa no puede buscar con la declaración de quiebra, únicamente, el evitar las deudas o los procesos judiciales en su contra), la magnitud de las demandas contra las tabacaleras sugiere que el requisito de buena fe no presentaría grandes dificultades<sup>108</sup>.

Una de las principales motivaciones de una tabacalera para iniciar el procedimiento de quiebra del capítulo 11 pudiera ser la de lograr que sus costes y sus responsabilidades sean predecibles y manejables. Un valor adicional podría ser la reducción a la exposición pública negativa a la que constantemente se ven expuestas como resultado de los procesos. Sin embargo, también tendría efectos negativos serios. Una declaración de quiebra enfrentaría a la empresa a un gran número de riesgos. Por ejemplo, teniendo en cuenta la magnitud de la responsabilidad potencial a la que se enfrentan las tabacaleras no está claro que se aprobase un «plan de reorganización» si la empresa continúa fabricando y vendiendo tabaco. Según estudios, el daño global causado por la industria tabaquera anualmente se estima en 100 billones de dólares. Si el *Bankruptcy Court* aprueba un plan en el que se establezca un fondo de depósito que reembolsase a las víctimas la mitad del daño, las tabacale-

---

<sup>107</sup> Por ejemplo, en *Johns-Manville Corp.*, 36 B.R. 743 (Bankr. S.D.N.Y. 1984) se recurrió al capítulo 11, aún cuando era una empresa viable financieramente (un billón de dólares). El problema era doble: los procesos entablados contra la empresa podían exponerla al pago de unas indemnizaciones superiores a 5 billones de dólares, más el coste de defender dichas demandas. El Tribunal permitió la declaración de quiebra e incluyó como deudores a los «demandantes futuros».

<sup>108</sup> Debido a las solventes finanzas de las tabacaleras, éstas tendrán que recurrir a la magnitud y al número de demandas planteadas en su contra, en aras a lograr una declaración de quiebra del capítulo 11.

ras tendrían que financiar 50 billones anuales. Esta cantidad es superior a los beneficios teóricos de las compañías tabaqueras, y tendría como resultado que la quiebra fuese la del capítulo 7 y no la del capítulo 11<sup>109</sup>. Un segundo argumento, en contra de la quiebra, es el de que el plan de reorganización podría exigir a las empresas un cambio fundamental en sus planteamientos para evitar futuras responsabilidades. El *Bankruptcy Court* y los acreedores podrían argumentar que el tabaco es inherentemente peligroso y exigir que se cesase o se limitase seriamente la fabricación del producto que ha dado lugar a las demandas (en los tres ejemplos clásicos —asbesto, Dalkon Shield e implantes de pecho de silicona— la empresa tuvo que cesar o restringir la fabricación del producto). Es probable que un plan de reorganización exigiese mayores cambios en el comportamiento de la industria que los propuestos en el acuerdo global. Un tercer argumento se encuentra en que, aunque la regla general es que una vez concedida la declaración de quiebra por el tribunal al deudor se le protege de las demandas y deudas que tenga contraídas, existen excepciones; por ejemplo, si los intereses de una de las partes no están protegidos en la quiebra. Además, la declaración de quiebra reduciría el valor de la compañía afectando a su viabilidad financiera y al valor de sus acciones. Por todo ello, los que se oponen a la firma del acuerdo actual opinan que no parece que el miedo a una declaración de quiebra sea tan real como se apuntó en el momento de la negociación<sup>110</sup>.

3. Cuando en junio de 1997 se alcanzó el preacuerdo, una de las partes que más llamó la atención fue la cantidad económica que las tabacaleras tenían que entregar a los distintos fondos (368,5 billones de dólares). El éxito inicial de los *Attorneys General* se vio cuestionado por estudios que alegaban que dichas cantidades eran más rentables para la industria tabaquera que para los programas de salud de los estados. Raramente los acuerdos extrajudiciales compensan a las víctimas el 100% de sus daños; se acepta una indemnización menor para evitar los riesgos que conlleva el sistema judicial. Sin embargo, no sólo se cuestionaba que la cantidad que recibirían los demandantes era muy inferior a la que les concederían los tribunales —si tuvieran éxito en sus demandas—, sino que también se cuestionaba que las fuentes que abas-

---

<sup>109</sup> Ver, FOX, B., LIGHTWOOD, J.M., GLANTZ, S.A., *A Public Health Analysis of the Proposed Resolution of the United States Tobacco Litigation*, Internet, (<http://www.library.ucsf.edu/tobacco/ustl/>), 1988, febrero.

<sup>110</sup> Los que apoyan el acuerdo defienden que éste aseguraría que todas las deudas recogidas en él tendrían prioridad y que las medidas recogidas en aras a lograr planes anti-tabaco y otras medidas protectoras nunca se lograrán en una quiebra.

tecerían el fondo (de donde se extraerían dichas cantidades indemnizatorias) fueran a ser suficientes. En su opinión, la cantidad económica del preacuerdo era enorme en términos absolutos pero pequeña si se compara con el daño que causa el tabaco. Aun cuando se contemple desde un punto de vista más limitado, es decir, que el propósito del preacuerdo era el de reembolsar a los estados por los gastos de *Medicaid* futuros junto con la creación de programas específicos de sanidad públicos, los pagos no eran suficientes para cumplir ambos propósitos<sup>111</sup>.

4. Las críticas hacia el sistema de pagos establecido en el preacuerdo hacían referencia también a la deducción de impuestos<sup>112</sup>:

*«The settlement will permit tobacco companies to deduct these expenses from their federal income tax liabilities as ordinary and necessary business expenses.»*

Todos los pagos que realice la industria de tabaco, incluyendo los que correspondan a daños punitivos, eran deducibles de impuestos. La deducción daría lugar a que el impacto económico del convenio en la industria tabaquera se viese reducido y a que se traslade el coste a los contribuyentes norteamericanos. El Gobierno federal recibiría menos ingresos por impuestos sobre el tabaco. De tal forma que parte de los pagos de las tabacaleras se transferirían de la industria tabacalera al Gobierno federal, transformando el preacuerdo en un programa financiado federalmente<sup>113</sup>.

<sup>111</sup> *Vid., A. Public Health Analysis of the Proposed Resolution*, loc. cit.:

*«If the deal is designed to reimburse for all damage done by tobacco, it provides less than 10 cents on the dollar.»*

En este informe se aprecia también que el fondo establecido en el acuerdo para abonar las responsabilidades civiles es claramente insuficiente:

*«The civil liability fund is inadequate to cover even the medical costs and lost wages associated with tobacco use. The private sector bears approximately \$70 billion dollars in medical costs and lost wages due to tobacco; these damages are potentially recoverable damages by potential private plaintiffs every year. At its maximum the civil liability fund will only provide \$5 billion, or 7% of the total amount recoverable. This figure does not include punitive or other consequential damages nor does it include civil fines. These additions will make the civil liability fund even more inadequate.»*

<sup>112</sup> El acuerdo se encuentra entre otras páginas Web en:

<http://www.tobaccofreekids.org/html/>

<http://www.house.gov/commerce/issues/tobacco/Tobacco.settlement.html>.

<http://stic.neu.edu/settlement/index.html>.

<sup>113</sup> Para el *A Public Health Analysis of the Proposed Resolution*, loc. cit., los contribuyentes absorberán el 30-40% del coste del acuerdo, ya que la deducción impositiva se

5. Cuando se negociaba el preacuerdo, la industria tabaquera buscaba la protección contra todas las demandas presentes y futuras en su contra, mientras que la otra parte deseaba mantener el derecho de los particulares a demandar a la industria. El preacuerdo llegó a un término medio en el que los límites se colocaban en el derecho a demandar, sin que este derecho desapareciera. El preacuerdo, en aras a asegurar las futuras reclamaciones, establecía la creación de ciertos fondos que se extraerían de los pagos de la industria y que serían destinados al abono de indemnizaciones en el futuro. El volumen de estos fondos sería de 2 billones de dólares el primer año y se elevaría a 5 billones en el año nuevo (los 5 billones representan el 80% de la cantidad global disponible para indemnizaciones futuras). En contraprestación, se establecían una serie de restricciones en las demandas de reclamación de daños por la conducta de las Compañías tabacaleras en el pasado<sup>114</sup>. Algunas de las restricciones eran<sup>115</sup>:

- Eliminar las indemnizaciones de daños punitivos.
- Eliminar las demandas bajo la forma de *class action*.
- Establecer una responsabilidad conjunta para todas las tabacaleras que formen parte del acuerdo.
- Limitar los demandados a los fabricantes o a sus agentes.
- Prohibir la prueba en el juicio de productos con riesgo reducido.
- Limitar los daños por los que se tiene derecho a indemnización.

Las opiniones contrarias plantearon que el preacuerdo aumentaba las barreras para entablar una demanda contra la industria de tal forma que la hacía caso imposible. Asimismo, el preacuerdo no establecía fondos suficientes para abonar indemnizaciones justas. La desaparición de los daños punitivos y los límites en las indemnizaciones harían casi imposible, para los futuros demandantes, el encontrar un abogado, ya que éste carecería de intereses económicos o todo el riesgo se trasladaría al demandante. El ahorro en costes para los demandantes, que había supuesto la interposición de demandas bajo la forma de la *class action*, también desaparecería<sup>116</sup>.

---

compensará con mayores impuestos. Estiman que la deducción de impuestos alcanzará los 4 billones anuales.

<sup>114</sup> Según el informe *A Public Health Analysis of the Proposed Resolution*, loc. cit., bajo los términos del acuerdo la industria evitará unos 150-200 billones de dólares en responsabilidad al coste de 6-7 billones de dólares.

<sup>115</sup> La lista completa de las restricciones que forman parte del acuerdo se recogen en el Título VIII, subpárrafo B del mismo.

<sup>116</sup> *A Public Health Analysis of the Proposed Resolution*, loc. cit.:

El preacuerdo establecía además la protección de la industria tabaquera eliminando todas las acciones presentes de los *Attorneys General* y otras similares entabladas por los Gobiernos, todas las demandas de terceros y todas las demandas entabladas por adicción a la nicotina<sup>117</sup>.

Una de las restricciones que más dudas plantea es la de las *class actions* existentes. Si el preacuerdo salda las *class actions*, entonces sus miembros tendrían derecho a alguna indemnización. Si el preacuerdo únicamente anulaba la orden de certificación del grupo y permitía que sus miembros entablasen demandas individualmente, es posible que entonces no tengan derecho a indemnización alguna. La cuestión no está clara, aunque la mayoría considera que el preacuerdo saldaría las *class actions* y que sus integrantes no podrían entablar demandas futuras de forma individual.

6. La entrega de los documentos que las tabacaleras habían elaborado durante los últimos treinta años también fue inicialmente considerada como un éxito de los *Attorneys General*. Sin embargo, una lectura de la medida muestra que el éxito era, por lo menos, relativo<sup>118</sup>. Es muy poco probable que la industria tabacalera, que todavía es vulnerable a sufrir ataques en el ámbito de lo penal por su comportamiento pasado y a demandas civiles en el extranjero, esté dispuesta a entregar los documentos más relevantes que puedan recoger pruebas incriminatorias. El

---

*«The changes to the civil liability structure will also provide protections to the industry which will solidify its market and help guarantee future profitability. One of the primary reasons for having a civil liability system is to provide incentives for products manufacturers to behave honestly and produce safe products. The cost and risk attendant with litigation makes many corporations risk averse such that they strive to create safe products. A large jury verdict in a civil liability case can create shock waves throughout an industry. The changes to the civil liability system will eliminate these incentives.»*

<sup>117</sup> Ver Título VIII, subpárrafo A del acuerdo.

<sup>118</sup> *Summary of Settlement Provisions (Appendix VIII, p. 64):*

*«The settlement requires manufacturers to establish and maintain a centralized depository for documents “produced” in pending litigation. The documents will be available to Congress, state and federal agencies, and the public under certain conditions. The industry is permitted, however, to withhold any documents it considers to be “privileged” and any materials it considers to represent trade secrets. Materials regarding research on health, safety and less hazardous products also will be included, with the exception of legitimate trade secrets.»*

*Upon settling the AG suits, the companies are permitted to rereview all documents claimed as privileged and create a new inventory of privileged documents. Anyone wishing to challenge the industry’s assertion of privilege on trade secret must file a claim, which will be decided by a threejudge panel.»*

mecanismo para resolver las disputas sobre los documentos privilegiados es complicado y excesivamente largo<sup>119</sup>.

7. En agosto de 1997 tuvo lugar en Pekín la «X Conferencia Mundial sobre el Tabaco y la Salud», en la que se adoptó la siguiente resolución:

«The Conference recommends governments consider the international implications of tobacco control policies or settlements with the tobacco industry, to ensure that:

1. such measures do not contribute to an increase in the worldwide epidemic of tobacco-related death and disease;
2. the legal rights of those not party to any agreement or policy are fully protected;
3. such measures do not inhibit full public scrutiny of the past, present and future activities of the tobacco industry and;
4. that the tobacco industry pay the cost of damage caused by tobacco.»

Si el preacuerdo de junio de 1997 se hubiese aprobado estaría incumpliendo la resolución anterior. Primero, porque las tabacaleras no serían declaradas responsables por la totalidad de los daños causados por el tabaco. Segundo, porque los Estados Unidos se convertirían en un mercado mucho menos hospitalario de lo que ha sido hasta ahora y, esta situación probablemente incite a la industria del tabaco a establecer empresas fabricantes de tabaco fuera de sus fronteras para recuperar los beneficios pasados. Tercero, porque no cumple la segunda provisión al limitar los derechos legales de aquellos que no participaron en el acuerdo (por ejemplo, las demandas de particulares). Por último, tampoco se cumple la provisión cuarta porque el acuerdo no requiere que la industria entregue todos los documentos y toda la información que se halla en su poder.

---

<sup>119</sup> AMERICAN CANCER SOCIETY, *Official Position*, Internet, <http://www.tobacco.neu.edu/>

La American Cancer Society ha recomendado unos cambios:

*«Congress should ensure that both state and federal courts have jurisdiction to quickly resolve privilege claims. The burden should be on industry to demonstrate why documents should not be disclosed.*

*Federal legislation regarding disclosure of industry documents should also explicitly require the industry to release to the FDA all information including research and marketing data that is relevant to public health, safety and the development of less hazardous tobacco products.»*



8. Otras críticas que se han hecho al preacuerdo son:

- El preacuerdo se concentra casi de forma exclusiva en la *Food and Drug Administration* (FDA), en lugar de reconocer que hay otras agencias con jurisdicción sobre el tabaco. El preacuerdo ignora el hecho de que la mayoría de los progresos en el tema del tabaco se ha realizado en el nivel local y estatal. La FDA ya tiene jurisdicción sobre el tabaco y las provisiones del acuerdo, que no son ahora parte de las normativas de la FDA, podrían serlo sin que éste fuese necesario. Las provisiones sobre los fumadores pasivos del preacuerdo representan un paso atrás en el poder actual del *Department of Labor*.
- Existen medidas diseñadas para penalizar a la industria por incumplir o no alcanzar las reducciones en el número de menores fumadores. Estas medidas suponen un buen ejemplo de cómo las medidas técnicas del preacuerdo tienen impactos negativos importantes que no son evidentes a primera vista. De hecho, la pena a imponer es demasiado pequeña para proveer de un incentivo económico efectivo para que la industria reduzca el consumo de tabaco en los jóvenes.
- En el preacuerdo hay una serie de medidas que incrementan las barreras para entrar en el mercado del tabaco. Esto promueve el comportamiento anticompetitivo y elimina cualquier incentivo para innovar en productos más seguros. Además, al cerrar el mercado, las nuevas compañías encontrarían que la competencia es más difícil. Esta situación garantizará la obtención de unos beneficios mayores que los actuales.
- Hay grupos que consideran que los esfuerzos descentralizados funcionan mejor en el control del tabaco, por lo que se oponen a cualquier medida que impida los controles locales<sup>120</sup>.

*Preacuerdo de 23 de noviembre de 1998: Multistate Master Settlement Agreement (MSA)*

El preacuerdo de 1997 llegó al Congreso en marzo de 1998 en forma de un proyecto de ley presentado por el Senador John McCain. El *Commerce Committee* elaboró una versión preliminar modificada el 18

---

<sup>120</sup> SIEGEL, M.C.J., HOBART, R., SCHOENARKLIN, S., DU MELLE, F., FISHER, P., *Preemption in Tobacco Control: Review of an Emerging Public Health Problem*, JAMA, 1997, pp. 858-863.

de mayo<sup>121</sup>. El 8 de abril de 1998 el grupo Nabisco RJR abandonó el acuerdo al considerar que éste no refleja los términos aceptados el 20 de junio de 1997. Lo mismo hacen otras empresas tabaqueras importantes con lo que el 17 de junio de 1998 la versión preliminar presentaba ante el Congreso por el Commerce Committee se retira<sup>122</sup>.

Las tabacaleras habían llegado a acuerdos individuales con 4 estados (Mississippi, Florida, Minnesota y Texas), los cuales cuestionaron la necesidad de una acción del Congreso para solucionar el conflicto. Además, estos estados habían logrado llegar a acuerdos que compensan, casi en su totalidad, los costes de *Medicaid* junto con importantes medidas adicionales de sanidad pública; por ejemplo, la creación de programas antibacoco. Aunque no se puede extrapolar las normas de estos tres acuerdos, ya que cada uno presenta una situación de hecho y de derecho única, esta experiencia fue utilizada para iniciar las negociaciones con los *Attorney General* del resto del país. El 23 de noviembre de 1998 se alcanzó el *Multistate Master Settlement Agreement* entre 46 estados y las empresas tabaqueras más importantes<sup>123</sup> por los gastos de *Medicaid* de los fumadores enfermos.

La diferencia principal del MSA con el preacuerdo de 1997 radica en que el MSA no requiere aprobación del Congreso. La naturaleza del MSA es la de un contrato entre las partes sancionado por los tribunales y no afecta, en principio, a cuestiones de salud pública. El MSA requiere que cada estado firmante someta el acuerdo al tribunal competente. De esta forma se evita el escollo de someter el acuerdo a la aprobación del Congreso. Además, debemos destacar que el acuerdo de 1998 no afecta a las *class actions* entabladas en los tribunales, ni a la normativa presente o futura de la FDA.

Las líneas maestras del MSA son:

- 1) Las tabacaleras firmantes se comprometen a abonar 206 billones de dólares a los estados firmantes por las enfermedades relacionadas con el tabaco<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> Bill S. 1415rs. Las líneas maestras del proyecto del *Commerce Committee* era: 1) la industria debía pagar 516 billones (en el preacuerdo de 1997 la cantidad era de 368,5 billones) durante 25 años para abonar los costes médicos causados por el consumo de tabaco; 2) el impuesto sobre el tabaco se eleva a 1,10 dólares por paquete; 3) mantiene la capacidad de la FDA para emitir normas sobre la industria del tabaco en forma distinta a la aceptada en el preacuerdo de 1997; 4) reduce la publicidad del tabaco.

<sup>122</sup> El 17 de junio de 1998 el Senado rechazó el proyecto de ley por 57 votos en contra y 42 a favor.

<sup>123</sup> Philip Morris, R.J. Reynolds Tobacco, Lorillard Tobacco y Brown & Williamson.

<sup>124</sup> Los estados recibirían 12 billones durante los próximos 5 años, y el resto de los pagos se haría hasta el año 2025.

- 2) La industria se compromete a patrocinar una campaña anti-tabaco de 1,5 billones de dólares.
- 3) Deben entregar los documentos conocidos como «Brown & Williamson».
- 4) Tanto los estados firmantes como las empresas se comprometen a reducir el consumo de tabaco entre los menores. Parte del fondo económico que recibirán los estados deberá ser utilizado para cumplir con este compromiso.
- 5) Se imponen restricciones en la publicidad relacionada con el tabaco como, por ejemplo, la prohibición de dibujos animados, en especial los de Joe Camel.
- 6) Las tabacaleras ofrecen 5 billones de dólares a los agricultores relacionados con su industria, por la menor demanda como consecuencia del acuerdo.
- 7) Los estados se comprometen a retirar las 46 demandas planteadas contra la industria y a no entablar demandas futuras por costes sanitarios. No sólo se impide la interposición de demandas por conductas pasadas sino también algunas relacionadas con posibles conductas futuras de las tabacaleras y de empresas relacionadas. Se mantiene el derecho de los estados a entablar demandas por conductas criminales y también se establece una excepción, de forma expresa, para las cuestiones relacionadas con el sistema impositivo.

La ratificación del acuerdo alcanzado en noviembre de 1998<sup>125</sup> no sólo afectaría a las tabacaleras, los estados y los fumadores (pasivos o activos). Otros sectores de la economía y de la cultura norteamericana también se verían afectados. Independientemente de si el acuerdo se aprueba de forma definitiva por el número suficiente de tribunales o no, lo que es importante es que a las tabacaleras les resultará muy difícil, si no imposible, volver a la situación anterior. Es decir, no parece posible que las tabacaleras vuelvan a presentar un frente común en los tribunales y se nieguen de forma sistemática a la negociación. Lo que se desprende es que la estrategia de la industria respecto a las demandas de los *Attorney General* es la negociación.

---

<sup>125</sup> El 4 de febrero de 1999, la *National Association of Attorney General* informó que en 41 estados se había dado la aprobación al acuerdo. Ver [gttp://www.naag.org/consent.htm](http://www.naag.org/consent.htm).

## V. Recapitulación

La industria del tabaco sigue teniendo dos frentes abiertos en su contra: las demandas entabladas por los particulares de forma individual y las *class actions*. El futuro en torno a ambas está por definir. A pesar de que, en la actualidad, los jurados son favorables a emitir un veredicto a favor de los demandantes, lo cierto es que suele ser revocado en apelación<sup>126</sup>. Sin embargo, las demandas continúan planteándose ante los tribunales y su número no sólo no se ha reducido con el paso del tiempo sino que continúa aumentando. El caballo de batalla se encuentra en la aceptación en juicio de los documentos Brown & Williamson.

No nos parece probable que la situación descrita en las páginas precedentes pueda repetirse en el derecho continental o en el de Gran Bretaña. La existencia de daños punitivos, de juicio civiles con jurado, de «honorarios contingentes» para los abogados, de «*class actions*», y de otras medidas no existentes en Europa, hace que sea más fácil, en los Estados Unidos, recurrir ante el poder judicial para resolver ciertas contiendas. Es cierto que en Gran Bretaña han existido algunas demandas similares a las que existieron en la década de los ochenta en los Estados Unidos, pero su importancia es, hasta el momento, reducida. En España, dos han sido las demandas entabladas contra Tabacalera (en Barcelona y en Bilbao) y desconocemos cuál será la respuesta de los tribunales.

---

<sup>126</sup> Ver, por ejemplo *Widdick v. Brown & Williams T. Corp.*

# LUCES Y SOMBRAS DE LA EUROPA SOCIAL\*

Manuel María Zorrilla Ruiz  
Catedrático de la Universidad de Deusto

## 1. Promoción reciente del derecho a la Seguridad Social al rango de derecho fundamental en el ámbito comunitario europeo

El elenco de los *derechos fundamentales y libertades públicas* —objeto de reconocimiento en la sec. 1.<sup>a</sup>, cap. 2.<sup>o</sup>, tít. I CE— no ha dado entrada a los extremos que conciernen a la *acción protectora del régimen público de Seguridad Social*. Cierzo que una lectura evolutiva del

---

\* Texto actualizado de la intervención en la *25 Semana de Derecho del Trabajo*, que, bajo el rótulo *Futuro inmediato de Derecho Social*, han organizado en Bilbao, el 4 y 5 de mayo de 1999, la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto y el Consejo General del Poder Judicial. Este trabajo —del que ha aparecido una versión en *Actualidad Laboral*, n.º 37 (1999), págs. 703-719— se publica con la autorización correspondiente.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre y 15 de diciembre de 1983 establecen doctrina de base sobre el carácter indemnizatorio de las prestaciones sociales de carácter contributivo. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de mayo de 1987 resolvió el recurso de inconstitucionalidad que, impugnando un aspecto central y permanentemente polémico de la medida que se analiza en este estudio, interpusieron 54 diputados del Grupo Popular. Los Autos de la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Central de Trabajo de 9 y 28 de mayo de 1985 promovieron las cuestiones de inconstitucionalidad resueltas por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de julio de 1987. El Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de noviembre de 1990 promovió la *cuestión de inconstitucionalidad remanente* que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de marzo de 1993.

En relación con el tema analizado, importa citar esta bibliografía: ALMANSA, «La llamada “concurrencia de pensiones” en la Seguridad Social», *Revista de la Seguridad Social*, n.º 25, pp. 61-76; AZNAR y otros, «La Ley de Pensiones desde la perspectiva constitucional», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 23, pp. 321-369; CASAS, «Sobre la Ley de Presupuestos», *Jurisprudencia sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. 5, Civitas, Madrid, 1988, pp. 115-143; MONTOYA, «Limitación de la cuantía de las pensiones en Ley de Presupuestos», *Jurisprudencia sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. 5, Civitas, Madrid, 1988, pp. 264-276; SAN MARTÍN, «Seguridad Social y doctrina del Tribunal Constitucional; límites a las pensiones», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 68, pp. 991-1.009;

art. 17.1 CE —según el cual, *toda persona tiene derecho a la seguridad*— permite, sin serios reparos constructivos y aun de acuerdo con el elemento de interpretación que conviene a las realidades sociales del tiempo y del lugar, entender el concepto jurídico —relativamente determinado— de *seguridad* con un alcance que, *además de la salvaguarda de la seguridad individual, abarque y garantice los requerimientos de la Seguridad Social*. De ahí, el derecho subjetivo de cada persona física a que, mediante técnicas de socialización racionalizadas y justas, los poderes públicos contraigan y cumplan el compromiso de compensar los perjuicios derivados de las *situaciones de necesidad* que más frecuentemente inciden en la normalidad de la existencia humana y la perturban, privando a los afectados de bienes jurídicos cuya pérdida origina un daño patrimonialmente resarcible. Así las cosas, el dato de que los arts. 41 y 50 CE —respectivamente relativos al *régimen público de Seguridad Social* y a la cobertura de las situaciones de necesidad causadas por el *abandono de la población activa*— enuncien *principios rectores de la política social y económica*, no implica ninguna *devaluación constitucional de una de las obligaciones preferentes del Estado social y democrático de Derecho* que preconizan y destacan la dec. II Pr. CE y el art. 1.1. CE. Sólo refleja, en fe de la inquietud y el deber inherentes al *propósito de transformación* que proclama el art. 9.2 CE, la inaplazabilidad —todo lo contrario de una acción empañada por dilaciones o tibiezas— con que el legislador ordinario, al que el art. 53.3 CE dirige su mensaje, tiene que analizar la urgencia de los cambios previstos y desencadenarlos, completando —sin, por supuesto, desvirtuarla— la reflexión en pro de la naturaleza fundamental de ese derecho.

Semejante línea de pensamiento es manejable y persuasiva para configurar, usando de argumentos intrínsecamente constitucionales,

---

VALDÉS, «Sobre la constitucionalidad del establecimiento de topes máximos a las pensiones», *Revista de Relaciones Laborales*, n.º 17, pp. 31-51.

Se utilizan las siguientes abreviaturas y siglas: APS, Acuerdo sobre Política Social adjunto al Prot. PS. art., artículo; C.c, Código Civil español de 24.7.(8)89; cap., capítulo; CCDSFT, Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 8 y 9.12.89; CE, Constitución española de 27.12.78; CI, Constitución italiana de 27.12.47; Co., Convenio; cons., considerando; CSE, Carta Social Europea de 18.10.61; dec., decisión; LGSS, Ley General de la Seguridad Social de 20.6.94; LPGE.84, Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1984, de 28.12.83; LPGE.99, Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1999, de 30.12.98; mat., materia; OIT, Organización Internacional del Trabajo; Pr., Preámbulo; Prot. PS, Protocolo relativo a la Política Social, adicional a la VATUE; sec., sección; TA, Tratado de Amsterdam de 2.10.97; tít., título; VATR, Versión anterior del Tratado de Roma de 25.3.57; VATUE, Versión anterior del Tratado de la Unión Europea de 7.2.92; VCTR, Versión consolidada del Tratado de Roma, modificado por el TA; VCTUE, Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, modificado por el TA.

como *derecho fundamental* el derecho a la acción protectora de la Seguridad Social. Ahora bien, otras razones poderosas se suman a las ya declaradas, para sostener, con base en las novedades que aportan, la más reciente fisonomía de un derecho que, según la tradición definidora de lo que los derechos fundamentales son y significan, pertenece a uno de los grupos integrantes de la sociedad pluralista que aspira, de presente, a su prosperidad colectiva y entiende que, sin su contribución, es inviable asegurar, en el futuro, la efectividad de su justa gobernanación y su progreso.

El art. 136 I VCTR modifica el art. 117 I VATR, que —pese a la *debilitación semántica* de alguna que otra de sus versiones nacionales— reiteraba una *cláusula transformadora y social* cuya energía e intencionalidad no diferían de la inspiración de los arts. 3 II CI y 9.2 CE. Conforme a las innovaciones que establece el art. 1.21 TA, dicha regla —estimulante de la necesidad, avalada por el común de los Estados miembros, de que la mejora de las condiciones de vida y de empleo *fomenta la igualdad en el progreso de los trabajadores*— se perfecciona con una declaración comprometida y ambiciosa. No se converge, al modo de coincidencia doctrinal o desde una perspectiva políticolegislativa, en la necesidad que así se realza, sino que se llega más lejos y —como corresponde a la intuición y la añoranza de una *Europa social* que pretende ser tal sin veladuras ni disfraces— se añaden dos proposiciones muy notables. La primera de ellas hace saber que la Comunidad y los Estados miembros —que, por el cauce *del adelanto de sus soluciones*, persiguen una equiparación eliminatoria de agravios o discriminaciones indeseables— tendrán como objetivo, entre otros que se especifican, el de una *adecuada protección social*. La otra recuerda que, a ese fin, la Comunidad y los Estados miembros emprenderán acciones que no pierdan de vista la *diversidad de las prácticas nacionales*. Precisión de suma importancia y que, a la hora de construir el correspondiente sector del ordenamiento jurídico europeo de la Seguridad Social, apunta sendas posibilidades. Cabe que las prácticas nacionales constituyan la base de las soluciones comunitarias o faciliten su adopción, porque de antemano se ajustan al espíritu y la finalidad del *Derecho de gentes* que se promete elaborar. También es dable que, al contrario, se juzguen prácticas impropias y corregibles, si —por estar ayunas de razonabilidad o derivar de arbitrios injustificados— contradicen la universalidad de unos *principios informadores* que, según el art. 137.3 mat. 1 VCTR, forman parte del *cuerpo normativo* que, a propuesta de la Comisión y previas las adecuadas consultas, el Consejo debe edificar, por unanimidad, en lo atinente a la *Seguridad Social de los trabajadores*.

Otra afirmación de hondo calado es la que, en el art. 136 I VCTR, profiere una calificación de espectacular importancia. El art. 2.58 TA inicia la operación depuradora consistente en derogar el Prot. PS y el APS, que, sin pertenecer a la parte dispositiva de la VATUE, profería unas consignas de Política Social cuya sinceridad y brillantez decaían ante un enclave sistemático de muy costoso entendimiento. La consideración inicial del Prot. PS formulaba sólo el *escueto deseo* —algo menos que el designio programático y, en cualquier caso, lejano de la eficacia preceptiva directa— de aplicar, a partir del *acervo comunitario* o *bloque de constitucionalidad europeo para cada materia*, la CCDSFT, sin fortalecer el arraigo de los derechos y situaciones jurídicas allí contemplados, ni avanzar iniciativas desautorizadas por el carácter híbrido del *texto de compromiso* que las encarecía.

El art. 136 I VCTR —que asigna a la Comunidad y a los Estados miembro el objetivo de alcanzar una *protección social adecuada*— declara que, al conducirse así e ir en pos de esta finalidad, no pueden menos de *tener presentes los derechos sociales fundamentales* enunciados en la CSE y los que reconoce la CCDSFT, intencional e inequívocamente relativas a los *derechos fundamentales de los trabajadores*. Parece obligado concluir que, a la luz del discurso del constituyente comunitario, *el derecho a la acción protectora de la Seguridad Social se consolida como un derecho fundamental y participa de los caracteres que adornan a esta categoría*.

Cualquier observador crítico acepta la exigencia de que todos y cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro deben apropiarse y compartir las consecuencias de tan valioso reconocimiento. Hay que admitir que, a causa de ello, *surgen obligaciones estatales de promover las reformas constitucionales que procedan y*, en su caso, enmendar una distribución que ya no se condice con la naturaleza recién adjudicada a esos derechos. El art. 136 I VCTR cuida de proclamar —con el valor dogmático de su envío a unos textos anteriores que se revigorizan— que, además de los otros que va enumerando, *el derecho a la seguridad Social de los trabajadores es un derecho fundamental*. Dictado que, en un todo, se atiene a la naturaleza de las cosas, se impone a la voluntad del constituyente europeo —que, ante los horizontes constitutivamente históricos de la razón práctica, emite un juicio de esa repercusión y trascendencia— y, lejos de deberse a una actitud de otorgamiento complaciente, condiciona cualquier decisión normativa y es, por definición, inalienable e inseparable de la condición personal y profesional de los trabajadores a quienes favorece.

Puede cumplirse o pasarse por alto el imperativo del art. 136 I VCTR y, según ello, procederse o no a una reforma constitucional que,



de acuerdo con la novedad que se sanciona, reconozca el *derecho a la Seguridad Social* y lo emplace bajo la rúbrica —que inicia la sec. 1.<sup>a</sup>, cap. 1.<sup>o</sup>, tít. I CE— *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*. El que se omita esta labor de adaptación y no se use del procedimiento de reforma que establecen los arts. 87.1 y 2, y 168.1 CE, no quiere decir, ni mucho menos, que la rotunda propuesta que se aporta —al situar la *Seguridad Social* en el campo de los derechos fundamentales— deje de producir las rigurosas consecuencias tecnicojurídicas de la calificación que se imparte.

He aquí uno de los aspectos en que opera el *principio de primacía del Derecho Comunitario*. Su formulación general enseña que, como especie del *principio de jerarquía normativa*, las reglas jurídicas —cualquiera que sea su rango— emanadas de los órganos comunitarios competentes para producirlas, prevalecen sobre las que —destinadas por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros a regular instituciones o materias homólogas— contradicen las normas superiores del Derecho fundamental o derivado. Ahora bien, la primacía es algo más que la preponderancia excluyente o el prevalecimiento del mandato o la prohibición de una norma jurídica europea sobre una disposición estatal que, ante la incompatibilidad que surge entre ambas, debe inaplicarse al menos, si no hay dispositivos —más enérgicos— que permiten expulsar del ordenamiento jurídico la norma de rango inferior que causa la contradicción. *La primacía no atañe únicamente a la relación jerárquica que interviene y debe observarse en la disciplina de una institución determinada, sino que afecta también a la naturaleza que le es propia y a la calificación axiológica que de ella se predica. El Derecho de cualquiera de los Estados miembros no puede, so pena de violar el principio indicado, disminuir la dignidad ni degradar la naturaleza jurídica de una institución que las normas comunitarias configuran más esmeradamente, o a la que asignan una condición superior o procuran una tutela más intensa que la que, en paralelo, le otorga la legalidad constitucional u ordinaria del Estado.*

*El principio de primacía del Derecho Comunitario* exige que, en vista de una contradicción de ese calibre, el Estado miembro —cuya legislación debe enmendarse para corregir semejante anomalía— reforme la legalidad constitucional y/o ordinaria en la medida requerida por la necesaria adecuación. A falta de estas operaciones, es absolutamente indispensable que la calificación otorgada por el ordenamiento jurídico comunitario a la institución de que se trata —mejorando, por definición, la que propician uno o varios de los Estados miembros— se imponga a todas y cada una de las instancias de los mismos, que quedan vinculados por el tratamiento que introduce el Derecho fundamental o

derivado. La naturaleza fisonómica que el Derecho comunitario asigna a determinada figura o la intensidad con que vela por los intereses que incorpora, no puede verse contradicha ni desautorizada por los criterios —divergentes o neutralizadores— que el Derecho constituido de uno o varios de los Estados miembros mantiene en punto a su régimen jurídico.

A esta reflexión ayudan la cláusula general de desarrollo del art. 41 CE —relativo, entre otros pormenores, a la *suficiencia de las prestaciones sociales*— y la significativa exigencia, que el constituyente no hace suya por motivaciones estéticas o gratuitas, de que las *prestaciones de jubilación y/o retiro* sean, como reza el art. 50 CE, *adecuadas y objeto de actualizaciones periódicas*. Tales principios —elevados por el art. 136 I VCTR a la categoría de derechos fundamentales de sus beneficiarios— no toleran desarrollos legislativos nacionales que, al albedrío de los Estados miembros, den cabida a soluciones en pugna con las pautas del que, según la reserva del art. 137.3 mat. 1 VCTR, está llamado a ser el *Derecho común europeo de la Seguridad Social* y a dotar de las reglas —generales y superiores— que esos legisladores deben acatar y de las cuales no pueden disentir.

El haz de derechos subjetivos que abarca la acción protectora de la Seguridad Social, deja de ser la proyección legislativa de un *principio rector de la política social y económica* y pasa a desarrollar la *categoría de derechos fundamentales* que data de la remisión —hecha en el art. 136 I VCTR— a los textos garantizadores de unos derechos sociales en los que la CSE y la CCDSFT alojan el *concepto de Seguridad Social*. Es —hay que reiterarlo— jurídicamente inadmisibles que el ordenamiento jurídico de cualquiera de los Estados miembro mantenga al respecto diferencias de trato que —como la consistente en rebajar esos derechos al nivel programático que, en principio, les asignó el art. 53.3 CE— carezcan de justificación objetiva y razonable, pues ello supone deparar a los beneficiarios del régimen público de la Seguridad Social una *protección discrepante de la excelencia que el constituyente comunitario acaba de reconocerles*.

No en vano —hay que advertirlo así— la alusión a las *prácticas nacionales* de los Estados miembros encierra una prevención que, entre otras hipótesis, encara la de que, por conveniencias arbitristas o condicionamientos económicos, *el decisionismo legislativo de alguno de aquéllos no esté de acuerdo ni a la altura de la óptima calificación de los derechos subjetivos a los beneficios de la Seguridad Social*. Esas prácticas nacionales —que, en más de una ocasión, se han ganado la merecida *reputación de recusables*— tienen que acomodarse a la ordenación uniforme —superadora de la vieja técnica de *coordinación de*

*las políticas sociales nacionales*— que, como ordena el art. 137.3 mat. 1 VCTR, debe emprender el Consejo a propuesta de la Comisión. Al primero incumbe el cometido de formular e imponer los principios informadores —comunes y obligatorios— que las legislaciones nacionales no han uniformado, porque no estaban obligadas a hacerlo de inmediato, ni han acertado a coordinar en la medida necesaria para reducir los agravios diferenciales y eliminar las soluciones arbitristas que escapan a cualquier tentativa de control eficaz.

## **2. Insuficiencia e inadecuación de los límites que las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado han impuesto al crecimiento y concurrencia de las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro**

Desde la entrada en vigor de la LPGE.84 y durante los consecutivos periodos anuales, la ordenación de los Presupuestos Generales del Estado ha insertado, sistemática e indefectiblemente, una cláusula que afecta como sigue al régimen de las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro:

- 1) Cualquiera que sea el importe de una de dichas prestaciones, concedida merced al cumplimiento de las condiciones legalmente previstas para reconocerla y liquidada de acuerdo con las reglas que determinan su cuantía, no puede exceder de la cifra que, fijada en cada una de las anualidades sucesivas, asciende hoy a un total de 295.389 pesetas mensuales.
- 2) Cuando un mismo beneficiario reúne los requisitos necesarios para que se le reconozcan sendos derechos subjetivos a percibir dos o más pensiones públicas compatibles, ambas le son atribuidas, pero, cualquiera que sea la suma de los respectivos importes, no puede obtener, por ambos conceptos, una cantidad superior a ese límite.
- 3) Cuando una sola de las prestaciones compatibles no es inferior a dicho techo, el acreedor sólo tiene derecho a percibir el importe de la tasa fijada y, no obstante habersele reconocido el derecho a lucrar otra pensión concurrente, queda privado de su pago.

Llevada la reflexión al campo de la suerte que, a causa de la restricción cuestionada, corren las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro, su crítica —evocadora de los argumentos manejados al plantear las pertinentes cuestiones de inconstitucionalidad— debe fun-

darse en los arts. 41 y 50 CE, cuyas condiciones de *suficiencia* y *adecuación* de dichos beneficios se analizan para situar el problema en el plano de la seguridad jurídica, que debe gobernar ese régimen, y sustraer sus peripecias al de las ligerezas arbitristas o compromisos que le entenebrecen. Los arts. 136 y sigs. VCTR dotan de una perspectiva que destaca, por encima de todo, a la hora de rehacer el discurso sobre la materia.

Las cualidades o notas de *suficiencia* y *adecuación* —*que han servido para nominar, con distintos términos, el mismo concepto*— de las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro, compensatorias del abandono de la población activa, no pueden trivializarse como el *maleable objeto de interpretaciones libérrimamente alternativas* o de opciones que usan de la definición más conveniente para satisfacer preferencias que, so pena de depredar los valores de la naturaleza de las cosas, no justifican las deformaciones aberrantes ni las suplantaciones conceptuales. Esos beneficios sociales dimanar de la constancia de situaciones de necesidad individuales y sólo enjugar —por exigirlo así la limitación de los recursos disponibles— una parte del daño causado por la contingencia consistente en la salida de la población activa a que se pertenece hasta entonces. La acción protectora oficial, previa a la adquisición y el goce de dichas prestaciones, no pretende conseguir la *reparación íntegra* del desmerecimiento que —implícito en la situación de necesidad tutelada y conforme a la regla central del Derecho común de la responsabilidad que profiere el art. 1.106 C.c.— se compone del daño *emergente* o pérdida sufrida y el *lucro cesante* o ganancia dejada de obtener. La idea de *integridad satisfactoria* de las prestaciones —consecuente con el *principio de responsabilidad patrimonial universal* que, según el art. 1.911 C.c., regula el cumplimiento de las obligaciones de Derecho común— difiere de las nociones de *suficiencia* y *adecuación* que los arts. 41 y 50 CE no utilizan demagógica ni retóricamente. *La integridad de la reparación presupone el resarcimiento exhaustivo y cabal del daño que debe compensarse. La suficiencia y adecuación significan, en cambio, que la prestación social ha de alcanzar una cuantía razonablemente próxima a tal integridad, y que en modo alguno puede resultar desproporcionada y espectacularmente inferior a la magnitud a la que sustituye.* Las nociones de *suficiencia* y *adecuación* han de entenderse equívocamente y se oponen a la tentativa de convertirlas en *conceptos equívocos* que desfiguran y pervierten la finalidad universal de protección que aquellas prestaciones persiguen en un régimen público de Seguridad Social. La legalidad fundamental admite —en ciertos puntos que el pluralismo político respalda— lecturas cambiantes y elásticas del *pensamiento originalista* del constituyen-

te, pero, en los aspectos caracterizados de antiguo por lo incommovible y recio de su comprensión tecnicojurídica, no autoriza interpretaciones veleidosas.

Cuando los arts. 41 y 50 CE prescriben la *suficiencia y adecuación* de las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro, *están lamentando, entre líneas, que las correspondientes prestaciones no lleguen a ser íntegras* y que no cubran por completo la pérdida de la utilidad económica que, tras haber cesado en sus actividades, deja de obtener su perceptor. *Suficiencia y adecuación no significan nociones mudadizas que, en un tema tan serio, el constituyente ha puesto en negro sobre blanco para desafiar, sin más, a la imaginación o volubilidad de los intérpretes, sino que están ahí para reclamar y merecer un riguroso entendimiento.* Lo demanda la impronta de una tradición y de unos objetivos que, a causa de su elaboración pausada y reflexiva, deben preservarse escrupulosamente en lo que son y significan. Una pensión pública contributiva de jubilación y/o retiro es *adecuada* si, en términos comunes, su importe se acerca equitativamente al del resarcimiento del perjuicio engendrado por la situación de necesidad correspondiente. La adecuación falta si se aleja aparatosamente de dicha cuantía y deja en pie los efectos negativos del daño que se pretende indemnizar. Una pensión pública contributiva de jubilación y/o retiro es *suficiente* si, atendido su importe, provee a las mismas o aproximadas exigencias que, antes de ocurrir la contingencia, se atendían con los emolumentos que deja de percibir el pensionista. *Suficiencia y adecuación* son términos procedentes de un acervo cultural que —a causa de la intencionalidad con que el constituyente da entrada a su significación y entendimiento— rechaza las versiones de los *nacionalismos discrepantes o morosos* que las deforman y hacen irreconocibles. Los arts. 41 y 50 CE se comprenden —máxime cuando el art. 136 I VCTR hace suyo un derecho fundamental a la Seguridad Social que, según el art. 10.2 CE, debe interpretarse conforme a las *normas del Derecho de los pueblos*— en clave de estas reflexiones y al margen de cualquier tentación que no comulgue con su preciso alcance. Los conceptos de *suficiencia y adecuación* de las pensiones públicas que se analizan, se resienten de una interpretación arbitraria —prohibida en el art. 9.3 CE—cuantas veces se apartan de la inequívoca orientación que suministra el art. 65.1 Co.102 OIT.

La formación de la relación protectora que hace nacer el derecho subjetivo a percibir una pensión pública contributiva de jubilación y/o retiro, depende del concurso de los requisitos —a saber, adscripción formal al régimen público de Seguridad Social, observancia del periodo de espera y cumplimiento de una determinada edad— que señala el

legislador ordinario. Reunidas las cuales, la cuantía de la prestación se calcula mediante reglas que, para garantizar la suficiencia y adecuación de que se trata, se incorporan a *fórmulas aritméticas que computan los haberes devengados durante la vida profesional* y cuyas operaciones determinan unos resultados numéricos que se aproximan a los emolumentos activos. Es la equivalencia o *cercanía razonable a la compensación íntegra del perjuicio sufrido*, la que atribuye la *cualidad de suficientes y adecuadas* a las *prestaciones sociales* cuyo importe se liquida según tales criterios de cálculo.

La correlación existente entre la cifra de las cotizaciones efectuadas al régimen público —cuyas bases han sido los emolumentos determinantes del sacrificio impositivo y, en definitiva, de la cuantía de las cuotas— y las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro, *no constituye un simple expediente numérico para facilitar la liquidación de estas últimas, sino una consecuencia indeclinable de las características de adecuación y suficiencia que en ellas deben concurrir*. La solución que parte de las bases de cotización efectivas —directamente conexas con la cifra de sueldos o salarios que con las mismas coinciden— se obtiene a partir de una *verificación técnica* y no de un *artificio marginal* o accesorio, al que, sin otras razones de peso, se acude con el único fin de aligerar las operaciones de cálculo. La justificación de esas fórmulas reside en su aptitud para garantizar un resultado que, evitando un grueso perjuicio a los intereses del beneficiario, asegura una renta pasiva equivalente o muy cercana a la que exige la atención de la situación de necesidad protegida. Dicha correlación cuantitativa se predica tanto de las relaciones protectoras del régimen público de Seguridad Social, como de las típicas del aseguramiento privado, aunque difieren los respectivos títulos de procedencia. Éstas implantan la correlación por obra de la *autonomía contractual* que soberanamente fija la extensión económica de los beneficios pactados. Aquéllas requieren que toda prestación pública que se precie de suficiente y adecuada, procure una utilidad no distinta de la que, al sobrevenir la contingencia de retiro, dispensaban las retribuciones tenidas en cuenta para liquidar unas cotizaciones dependientes de la capacidad de sacrificio contributivo del sujeto.

La *suficiencia y adecuación* de las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro pertenecen al *contenido esencial* o núcleo invulnerable de los *derechos subjetivos a la Seguridad Social* que —relegados al papel programático de los *principios rectores de la política social y económica* en el cap. 3.º, tít. I CE— se consolidan —esta vez, en la esfera del ordenamiento jurídico comunitario— como *nuevos derechos fundamentales* cuyo reconocimiento, a cargo del cons. 4 Pr.

VCTUE y el art. 136 I VCTR, renueva los supuestos del problema que así se suscita.

La *suficiencia y adecuación* de las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro quiebran tan pronto como las operaciones aritméticas —llevaderas al cálculo de una cifra de prestación equitativa y no confiscatoria— arrojan resultados que, al exceder de los límites fijados en las normas elaboradas por el procedimiento que regula el art. 134.3 a 5 CE, se reducen a las cantidades que, de 1984 a 1999, han oscilado entre 187.950 y 295.389 pesetas mensuales. Se trata de un techo que, cuantas veces rebaja aparatosamente la cuantía originaria que proviene de aplicar la fórmula prevista al efecto, se aleja sin razón de la cantidad bastante para resarcir —ya que no totalmente, sí que de modo suficiente y adecuado— el daño anejo a la contingencia causante de la situación de necesidad. *Las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro que, condicionadas por la tasa de crecimiento y concurrencia, acusan una lesión considerable y notoria del interés legítimo de sus perceptores, quedan destituidas de las notas de suficiencia y adecuación que, según los arts. 41 y 50 CE, deben asistirles.*

### 3. Insuficiencias tecnicojurídicas de la regulación que se analiza

Cae de su peso que a la noción y efectos de un *derecho legítimamente adquirido y asignado* repugna el albedrío legislativo que, al objeto de reducir el gasto público incidente sobre las partidas sociales, elimina el interés peculiar de su titularidad y ejercicio. Todo interés legítimo —protegido por el ordenamiento jurídico para su conversión en derecho subjetivo— cuenta con la efectiva tutela judicial que, según el art. 24.1 CE, garantiza la posibilidad y utilidad de su realización, de suerte que el legislador —cuya arbitrariedad está proscrita en el art. 9.3 CE— no puede privar del mismo al sujeto que lo ha ingresado en su patrimonio conforme a Derecho. *El legislador no es dueño de deformar a voluntad la estructura de un derecho subjetivo inviolable, ni de despojarle por completo de la utilidad económica propia del interés que ha sido objeto de una reflexiva protección.* Así lo impone la *naturaleza de las cosas* que es, en definitiva, una expresión del valor superior de la justicia y de los imperativos de la lógica que manda respetar el art. 1.1 CE. Ello, en el caso —más que discutible— de darse por bueno que, aún cuando soberanas, esas iniciativas del legislador *no tienen la condición de expropiatorias ni producen la confiscación de derechos que prohíbe el art. 33.3 CE.*

Una ley caracterizada por lo *discutible de sus garantías como norma jurídica general*, arrebata su utilidad a un derecho subjetivo reconocido por un acto de la Administración Pública que ha aplicado irremediablemente las reglas relativas a las condiciones necesarias para su adquisición. Situación a que aboca la norma —reiteración indefectible y sistemática de sus antecesoras— con que el art. 40.2 LPGE. 99 establece que el acreedor de una pensión pública contributiva de jubilación y/o retiro —regularmente atribuida por el órgano competente para concederla— no puede ejercitar el derecho subjetivo que le corresponde ni beneficiarse de su interés económico, si ya goza de otra prestación que —concurriendo válidamente con ella y no estando afectada de incompatibilidad— asciende a una cuantía que rebasa el expresado límite. El alegato de haberse vulnerado la seguridad jurídica —que el art. 9.3 CE cuida de garantizar— no es un *argumento de adorno* o acumulación, sino un *clamor de rebeldía* en pro de una exigencia que el Estado social y democrático de Derecho ordena respetar .

Las siguientes proposiciones sintetizan el resultado de lo precisado hasta el momento:

- 1) Se atenta contra las exigencias —naturales e irrenunciables— de *suficiencia y adecuación* de las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro, si su cuantía se reduce a un máximo que, lesiva y aparatosamente, es inferior al resultado de aplicar la fórmula originariamente dirigida a procurar una cantidad aproximada o sustitutiva de las percepciones que dejan de obtenerse.
- 2) Igual vulneración existe cuando, absoluta e incondicionadamente, se priva al beneficiario del goce de una prestación cuya titularidad se le ha adjudicado conforme a los requisitos que instituye el ordenamiento jurídico.
- 3) La *suficiencia y adecuación* de esas prestaciones constituye una *exigencia innata* que pertenece al contenido esencial o núcleo invulnerable de derechos fundamentales reconocidos por el constituyente europeo y que los Estados miembros no pueden eludir ni desvirtuar a su albedrío.
- 4) Dichas características se predicán del *Derecho de gentes europeo*, llamado a fijar, en el ámbito de la Seguridad Social, los principios inmovibles que —sin posibilidad de contradicción o disidencia por parte de los legisladores nacionales— regulan la posición de los sujetos de las relaciones protectoras de jubilación y/o retiro, fijan las condiciones de suficiencia y adecuación a su objeto, y ordenan los pormenores concernientes a su constitución, modificación y extinción.



#### 4. Aspectos que, desde la perspectiva constitucional, concurren en el examen originario del problema

El planteamiento de las cuestiones y recursos de inconstitucionalidad promovidos para denunciar ese vicio, provocó una respuesta desestimatoria de las pretensiones que a la sazón se ejercitaron. Sorprende, entre otros aspectos criticables, la singularidad del criterio —inédito hasta entonces— de que se echó mano para definir la *suficiencia de las prestaciones de jubilación* e identificar su concepto con el de la *escueta superación de los linderos que señalan los umbrales de la marginación y la pobreza*. Consideración que, al margen de las circunstancias de coyuntura que aconsejaban semejante medida, desatendía las aspiraciones inherentes al progreso de la Seguridad Social y se confabulaba con ideas regresivas y en modo alguno merecedoras de elogio.

Dicha postura prescinde del elemento de interpretación contextual que, según el art. 10.2 CE, obliga a construir la *noción de suficiencia* de acuerdo con las normas supranacionales contenidas en los instrumentos ratificados por España. Reparo que, hoy día, se refuerza con la atribución del carácter de *derechos fundamentales* que el constituyente europeo confiere a los derechos subjetivos a la Seguridad Social. El art. 65.1 Co.102 OIT —cuyo imperativo debió sobreponerse a la *interpretación nacionalista de la suficiencia* e impedir su censurable innovación— encierra una *norma mínima* o de orden público que ningún legislador de los Estados miembros puede defraudar con soluciones que, como la denunciada, reposan en objeciones de naturaleza económica. Dispone aquel precepto que el cálculo de los pagos o prestaciones periódicas debe efectuarse sobre el todo de las *ganancias anteriores de los beneficiarios*, cuyos importes se tienen en cuenta para cuantificar el sacrificio contributivo de quienes han visto minoradas sus remuneraciones en las cifras de las cotizaciones abonadas a lo largo de su vida profesional. Hay que advertir, a mayor abundamiento, que —antes de patrocinar la idea de la *suficiencia cuasibenéfica de las prestaciones sociales*— la justicia constitucional había discurrido impecablemente sobre el particular y aceptado que, conforme a la mejor doctrina, *la normativa legal de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social no se basaba en la idea de tutela y sí en la del resarcimiento o compensación del daño causado al receptor de las prestaciones sociales que sustituían a las remuneraciones o rentas dejadas de obtener*.

La orientación trazada por la justicia constitucional, al resolver los problemas de inconstitucionalidad que había abordado, provocó las reacciones consecuentes con la inconsistencia de los argumentos manejados para sostener que el límite estrenado en el art. 51.1 y 4 LPGE.84 no in-

fringía ningún principio ni precepto de la legalidad fundamental. Su restricción —ininterrumpidamente reiterada, a partir de entonces, en los textos anuales de esta naturaleza e irregularmente trasladada al art. 47 LGSS— se ha mantenido hasta su actual reproducción en el art. 40.1 y 2 LPGE.99. *Ocurre así, porque se trata de normas cuya vigencia —estrictamente anual— urge a una repetición que holgaría en el caso de corresponderles la naturaleza permanente y la duración ilimitada de que carecen por definición.* El poder de convicción de los reproches que ha merecido esta medida, prima —dadas la densidad y reflexión de su discurso— sobre los argumentos dirigidos de adverso a neutralizar las objeciones de constitucionalidad que se adujeron.

Yerra, ante todo, la teoría —más voluntarista que intelectualizada— de que los futuros beneficiarios de las *pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro no son titulares de un derecho subjetivo a que dicho beneficio económico se les reconozca* por el importe resultante de computar, a efectos de su cálculo y liquidación, las cuotas que el trabajador satisfizo en el curso de su vida activa. La idea —defendida con ese designio— de que la correlación entre las cifras de las bases de cotización y la cuantía de las prestaciones periódicas es propia de las relaciones de aseguramiento privado, *no quiere decir, ni mucho menos, que la conexión no se predique, aunque sea por distinto título, del supuesto de la protección social que se analiza.* Aun sin tratarse de un estado de cosas generado por la autonomía de la voluntad particular, *la obligatoriedad de esa aproximación cuantitativa es consecuencia ineludible e implacable de la nota de suficiencia objetiva que debe acompañar a las prestaciones sociales económicas, y que, como se infiere del art. 65.1 Co. 102 OIT, presupone un concepto inequívoco que disipa las dudas sobre cualquier otra versión alternativa.*

No es menos inaceptable la propuesta de que la minoración cuantitativa —frecuente causa de una *lesión enorme* para la economía individual y familiar de los perceptores de las prestaciones degradadas— no da lugar a privación alguna de derechos. Este discurso —cuya superficialidad se trae a capítulo para *salir del paso*— ignora que *la integridad de la estructura de un derecho subjetivo no se reduce a la adjudicación e individualización de su titularidad*, sino que, conforme a la doctrina pacífica que de antiguo atañe a la *vestidura de los intereses legítimos y acreedores a la protección del Derecho*, abarca también lo concerniente a *la cumplida atención de ese interés, como algo inseparable de la apetencia que le es consustancial y de la utilidad que, esperada del mismo, debe procurar.* Una disminución sensible del objeto económico de las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro —como la que ahora figura en el art. 40.1 y 2 LPGE.99— inutiliza el cumpli-

miento de la función social reconocida por un ordenamiento jurídico que, en ese punto, pretende aligerar las cargas peculiares de un periodo especialmente delicado de la vida individual y social. La tesis criticada da de lado a un elemento inseparable del contenido esencial o núcleo invulnerable de un *derecho que sufre el quebranto de su integridad objetiva*, a falta de la cual, como reza el art. 1.157 C.c., no se entiende pagada la deuda correspondiente a la cuantía de una obligación caracterizada por los rasgos de *suficiencia y adecuación* que se conculcan.

Los derechos sociales —de que forman parte las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro— han dejado de pertenecer al programa, más o menos posibilista y diferido, de una sociedad que los reconocía conforme a criterios dependientes de las circunstancias económicas que marcaban el ritmo de su *proceso de transformación*. Los más recientes compromisos de la *Europa social* desvanecen las dudas sobre el *giro copernicano* que registra ese estado de cosas. La pausada y descomprometida perspectiva de antaño cede ante la noticia y la conciencia de que *algo tiene que cambiar de raíz en la política de la Seguridad Social de los Estados miembros y que los arbitrios nacionalistas —de que la edificación y desarrollo de la misma se han resentido tantas veces— tienen sus días contados*. El acceso a los beneficios sociales se reviste de la *nota de inviolabilidad* que el art. 10.1 CE predica de los derechos que, en cuanto naturales o básicos, son indisociables de la *dignidad de la persona humana* —a la que corresponden por el hecho de su mera existencia— y reflejan su *cosmoeminencia* o superioridad sobre el resto de los seres —animados o no— que pueblan el mundo y están a su servicio. Dependencia de la que no se eximen los valores e intereses de la economía que se invocan para ungir sacramentalmente la medida restrictiva de que se discrepa. Es central advertir que, por encima de las predisposiciones domésticas de orden nacional, *el cons. 4 Pr. VCTUE y el art. 136 I y II VCTR asignan, por modo de reconocimiento inaplazable y no de voluntarismo contingente, a los derechos sociales de los trabajadores públicos y privados —sin exceptuar el derecho a la Seguridad Social— la naturaleza y condición de derechos fundamentales*. El detrimento criticado es aún más reprochable, si se llega al extremo de que —por concurrir con otra pensión pública, legítimamente atribuida y cuya cifra no es inferior a la tasa fijada en la legislación presupuestaria— el beneficio de la prestación se agota en el reconocimiento de la nuda titularidad del derecho y no genera percepción alguna, aun cuando el acreedor haya cumplido las condiciones requeridas para obtener el disfrute de que se le priva.

El uso inteligente de la lógica destruye la tesis —sostenida en pro de la limitación que se censura— de que las reducciones sufridas por

las pensiones públicas de jubilación y/o retiro no atentan contra los *rasgos de suficiencia y adecuación* que predicen los arts. 41 y 50 CE. La *globalidad del sistema protector* es el argumento empleado para sostener que el desmerecimiento económico de ciertas relaciones de protección social —caso de las prestaciones reducidas a un límite máximo o rehusadas por exceder del mismo el importe de una de las que son entre sí compatibles— no entraña, por sí solo, semejante defecto, pues, desde un punto de vista totalizador, el perjuicio que sufre el conjunto de dichos pensionistas se compensa con las ventajas adquiridas por otros grupos de destinatarios de los beneficios sociales. El razonamiento empleado ignora que, siempre a la luz del *bloque de garantías* del art. 9.3 CE, *ni siquiera el legislador ordinario tiene un poder de vida y muerte sobre los derechos subjetivos, sino que sólo es el agente razonable y solícito de su reconocimiento y regulación, conforme a una voluntad del legislador constituyente que no puede tolerar un desarrollo arbitrario, ni desautorizar principios de aceptación indiscutida en un círculo determinado de cultura*. No cabe reaccionar así ante situaciones que hoy exigen un ejercicio de la función legislativa consecuente con la naturaleza actual de los derechos sociales y con el realce que, como reflejo de los nuevos derechos fundamentales, adquieren los caracteres de *suficiencia y adecuación* de las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro. Todo derecho subjetivo —incluidos los *derechos innatos de corte social* que el art. 136 I y II VCTR acaba de canonizar— se identifica, como conviene a su contenido esencial o núcleo invulnerable, con relación a un titular individual —persona física o jurídica— que inicialmente ostenta un interés legítimo y que, andando el tiempo, satisface su anhelo de lograr la tutela jurídica de las ventajas económicas que trae consigo su disfrute. El legislador no puede transformar, a su albedrío, el régimen de atribución constitutiva de derechos individuales —de que es ejemplo el de la asignación de las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro— en una *titularidad en mano común* que, como resultado de una construcción doctrinal de solidez mínima, carece de base tecnicojurídica y de precedente alguno que la justifique. Debe quedar claro que *los derechos sociales de los correspondientes titulares —que los adquieren gracias al cumplimiento de las condiciones establecidas por la ley— tienen la condición de derechos de cada particular, cuyo patrimonio acrecientan, y de derechos colectivos, en cuanto que corresponden a la esfera jurídica de individuos predeterminados por su pertenencia a un grupo social específico, pero nunca adquieren el carácter de derechos subjetivos de los que —difusa e imprecisamente— sea titular la propia colectividad en que esas personas físicas están integradas*.

## 5. Ausencia de fundamento estructural que sustente la fijación de los límites impuestos por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado

El art. 47 LGSS refrenda gratuitamente el criterio de que, por *necesidad de precepto*, la Ley de Presupuestos Generales del Estado ha de fijar un límite al crecimiento y concurrencia de las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro. Dos objeciones se oponen a la validez y aplicación de esta regla. Una, la de que el art. 47 LGSS forma parte de un *cuerpo de legislación delegada* en la modalidad del *texto refundido* que, según el art. 82.1 y 5 CE, requiere la preexistencia de las normas que se agrupan y reordenan sistemáticamente, *lo cual prohíbe dar cabida en la refundición a preceptos de nueva factura*. Así se infiere de lo que los dogmas de legalidad y seguridad jurídica cuidan de garantizar en el art. 9.3 CE. *La novísima letra del art. 47 LGSS no pertenecía a ningún pasaje cronológicamente anterior al texto que lo incluye y se presenta como el ingrediente y feliz resultado de una refundición en la que, contra la naturaleza de esta variante normativa, hace acto de presencia por primera vez. ¿Qué valor se le otorga en vista de tal anomalía? Amén de este defecto que le inutiliza jurídicamente, el art. 47 LGSS prejuzga que —lejos de constituir un límite eventual y condicionado a las circunstancias que pueden autorizar o exigir su supresión— la tasa de crecimiento y concurrencia de las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro es un elemento inmovible de la estructura de las relaciones protectoras de Seguridad Social, cuando, en propiedad, conculca varios de los principios universales e inalterables del Derecho rector de la materia.*

La deformación consumada al amparo del art. 47 LGSS ha permitido —con toda la gravedad que la medida implica— sustraer definitivamente al Parlamento, que no ha vuelto a reivindicar tal competencia, el debate de un aspecto de la política económica cuyo análisis y decisión debieron producirse en dicha sede y no acudiendo a la ventaja del art. 134.3 a 5 CE, utilizado, hasta el momento, para preterir el contenido esencial o núcleo invulnerable de derechos sociales que hoy ascienden al rango de derechos fundamentales y que, en su calidad de inalienables, no soportan tamaña erosión.

De ahí, lo jurídicamente censurable de fundar el establecimiento de esos límites en motivaciones económicas que, sin ser condición básica y permanente del régimen de disfrute de los beneficios sociales, *sólo pueden traerse a capítulo y operar como criterios de coyuntura —todo lo contrario de la indefectibilidad que les asigna el art. 47 LGSS— y deben cesar tan pronto como desaparezcan o decaigan las circunstan-*

*cias de excepción que las originaron.* Las reglas universales —provenientes de una construcción tecnicojurídica que generaliza las fórmulas de cálculo de las prestaciones sociales— del Derecho Público de la Seguridad Social, acerca de la *titularidad de los derechos subjetivos correspondientes* y la *determinación de su extensión económica*, son indisolubles del dogma de *suficiencia y adecuación* de las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro. Conviene añadir que los llamados *principios rectores de la política social y económica* (cap. 3.º, tít. I CE) no incluyen estos dos últimos adjetivos de su rotulación por simples conveniencias estéticas o testimoniales. *Dan a entender que, si los arts. 41 y 50 CE sientan unas proclamaciones trascendentes en tema de política social, ello es así, porque la política económica —que posibilita el logro de sus objetivos— nunca puede apelar a soluciones intelectualmente débiles o recursos arbitristas que frustren la garantía ofrecida por el constituyente.* Idea que se revigora al advertir que las que, según su etiqueta de origen, fueron *orientaciones programáticas* de cuyo reconocimiento, respeto y protección se ocupaba el art. 53.3 CE, se han visto elevadas a la categoría de *derechos fundamentales europeos* y dotadas de una condición que, en virtud del *principio de primacía del Derecho comunitario*, mejora su primitiva naturaleza constitucional y, cuando menos, les transfiere el tratamiento propio de los *derechos fundamentales y libertades públicas* que figuran en la sec. 1.ª, cap.2.º, tít. I CE.

La noción de *indispensable solidaridad colectiva* —evocada, de paso, en el art. 42.1 CE y diferente del principio de solidaridad interautonómico que proclaman los arts. 2 y 138.1 CE— no puede intervenir, al uso de un *principio demoleedor de cualesquiera situaciones jurídicas que el Derecho objetivo reconoce*, si no preexiste un precepto concreto —cuya *figura rectora* o supuesto de hecho incorpora el valor de la solidaridad y tipifica alguna de sus aspiraciones— o no media una circunstancia tan *relevante y apreciable* —lo contrario de *generalizada y difusa*— que determina inexorablemente que el respeto al derecho de los demás —exigido en el art. 10.1 CE— consista nada menos que en la pérdida o el sacrificio de un derecho propio. La invocación platónica de la solidaridad no patrocina, sin más y por sí misma, un sacrificio de naturaleza colectiva que —explicado de manera laxa, cuando no demagógica, y ayuno de un título convincente de habilitación— llegue a privar de derechos válidamente adquiridos y atentar contra los intereses legítimos de quienes tienen derecho a las prestaciones que el legislador ordinario reduce o suprime a través de una doble irregularidad. Una, la de conectar el fundamento de ese arbitrio con la novedad del art. 47 LGSS, cuyos vicios se han puesto de relieve. Otra, la de efectuarlo —te-

naz y sistemáticamente— por medio del procedimiento que, previsto en el art. 134.3 a 5 CE para la elaboración y aprobación de los Presupuestos Generales del Estado, ha impedido que, hasta el momento, el Parlamento haya efectuado el examen y conclusiones que, como definidor de las líneas estructurales de la política económica, le competen. Frente a la fragilidad jurídica de esta situación y de otras que se le asemejan, se alza la enérgica advertencia con que el art. 136 II VCTR alude a la *diversidad de las prácticas nacionales* y da a entender que, mientras unas de ellas se producen y se desenvuelven conforme al signo del progreso social, otras, como la que aquí y ahora se critica, no se distinguen por esa excelencia.

Las objeciones de inconstitucionalidad se reiteraron cuando —con base en los títulos jurídicos que la misma justicia constitucional consideraba imprejuzgados y cuya utilización había sugerido— se suscitó un problema nuevo. A saber, el de la vulneración constitucional consistente en que la reiteración sistemática de la cláusula limitativa de la concurrencia y crecimiento de las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro —inserta en un cuerpo legal que, como las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, se tramitan abreviadamente y no admiten otras proposiciones o enmiendas que aquellas a las que, para aumentar o disminuir el gasto público, presta el Gobierno su conformidad (art. 134.6 CE)— sustraía, a la larga, a la plenitud del conocimiento legislativo una norma que el Parlamento —*definidor, como se ha dicho, de las orientaciones centrales de la política económica*— tenía que emanar con las garantías de detenimiento y reflexión que los arts. 87 y sigs. CE asignan al proceso ordinario de elaboración de las leyes.

En vez de abordar el tema que su iniciativa había provocado, la justicia constitucional se limitó a admitir que el tenor de la nueva cuestión de inconstitucionalidad reconocía esos orígenes, pero no descendió al examen de la misma y, absteniéndose de analizar sus notables aspectos, concluyó en términos harto simplificadores. Sostuvo el parecer de que la fijación de los límites puestos en tela de juicio era coherente con la coyuntura política del momento, de suerte que —sin otras precisiones— cobraba, a la sazón, pleno sentido el que, según la previsión presupuestaria de cada anualidad, dichos límites se alterasen o desapareciesen. Se dio, sin más, por bueno el recurso a la tramitación utilizada —uno de cuyos más gruesos defectos se insinuaba en la *invitación tácita* a plantear la cuestión de inconstitucionalidad inédita hasta entonces— y se hizo una *rotunda profesión de fe* en la bondad de ese criterio, quedando sin dilucidar el fondo del problema que la propia justicia constitucional había incoado.

A la hora de asentar las premisas dogmáticas del Derecho común europeo de la Seguridad Social, cae de su peso que —al margen de las desfiguraciones o falacias en que han podido incurrir las *tentaciones arbitristas* de los Estados miembros— la naturaleza de las cosas y la racionalidad políticolegislativa requieren que —mediante proposiciones generales, terminantes e inequívocas— *se enuncien los principios relativos a la constitución de las relaciones protectoras de la Seguridad Social y se reafirmen las funciones de resarcimiento que sus prestaciones están llamadas a cumplir*. Los *postulados de orden público* —indisponibles e inmodificables— que así se consolidan, no pueden exponerse a futuras deformaciones o posturas domésticas que se supeditan a las conveniencias de unas u otras legislaciones nacionales. La movilidad soberana de los Estados miembros queda condicionada, al fin, por la *severidad uniformista* que apareja la *novísima revelación* de los arts. 136.1.2 y 137.3 mat. 1 VCTR. *Sus postulados o premisas pasan a erigirse —como novedad llamativa y segura— en las verdades integrantes del contenido esencial o núcleo invulnerable de unos derechos fundamentales cuya condición de tales data de una postura de reconocimiento muy reciente, harto enfática y jurídicamente inobjetable*. Dicho sea de paso, una vez más, no sin repercusión en la ordenación sistemática que, bajo la rúbrica *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*, encabeza la sec. 1.ª, cap. 2.º, tít I CE. El cons. 4 Pr. VCTUE introduce la novedad —máximamente espectacular— de esa calificación y, para evitar cualesquiera objeciones sobre su irreprochable iniciativa, cuida de remitirse nada menos que al *elenco de los derechos fundamentales de naturaleza social* que figuran en la CSE y en la CCDSFT. Precisión, ésta, de impresionante magnitud y ausente, hasta entonces, del Pr. VATUE, que guardaba silencio sobre un pormenor tan importante. Sí que fue, en su momento, parte de la *proclamación debilitada* del Prot. PS, tras haber sido expulsada, por falta de la unanimidad exigida, de la parte dispositiva del *cuerpo fundacional* y haberse suscrito —excepción hecha del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte— por el resto mayoritario de los Estados miembros, que testimonialmente accedieron a compartir una *fórmula de compromiso* tan atípica como jurídicamente ineficaz.

No es dudoso que, conforme a la lúcida advertencia del art. 136 II VCTR, la llamada *diversidad de las prácticas nacionales* —en materia, entre otras, de Seguridad Social— puede deberse a las diferencias reguladoras y arbitrios que generan medidas como la que —apartándose de los cánones universales del Derecho de la Seguridad Social que, según el art. 137.3 mat. 1 VCTR, *han de fijarse a través de las futuras Directivas del Consejo*— se critica respecto a la tasa del crecimiento y



conurrencia de las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro.

## **6. Reconsideración del problema a la luz de la naturaleza de derecho fundamental que el ordenamiento jurídico comunitario confiere al derecho a la Seguridad Social**

Las denuncias de inconstitucionalidad de esa medida corrieron la más infortunada de las suertes posibles. Inicialmente, porque la justicia constitucional desestimó los numerosos argumentos que, para combatir aquella, acumularon los alegatos de inconstitucionalidad a que se dio respuesta. Más tarde, porque la misma justicia constitucional entendió resuelto, sin dedicarle el prometido análisis, el *problema imprejuizado y remanente* que había incitado a promover y examinar. La actual elevación del derecho a la Seguridad Social a la categoría de derecho fundamental comunitario, obliga a reconsiderar el problema en términos acordes con dicha novedad.

El aspecto que se trae a capítulo concierne a la *incompatibilidad de la medida criticada con los principios centrales del Derecho común europeo de la Seguridad Social*, que, para responder a las exigencias políticolegislativas de los recientes derechos fundamentales, han de ajustarse a lo prescrito en los arts. 136 I y II, y 137.3 mat. 1 VCTR. La acción protectora de la Seguridad Social no admite, así las cosas, divergencias básicas de regulación ni excepciones o singularidades sorprendentes que —afectando, como en el caso contemplado sucede, al contenido esencial de derechos conquistados por el Estado Social de Derecho y ascendidos al máximo nivel— provoquen desigualdades privadas de una justificación estructural objetiva y razonable, ligadas a episodios de mera coyuntura, desprovistas de fundamentos técnicamente valederos y, en suma, reñidas con las normas de orden público, textual o virtual, que constituyen el *nuevo basamento* del Derecho Social europeo.

Uno de esos principios centrales —que, en el plano del ordenamiento social comunitario, reitera el rasgo de suficiencia y adecuación cuantitativa de las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro que proclaman los arts. 41 y 50 CE— significa que *la función indemnizatoria de las mismas —correspondiente a un razonable amparo del daño resarcible— debe tener en cuenta, a fin de aproximarse equitativamente a su cuantía, la magnitud del perjuicio que ocasiona la salida de la población activa y la pérdida de rentas de trabajo que, en lo sucesivo, dejan de obtenerse. Tal suficiencia no es la cobertura de los*

*mínimos que lindan con el umbral de la pobreza, ni su objetivo se reduce a paliar las consecuencias del salto que provoca la inmersión en ese abismo.*

El derecho a dichas prestaciones presupone la satisfacción de un interés legítimo cuya clave no estriba —pues el art. 65.1 Co. 102 OIT ya cuida de aclararlo— en el *deseo o avidez de evitar una lastimosa indigencia*, sino en el *afán de conservar unos medios de vida que, aún sin alcanzar las percepciones anteriores a la adquisición del derecho a la pensión, se les acercan razonablemente y no se alejan de ellas en la medida reveladora de una lesión extraordinaria o enorme*. Ningún sano criterio de solidaridad —entendido al modo de *sacrificio razonable* y no como arbitrio que, sin justificación bastante, deteriora el contenido esencial o núcleo invulnerable de los nuevos derechos fundamentales de naturaleza social— permite sustentar una interpretación en que ese *alegato contuso y difuso* interviene al margen del mandato o la prohibición explícita de la norma jurídica que hace falta para desencadenar tan conmovedores efectos.

Es consecuente que —dado lo insólito de la *diversidad de la práctica nacional* que la medida censurada ha introducido— deba el Consejo dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 136.3 mat. 1 y 4 VCTR. Lo cual exige —como conviene a la dificultad y envergadura de esa tarea constructiva— adoptar, por unanimidad, las normas rectoras que contengan el acervo de los principios generales garantizados por el constituyente europeo. Se trata de reglas cuya uniformidad —*inherente a la naturaleza de las cosas e integrante del acervo cultural y social del Estado de Bienestar*— ha de prevalecer sobre las acciones políticolegislativas de los Estados miembros en los aspectos capitales que atañen al régimen de adquisición y extensión económica de los derechos subjetivos a la acción protectora de la Seguridad Social. *El principio ontológico de no contradicción —expresivo de que una cosa no puede ser y dejar de ser al mismo tiempo— proscrib*e que la *suficiencia y adecuación de las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro constituyan un concepto equívoco que, en unos de los Estados miembros de la UE, sirve para designar la proximidad compensatoria de la cifra de esas prestaciones con relación a las rentas de trabajo que sus beneficiarios dejan de obtener cuando cesan en su actividad profesional, mientras que, en otros, no pasa de indicar la utilidad —ínfima y mínima— que sitúa en el umbral de acceso al mundo de la marginación social y la pobreza.*

El derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social se adquiere previo el cumplimiento de unos requisitos que incluyen la obligación legal de cotizar, inherente al carácter contributivo de las mismas.

La importancia de la cotización —que representa un esfuerzo de contribución en el curso de la vida activa— es doble, pues, de una parte, condiciona la *adquisición del derecho* y, de otra, influye en la *determinación de su extensión económica*. Ciertamente que la aportación derivada del pago de esta obligación cumple un *objetivo de solidaridad* que flexibiliza satisfactoriamente la financiación del sistema y evita su quebranto, pero, en lo tocante a la formación de las relaciones protectoras, *el ordenamiento jurídico tiene presente el cumplimiento del deber de cotizar para estimar la duración o continuidad del sacrificio —circunstancia de la que depende el reconocimiento del derecho a la prestación— y, no menos, para asignarle una cuantía dineraria suficiente y adecuada*, es decir, sensiblemente próxima y nunca aparatadamente inferior a las rentas de trabajo sustituidas por la percepción del beneficio social.

Armonizando esta perspectiva con las reflexiones anteriores, los principios generales del Derecho Social comunitario —que atribuye naturaleza fundamental a los derechos de la Seguridad Social— implicarían, amén de otros, los enunciados que siguen:

- 1) Todo eventual beneficiario de una pensión pública contributiva de jubilación y/o retiro tiene derecho a que la continuidad de su contribución económica a la financiación del sistema —expresada en las unidades de tiempo que la legislación establece— constituya un presupuesto o condición indispensable para que, mediante los oportunos actos de gestión, las Administraciones Públicas competentes reconozcan su derecho a obtener la prestación interesada.
- 2) Cualquiera de los beneficiarios tiene derecho a que el objeto de esas prestaciones periódicas consista en una suma de dinero cuya cuantía alcance el nivel propio de una protección suficiente y adecuada, y que, a dicho fin, se fije —aplicando la fórmula correspondiente— sobre bases de cotización que, reflejando el esfuerzo de contribución al cumplimiento de las cargas públicas, coincidan con los emolumentos recientemente obtenidos por el trabajador que abandona la población activa.
- 3) Las prestaciones así calculadas satisfacen el contenido esencial o núcleo invulnerable del derecho fundamental a la Seguridad Social, que legitima su reconocimiento, y no pueden sufrir disminuciones que, so pretextos arbitristas o razones de conveniencia económica, las despojen de los rasgos de suficiencia y adecuación que les son inherentes.
- 4) La suficiencia y adecuación de los expresados beneficios sociales consisten en la capacidad económica de resarcir, efectiva y

no sólo simbólicamente, el perjuicio causado por la pérdida de las rentas de trabajo, y proscriben cualquier reducción de su cuantía que degrade aparatosamente el resultado de las operaciones de cálculo.

- 5) Los derechos nacidos del reconocimiento de las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro que son entre sí compatibles, deben adquirir y conservar la extensión económica que deriva de las consideraciones anteriores, sin sufrir merma ni supresión alguna al ingresar en el patrimonio del titular común que reúne los requisitos exigidos para su atribución y disfrute.

## 7. Conclusiones consecuentes con la actitud crítica que cabe sostener

Es necesario que —a través de las correspondientes Directivas y con independencia de otros contenidos adicionales o complementarios— el Consejo ejercite, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, la competencia que el art. 137.3 mat. 1 VCTR le reserva para formular los principios de que forman parte las proposiciones que acaban de enunciarse. Tal es el sentido de la novedosa atribución que, por primera vez, sintoniza con la ambición y la esperanza de una *Europa social* comprometida con las aspiraciones de bienestar y de progreso que, tiempo atrás, puso de relieve el art. 12 CSE, al que el constituyente comunitario se remite de modo comprometido y vinculante.

No estaría de más que, por obra de una reflexión similar a la que anima estas consideraciones y al margen de simplismos economicistas, el art. 47 LGSS dejase de asignar a la Ley de Presupuestos Generales del Estado el papel —estructuralmente fuera de lugar— de fijar, sistemática e inexorablemente, límites anuales a la concurrencia y crecimiento de las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro, y redujese la hipótesis a la de las situaciones excepcionales que lo justifiquen convincentemente. *No menos obligado sería que el legislador presupuestario —con la vista puesta en las admoniciones de los arts. 136 I y II, y 137.3 mat. 1 VCTR— tomase buena cuenta y razón de la singularidad representada por la elevación de los derechos sociales a la categoría de derechos fundamentales en el ámbito europeo, y reaccionase de acuerdo con el dato de que los mismos pasan a ser también derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español, pues el principio de primacía del Derecho comunitario no admite que un Estado miembro adjudique a sus derechos constitucionales calidad y consideración inferiores a las que, como en el*

*caso que se trae a capítulo, les defiere el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.*

Las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro se erigen en el objeto de una relación protectora conexas con el reconocimiento del derecho a la Seguridad Social como derecho fundamental. *Ni siquiera es dable apelar a la reserva de ley orgánica —constante en el art. 53.2 CE— para regular esos aspectos, pues el art. 136.3 mat. 1 y 4 VCTR impone una reserva de Directivas del Consejo que, absteniéndose de cuantas iniciativas atenten contra esta grave y severa restricción, los Estados miembros deben acatar sin condiciones.* Nadie que comulgue y se sienta poseído del *espíritu crítico*, tendrá la peregrina ocurrencia de opinar, en defensa de una postura insostenible, que unos son los derechos fundamentales de condición comunitaria y otros los reconocidos por cada uno de los constituyentes nacionales. Este *oficio de prestidigitación* —poco sensato— asignaría al adjetivo *fundamental* una equívocidad vedada por el *principio ontológico de no contradicción* y, sobre todo, por la voluntad del constituyente europeo, que intencionalmente se adueña de un concepto que el pensamiento yusnaturalista del siglo xvii había inventado para augurar la suerte del moderno Derecho Constitucional.

El derecho a la Seguridad Social ha sido promovido a la categoría de derecho fundamental —con todas las connotaciones que esta calificación apareja— y, a causa de ello, *queda fuera de duda la incompetencia del legislador ordinario —que debe abstenerse en lo sucesivo de utilizar un cauce semejante— para servirse del procedimiento del art. 134.3 a 5 CE, con el fin de mantener los límites anuales al crecimiento y concurrencia de las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro.*

El Derecho fundamental a la efectiva tutela judicial no deja de intervenir en este aspecto. Las pretensiones dirigidas a invocar la protección del nuevo derecho fundamental a la Seguridad Social han de inspirarse únicamente en el imperio de la ley, como subraya el art. 117.1 CE, y la satisfacción de sus intereses legítimos no puede depender de acuerdos políticos que dan la impresión de estarse transigiendo, con benévola indulgencia, sobre bienes y valores que el ordenamiento jurídico declara indisponibles. *La generalidad e indivisibilidad con que las Directivas del Consejo deben disciplinar ese aspecto del Derecho Social comunitario, desautorizan las prácticas nacionales viciadas y obligan a reconstituir, por unanimidad, los principios básicos correspondientes.* No puede perpetuarse la impresión de que, en lugar de asumir y ejercitar con energía la condición de titular de sus derechos, el ciudadano —que, hace tiempo, dejó de ser súbdito— comulga con pre-

juicios y conminaciones que, quiérase o no, le sumen en las reacciones y vivencias del *síndrome de Estocolmo*.

También se suscitan las *cuestiones notables* que se refieren a la intervención de los jueces ordinarios en el tratamiento del problema que origina la tasa de esas prestaciones públicas. No está de más reparar en alguna de ellas.

Los perceptores de las pensiones públicas contributivas de jubilación y/o retiro castigados por semejantes límites o privados de su percepción, a causa de la concurrencia de otro beneficio social compatible, tienen acción para exigir, ante los órganos del orden social de la jurisdicción, el pago íntegro de unas prestaciones a las que ya no afectan dichas restricciones. *Sucede así, porque las Leyes de Presupuestos Generales del Estado no pueden regular de futuro aspectos relativos al contenido esencial o núcleo invulnerable del nuevo derecho fundamental a la Seguridad Social, que el art. 137.3 mat. 1 y 4 VCTR somete a la reserva de las normas de Derecho derivado consistentes en las Directivas que deben emanar del Consejo*. De ahí, que, como se ha dicho, ni aun la reserva de ley orgánica baste para ocuparse de esa regulación con arreglo a Derecho.

Cabe asimismo preguntarse si, con motivo de dichas pretensiones, procede plantear, al amparo del art. 234 *a* VCTR, una cuestión prejudicial que tenga por objeto obtener la respuesta de la jurisdicción comunitaria a la siguiente duda. *¿Deben los legisladores ordinarios de los Estados miembros —en vista de la reserva de Directiva que establece el art. 137.3 mat. 1 y 4 VCTR— abstenerse de adoptar —en el ámbito de la Seguridad Social que, según esa reserva, requiere decisiones tomadas por unanimidad— criterios nacionales o particularistas acerca de los aspectos estructurales o condiciones básicas que atañen al concepto inequívoco de suficiencia y adecuación de las prestaciones sociales, a la obligada fijación de su cuantía en dependencia de las bases de cotización, a la reducción aparatosa o desproporcionada del resultado del cálculo que así debe efectuarse, al influjo de las motivaciones económicas en la degradación de dichos beneficios y a la privación, sin indemnización alguna, de derechos legítimamente adquiridos por sus perceptores?*

El derecho fundamental —que garantiza el art. 20.1 *d* CE— a *obtener y comunicar información veraz por cualquier medio*, obliga a poner en conocimiento de quienes tienen la condición de interesados, su *cualidad de titulares del derecho también fundamental —de estirpe e innovación comunitaria— a la acción protectora de la Seguridad Social*. Su inalienabilidad y fortaleza exigen que —con la dificultad e imaginación que ello apareja— las soluciones económicas se piensen

concienzadamente y se construyan en pro de su efectividad, y no se utilicen ni pretexten para erosionar su contenido esencial o núcleo invulnerable. *Tanto en el aspecto examinado como en otros que pertenecen a la naturaleza y estructura del derecho fundamental así reconocido, los Estados miembros han de estar —diríase que religiosamente— al futuro Derecho común que, a propuesta de la Comisión y tras las preceptivas consultas, elabore el Consejo. Ningún derecho fundamental debe seguir expuesto al azar de las conveniencias domésticas o de los eventuales consensos de fuerzas políticas que no pueden sustituir la competencia de los órganos comunitarios ni contrariar las normas jurídicas que, en este caso, van a producirse, por unanimidad, en el ámbito de la Seguridad Social.*

No huelga insistir sobre lo decisivo del papel que —lo mismo en el tema analizado que en otros muchos afectados por el *laxismo del discurso político*— desempeña la acción de los jueces ordinarios nacionales, jueces, en definitiva, del ámbito comunitario. Comprometidos —todos ellos— en la *tarea de poner a punto* el sector del Derecho objetivo que, fuera de arbitrios y desorientaciones, reclama la *contribución rigurosa del saber jurídico* para proteger los nuevos derechos fundamentales emergentes y reconocidos en el espacio social europeo.





## SOCIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS\*

Manuel María Zorrilla Ruiz  
Catedrático de la Universidad de Deusto

La DUDH se presentaba, a la luz del sugestivo mensaje de su Pr., como el novedoso instrumento que, a la vez, pretendía restaurar la sanidad moral y política de los cuerpos sociales, y reparar los daños causados por el *experimento autoritario* en los reductos más sensibles de los ámbitos de la comunidad internacional que sufrieron las correspondientes agresiones. De ahí el propósito de expulsar —exorcizándolos— a los *agentes demoníacos* que encarnaban la doble amenaza del *temor* y la *miseria*. El impacto —propio del primero— de la *intimidación autoritaria* y el *miedo a la libertad* había pulverizado las adquisiciones esenciales de la dignidad individual y entregado los derechos inviolables, que le eran inherentes, a la suerte de las depredaciones más penosas, amén de que —*escribiendo derecho con renglones torcidos*— la denuncia profética del Pr. parecía intuir y augurar los destinos de las comunidades que, allende los lindes fijados por el *telón de acero*, se enfrentaban a una cautividad de signo catastrófico y duración indefinida. El otro de los males vitandos comprendía las variantes de la *miseria moral*, enemiga de la nobleza de las iniciativas libres y distinguida por lo virulento de sus capacidades de agresión, la *miseria intelectual* —hostil a los retos de la verdad liberadora— y la *miseria material*, insuperable obstáculo para entrar en posesión de cualesquiera libertades.

Las armas con que el *yushumanismo* cuenta para combatir esa amenaza y disipar el desasosiego que causa, son la *fuerza moral* de la recta razón, y el testimonio del Derecho, de cuyo auxilio se dispone para ven-

---

\* Texto actualizado de la intervención en la *Jornada conmemorativa del 50 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, que, bajo el rótulo *Recreación y progreso de las libertades*, ha organizado en Bilbao, el 2 de diciembre de 1998, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

cer las tentaciones —conexas con el viejo *derecho de resistencia* popular frente a los excesos del poder injusto— de apelar al último remedio de la rebelión contra los opresores y tiranos. Los derechos a la sazón reconocidos por la conciencia colectiva e impresos en el texto de la DUDH, revivieron la lucidez del que antaño había merecido el nombre de *espíritu del siglo*, fueron fieles, sin condiciones ni reservas, a los mandados de los *nuevos signos de los tiempos*, demostraron el retorno incesante de las *verdades del orden natural* y, así las cosas, pusieron al día el acervo dogmático de las adquisiciones que, en su momento, habían hecho suyos y canonizado los *textos sagrados* del Estado de Derecho liberal burgués.

Ahora bien, los méritos de semejante reconocimiento no se redujeron a una imaginativa recreación de las especies de libertad individual y de las formas de acompañamiento que convienen a los cauces del progreso por las que aquélla debe discurrir. El panorama constitutivamente histórico de la *razón práctica* incluye los inusitados horizontes a que el art. 22 DUDH se asoma cuando, tras destacar el papel de la persona humana en el seno de la sociedad, descubre y desentraña un concepto inédito hasta entonces. A saber, el del *derecho a la seguridad social* que resulta de asignar a la sociedad una composición pluralista que supera su *perspectiva atomizada* —como adición inorgánica de personas físicas— y advierte de su integración por *grupos intermedios*, condicionantes y responsables de su fortaleza, a cada uno de los cuales puede pertenecer el individuo por títulos distintos de preferencia o adscripción.

Este *derecho a la seguridad social* —que pone a prueba la sensibilidad cooperativa del *Estado-ordenamiento* frente a las aspiraciones del *Estado-comunidad*— comprende el novísimo elenco de los *derechos económicos, sociales y culturales* que, seis lustros más tarde, serán solemnemente proclamados por el Pacto Internacional que lleva su nombre. Sucede así, porque, como el citado Pr. recuerda, los pueblos de las modernas sociedades *han emprendido la tarea de dar vida y forma a un concepto de la libertad más amplio de lo que su noción supuso en el pasado*, y, seducidos por esta perspectiva, se declaran resueltos a fomentar el progreso social y la elevación del nivel de vida de los individuos y los grupos en que, de acuerdo con la moderna traza de la sociedad, se integran las personas físicas.

Aunque, como conviene a la naturaleza de los originales derechos y libertades que entonces se reciben, el ritmo de su perfección y solidez definitiva depende de los *recursos limitados de las comunidades respectivas* y de los *complementos solidarios de la comunidad internacional*, la *ambición creativa* se empeña, contra viento y marea, en multi-

plicar su expansión, y el *propósito de irregresividad* se esmera en adecuarlos rigurosamente a la consigna —...*siempre más, nunca bastante...*— que los reformadores sociales de su tiempo habían formulado al realzar las excelencias de su conjunto de valores.

De ello se sigue que, para colmar esas demandas y nunca defraudarlas, el art. 28 DUDH instrumenta el *derecho social* de todas las personas a un *orden social* —que distribuya justa y solidariamente los bienes accesibles a cuantos forman parte de las comunidades— y a un *orden político* capaz de procurar los mecanismos e ingredientes de tutela que sólo el Estado de Derecho puede garantizar. Si, a su vez, el art. 29.1 DUDH acentúa las interacciones entre el *sujeto individual* —que espera y obtiene de la comunidad cuanto hace falta para el pleno y libre desarrollo de su personalidad— y la *comunidad*, que facilita a la persona el conjunto de oportunidades y medios que se dirigen a ese fin, queda fuera de duda que se apuesta, con toda energía, por el arraigo y la prosperidad del Estado social de Derecho, intuido en las predicciones que así se exteriorizan.

Poco antes de estas iniciativas, el art. 3 II CI había injertado en el marco de la cultura jurídica occidental —calcado sobre la tradición judeocristiana— una atractiva tesis que, sorprendentemente importada del pensamiento jurídico soviético y exenta de sus heterodoxias, conceptuaba el Derecho, más que como instrumento pacificador de los conflictos de intereses, como palanca o *resorte utilizable para transformar la sociedad*. El art. 9.2 CE pretenderá ser —mucho después y guardadas, en todo caso, las distancias— el diminutivo o la reproducción de la ambiciosa *síntesis de inquietud y esperanza* que ha caracterizado siempre a las expresiones del progresismo saludable.

La idea de la *socialización de los derechos humanos* presupone que las personas físicas, reunidas en los grupos sociales, están en su interior y no en otro lugar, porque oportunamente compartieron la conciencia de unas necesidades comunes, hicieron el inventario exhaustivo de su totalidad, adquirieron el cuanto de solidaridad precisa para decidir acerca de su defensa y salvamento, y, con vistas a su cumplido servicio, organizaron sabiamente los medios personales y reales de que disponían. La protección de esas necesidades viene a ser consecuencia del *nuevo concepto de libertad* que se señala por la *realidad de su atribución* y la *efectividad de su ejercicio*. *Libertad real*, por contraposición a libertad distante o añorada, quiere decir tanto como posibilidad de despliegue y culminación de los proyectos convenientes al crecimiento de cada derecho social, usando de la *autorregulación* en un campo expansivo donde, lejos de cundir la hostilidad y la desolación, prevalecen las tentativas de probar que *se acierta a ser libre en todas direcciones*. La

*libertad efectiva* existe cuando su actuación no sólo es ventajosa para la causa del interés de las personas que tienen a bien ejercitarla y apropiarse de los resultados de su goce, sino que le acompaña un *ingrediente de verdad* que muda las conductas de quienes reaccionan ante su virtud edificante, y que sustituye el egoísmo y la ignorancia por la inclinación al bien y a la sabiduría, y que, a la larga, logra transformar la sociedad en cuyo interior se vive esta aventura.

Experiencia a que invita también la llamada *cláusula transformadora y social* del art. 9.2 CE, valiosa adquisición del Estado social y democrático de Derecho que erige el art. 1.1 CE, pero más tenue y descomprometida que su matriz del art. 3 II CI, ya que no forma parte del reconocimiento del derecho cuasi fundamental a la igualdad, aunque, como animadora del régimen de los derechos económicos, sociales y culturales, da lugar a derivaciones muy notables.

Es de resaltar el enfoque dado por el constituyente al *tratamiento socializador de los derechos humanos*, pues —aunque el art. 42 CE haya aludido significativamente y de pasada, al fenómeno de los *derechos económicos y sociales* reconocidos allende las fronteras— el *prudencialismo económico* y el *principio de limitación y asignación preferente de recursos* determinan que sólo algunos de ellos— como es el caso, plasmado en el art. 28.1 CE, de la libertad sindical y de su *elevación a la segunda potencia* por obra del derecho de huelga —reciban el trato de derechos fundamentales y gocen de la máxima intensidad de tutela, mientras que el grueso de sus adquisiciones se mantiene bajo la rúbrica— a saber, *De los principios rectores de la política social y económica*— a la que el cap. 3.º, tít. I CE asocia esos contenidos de progreso.

Principios de los que se predicán unas cuantas e interesantes reflexiones.

Pese a lo inequívoco de su nominación y al carácter programático o escuetamente directivo de las consignas cursadas por el legislador fundamental al legislador ordinario, algunos de ellos parecen desbordar su condición de tales principios y, a juzgar por el tipo o imagen rectora de su definición, *constituyen todo un reconocimiento de derechos*. Sorprende, así las cosas, que los arts. 43.1, 44.1, 45.1 y 47 CE, superando el marco de la rotulación que les encabeza, *hagan mención de los derechos a la protección de la salud, a la cultura, al disfrute del medio ambiente y a la vivienda*. Cabe cuestionar si estos derechos —cuya atribución no tiene por qué suponer, sin más y necesariamente, una *ligereza semántica*— siguen afectados por la restricción del art. 53.3 CE —que les confiere naturaleza orientadora o programática— o si, ante la constancia de su reconocimiento, les corresponde correr una suerte distinta y acaso más robustecida o favorecedora de sus objetivos sociales.

La denominación de *principios rectores de la política social y económica* se presta a la *ductilidad interpretativa* que, como clave del entendimiento de las normas constitucionales, sugiere y admite el valor superior del *pluralismo político* en el art. 1.1 CE. El enunciado del cap. 3.º, tít. I CE trasluce desde una primera perspectiva, la pretensión político-legislativa de agotar el *esfuerzo de transformación* que, atendiendo las exigencias de cada círculo de intereses generales, colme las necesidades de los grupos sociales que más urgentemente están reclamando esa terapia. He ahí la razón de ser de una demanda semejante y de la promesa de su satisfacción inminente.

Aquel rótulo puede significar también que los principios se refieren a una *política unitaria e indivisiblemente social y económica*, pues la calidad y el rango de los valores protegibles reclaman que, además de la voluntad y tecnificación óptimas de los poderes públicos para realizarlos, se disponga de una financiación cuya suficiencia lo permita. La indivisibilidad quiere decir que, si el constituyente obliga a realizar sin tardanza los principios que sienta y a plasmarlos en normas positivas, *el éxito de su tarea no puede supeditarse a ninguna clase de condicionamientos económicos que irrazonablemente la entorpezcan*. Muy al contrario, hay que aplicar, sin evasivas ni restricciones injustificadas, los recursos económicos a la transformación de esos principios en las normas generales y obligatorias que dimanen de las correspondientes decisiones del legislador ordinario.

Una influyente reflexión proviene del art. 5.1 LOPJ, que, a primera vista, rectifica la limitación con que el art. 53.3 CE declara el *carácter programático* de los principios rectores de la política social y económica, pues, al proclamarse el *alcance vinculante* de todas las normas constitucionales, parece abocarse a la eficacia preceptiva directa de tales principios. Novedad que —si, de entrada, sorprende e incluso apunta una objeción de inconstitucionalidad— cobra, en definitiva, un sentido divergente, porque asigna a la jurisdicción una de las variantes de *acción transformadora* que, como poder público, le incumben por imperio del art. 9.2 CE. Cuando el legislador —llamado a desarrollar los principios rectores de la política social y económica— no ha cumplido su encargo al cabo del tiempo que era dable esperar y exigir, la inconstitucionalidad por omisión o constitución en *mora legislativa* —que no admite el remedio de pretensión alguna directamente encaminada a corregirla— cuenta, no obstante, con una sanción proporcionada. Es ella el deber judicial de aplicar de inmediato los principios no desenvueltos legislativamente, a imagen de la similar necesidad de hacerlo con las normas de Derecho Comunitario, fundamental o derivado, que los legisladores de los Estados miembros se abstienen de acomodar y traspo-

ner. No pueden perpetuarse las situaciones discriminatorias nacidas de que los grupos sociales —acreedores al beneficio de la prestación legislativa que se les deniega— queden privados de las normas de Derecho objetivo a que, a través de las debidas acciones del legislador, tienen acceso aquellas otras comunidades e individuos cuyos intereses sí que logran una tutela idónea y tempestiva.

Es claro, en suma, que el anuncio del art. 22 DUDH —en pro de que el nuevo *derecho colectivo a la seguridad social* abarque los derechos económicos, sociales y culturales— abre paso al ímpetu del *proceso de socialización de los derechos humanos*. Ciertamente que los arts. 6 y sigs. PIDESC —preconstitucionalmente incorporados al Derecho interno por vía del art. 1.5 Cc.— quedan afectados, en alguna medida, por la reposición que, bajo el rótulo *De los principios rectores de la política social y económica*, hace de ellos el cap. 3.º, tít. I CE. Todo lo cual demuestra la generosidad con que el legislador constituyente dispone ese aspecto de sus propósitos de cambio de la sociedad pluralista, la diligencia de que el legislador ordinario debe usar al ocuparse de su esperado desarrollo y, por fin, la necesidad de que, llegado el caso, los jueces ordinarios doten a esos principios de la eficacia preceptiva directa que convierte al poder judicial en cuasilegisador o agente inmediato de la *actividad transformadora* que, en la peripecia de inconstitucionalidad omisiva, se espera de su contribución.

Ahora bien, es inaplazable el contraste de las anteriores reflexiones con la tesis —ciertamente novísima— de la *emergencia y el reconocimiento de los nuevos derechos fundamentales en el espacio social europeo*, cuya base está explícita en el art. TA, y el cons. 4 Pr. VCTR y el art. 136 I y III VCTR. De ello puede seguirse un espectacular replanteamiento de cuantos problemas están relacionados con esa sugestiva *mejora de naturaleza* y con la consiguiente calificación que se ha estrenado.

### Abreviaturas y siglas

art.	artículo.
cap.	capítulo.
C.c.	Código Civil español de 24.7.(8)89.
CE	Constitución española de 27.12.78.
CI	Constitución italiana de 27.12.47.
cons.	considerando.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos de 10.12.48.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial de 1.7.85.

- PIDESC Pacto Internacional de Derechos Sociales Económicos y Culturales, adoptado el 16.12.66 y ratificado por España el 13.4.77.
- Pr. Preámbulo.
- TA Tratado de Amsterdam de 2.10.97.
- VCTR Versión consolidada del Tratado de Roma de 25.3.57, modificada por el TA.





# LA REGULACION DE LA FALSIFICACION DE LOS DOCUMENTOS EN EL DERECHO ROMANO Y EN LA LEY DE LOS VISIGODOS

Olga Marlasca Martínez

## 1. Introducción

Al parecer, la más antigua regulación de la falsedad de documentos tiene relación con la llamada *Lex Cornelia testamentaria nummaria*, cuyo texto no nos es conocido de forma directa, sino por referencias posteriores, esto es a través de otros textos legales, que bien pueden ser exactos, o bien pueden haber sufrido interpolaciones<sup>1</sup>.

A la regulación de la falsedad documental se llega a través de la evolución experimentada a partir de un supuesto concreto, esto es, el de falsedad testamentaria. Esta circunstancia exige que el estudio de esta temática deba comenzar refiriéndonos a aquel punto de partida y a la ley que lo regula<sup>2</sup>. Sin embargo, hay que decir que, antes de la citada ley, la falsedad testamentaria debió de ser también objeto de sanción, aunque por una vía distinta. No regulada por ninguna ley especial, sólo podía ser perseguida, como apunta Mommsen<sup>3</sup>, por uno de estos dos medios: invocando el vago concepto de los delitos contra el Estado o bien aplicándole por interpretación extensiva alguna de las leyes especiales publicadas para otro tipo de actuaciones.

---

<sup>1</sup> Cf. ALEJANDRE GARCÍA, «Estudio histórico del delito de falsedad documental». *AHDE*, 42 (1972), 126.

<sup>2</sup> La romanística le ha prestado escasa dedicación; no obstante, podemos referirnos a algunos estudios que tratan directamente esta materia, entre otros: ARCHI, «Problemi in tema di falso nel diritto romano», en *Scritti di diritto romano*, vol. III (Milano, 1981), 1487-1587; D'ORS, A., «Contribuciones a la historia del *Crimen falsi*», en *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II (Milano, 1971), 537-558; ALEJANDRE GARCÍA, J.A., «Estudio histórico del delito de falsedad documental», 117-187, dedica el autor citado un apartado al sistema romano visigodo de la regulación de la falsedad documental.

<sup>3</sup> MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*. Trad. del alemán por P. Dorado (Bogotá, 1976), 420.

Por otra parte, también se ha de destacar que la *Lex Cornelia* primitiva sancionaba la falsedad del testamento, tal vez por las razones que más adelante tendremos ocasión de explicitar. A partir de este supuesto concreto del tratamiento legal de la falsedad testamentaria, la regulación se extiende a otros supuestos en los términos que veremos en los siguientes apartados. Como consecuencia de esta generalización se deduce que el testamento deja de ser el núcleo fundamental de la falsedad para diluirse o subsumirse bajo el régimen jurídico-penal general de la falsedad documental. Puede dar la impresión de una falta de unidad en el tipo delictivo, pues los supuestos que subentran en el *falsum*<sup>4</sup> parecen muy dispares aunque el examen de ese cuadro variado con un criterio histórico permite entrever la lógica interna de tal desarrollo<sup>5</sup>.

En las presentes líneas nos vamos a referir, en primer lugar, a una serie de disposiciones del derecho romano que regulan la materia objeto de estudio, esto es, disposiciones contenidas en las Sentencias de Paulo<sup>6</sup>, así como en la *Collatio Legum*<sup>7</sup>. También determinados textos del Digesto de Justiniano y constituciones del Código del citado emperador tienen relación con la materia aquí tratada. Pero, además, van a ser objeto de nuestra atención las disposiciones acerca de la falsedad documental en la legislación visigoda, básicamente determinadas disposiciones contenidas en la *Lex Visigothorum* 7,5, *títulus: de falsariis scripturarum*; al final de cada disposición de la LV se incluye la versión de la misma contenida en el Fuero Juzgo<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Un punto que tradicionalmente ha planteado la doctrina, es la concurrencia entre el *falsum* y el *stellionatus*, vid. MENTXAKA, R., «*Stellionatus*» en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, Vol. XXX, (1988), 334. La autora después de realizar el análisis de los textos que tienen relación con el estelionato, establece que «en ningún momento se expone un supuesto de hecho en el que los juristas debatan sobre si el caso planteado puede ser calificado de falso o de estelionato». Es cierto que algunos textos del Digesto y del Código de Justiniano (D. 48.10.21; D. 48,10,28 y C. 9,22,15) presentan ciertas actividades fraudulentas realizadas por el deudor, por ejemplo, la doble venta de un mismo objeto a dos compradores o la mentira de un deudor sobre la fecha de una hipoteca, estos casos podían ser calificados como *crimen falsi*. Ello plantea el problema, sigue diciendo la autora citada, de determinar si ciertos supuestos podían dar lugar a una concurrencia entre el *falsum* y el estelionato, *Ibidem*.

<sup>5</sup> Cf D'ORS, «Contribuciones a la historia del *crimen falsi*», *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II (Milano, 1971), 544.

<sup>6</sup> *Las Pauli Sententiae* son citadas en la edición propuesta en *Fontes Iuris Romani Anteiustiniani*, FIRA. Vol. I, *Leges*. ed. S. Riccobono (1941, nueva ed. 1968); II *Auctores*, de I. BAVIER e I. FURLANI (1940, nueva ed. 1964), III *Negotia*, de V. ARANGIO RUIZ (1943, nueva ed. con apéndice, Florentiae, 1968).

<sup>7</sup> Se trata de un texto legal, obra de un autor anónimo que, como es sabido, compara textos mosaicos y textos de juristas romanos. Edición FIRA.

<sup>8</sup> La compilación legislativa promulgada por Recesvinto y cuya fecha de promulgación se suele colocar en el año 654 se la conoce por los diferentes nombres de *Lex Visigo-*

## 2. Regulación romana

### 2.1. Consideraciones generales

En primer lugar se ha de decir que en el ámbito del antiguo derecho penal la *Lex Cornelia testamentaria nummaria*, sobre los testamentos y las monedas (citada *supra*), dada por Sila, se dirigía contra una serie de actos relacionados con las falsedades. La jurisprudencia de los tiempos posteriores agrupó bajo la palabra *falsum*, en el lenguaje moderno, falsificación, una serie de hechos delictuosos sancionados por la citada ley y por las sucesivas ampliaciones que se hicieron más adelante de la misma. Hay que tener en cuenta que disposiciones de carácter general en relación con ello no se promulgaron antes de Sila. Por otra parte, «parece que no es posible formar un concepto único del delito, aplicable a todos los hechos comprendidos en la ley y en las aplicaciones que se hicieron de la misma; de suerte que la falsificación no es en el derecho romano una idea unitaria más que desde el punto de vista del procedimiento y para los efectos procesales»<sup>9</sup>.

### 2.2. Regulación primitiva: la *Lex Cornelia testamentaria, nummaria*

La citada ley se denominaba así por referirse a la falsificación de testamentos y monedas, *testamentaria nummaria*. Las fuentes la designan en otras ocasiones, *Lex Cornelia de testamentis* y *Lex Cornelia de falsis*, aunque esta última designación correspondería a una época posterior.

Con relación a la fecha de la citada ley, en la actualidad parece aceptarse el año 81 a.C., con lo que resultaría coetánea de otra ley Cornelia contra sicarios y envenenadores<sup>10</sup>.

Por lo que se refiere a la cuestión de la sucesión en el contexto romano, inicialmente la forma más frecuente era generalmente *ab intestato*, o bien en el caso de sucesión testada, el testamento tenía lugar en presencia del pueblo, era el llamado testamento *calatis comitiis*, o tenía lugar bajo la fórmula *per aes et libram*; además, otra forma de testamento era el realizado por el soldado ante el ejército en armas, esto es,

---

*thorum, Liber Iudiciorum o Liber Iudicum*; debe destacarse, además, que la citada compilación se traduce al castellano en el Siglo XIII con el nombre de Fuero Juzgo. Fuero Juzgo, en *Códigos Antiguos de España*, ed. M. MARTÍNEZ ALCUBILLA (Madrid, 1885).

<sup>9</sup> MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*, 418. Sobre el particular, ver D'ORS, «Contribuciones a la historia del crimen falsi», *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II (Milano, 1971), 544, se refiere a la falta de unidad en el tipo delictivo de la falsedad. ALEJANDRE GARCÍA, «Estudio histórico del delito de falsedad documental», *AHDE*, 42 (1972), 126 ss.

<sup>10</sup> *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, *vid.* PS 5,23; D. 48,8; C. 9, 16.

el testamento *in procintu*. En todos estos casos citados el testamento no era fácilmente falsificable. Más adelante, surgen nuevas formas de testar, entre ellas el testamento escrito, y por tanto mucho más fácil de falsificación<sup>11</sup>. Es esta la nueva situación en la que tiene lugar la publicación de la *Lex Cornelia* sobre falsificaciones.

Concretamente se refiere Mommsen a las causas probables que dieron motivo a la regulación de las falsificaciones en el derecho romano. Es de presumir, según el citado autor<sup>12</sup>, que la ley dada por Sila contra los sicarios y los envenenadores fuese provocada por la frecuencia con que se cometían tales delitos en aquellos agitados y desenfrenados tiempos, y es también probable que las mismas causas determinasen la publicación de la *Lex Cornelia testamentaria nummaria*, que solía denominarse *lex Cornelia testamentaria* y después se llamó *Lex Cornelia de falsis*. Hay que tener en cuenta que mediante la citada ley quedaron sometidos a un procedimiento fijo y a penas legales una serie de acciones que hasta la fecha de la misma no podían ser perseguidas sino, en todo caso, invocando medios indirectos<sup>13</sup>.

Así pues, la *Lex Cornelia testamentaria nummaria* se refería a la falsificación de testamentos y monedas, *testamentaria nummaria*, pero acabó por llamarse *de falsis*, por el amplio campo de aplicación que llegó a alcanzar<sup>14</sup>.

### 2.2.1. Tipos delictivos que establece la ley

En cuanto a los tipos delictivos la citada ley había previsto, en primer lugar, distintos tipos de falsedad en relación con los testamentos, así el texto de Paulo de los Comentarios a Sabino, libro III, en D.48,10,2, establece lo siguiente: *qui testamentum amoverit, celaverit, eripuerit, deleverit, interleverit, subiecerit, resignaverit, quive testamentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit dolo malo cuiusve dolo malo id factum erit, legis Corneliae poena damnatur*. Como se acaba de ver, distinguía la ley una serie de actos, concretamente, hacer (*scribere*) o sellar (*signare*)<sup>15</sup> un testamento falso o hacer uso judicial del mismo (*recitare*). También se

<sup>11</sup> ALEJANDRE, «Estudio histórico ...», 129.

<sup>12</sup> MOMMSEN, *Derecho penal romano*, 420.

<sup>13</sup> Sobre el particular, cf. la nota 3.

<sup>14</sup> D'ORS, «Contribuciones ... », 544. También se refiere el autor citado a los lugares donde aparece la designación, *testamentaria nummaria*, 544, nota 52.

<sup>15</sup> Los tres verbos aparecen en D.47,11,6, 1, donde se establece: *Onerant annonam etiam staterae adulterinae, de quibus Divus Traianus Edictum poposuit, quo Edicto poenam legis Corneliae in eos statuit, perindae ac si lege testamentaria, quod testamentum falsum scripsisset, signasset, recitasset damnatus esset*.

refiere el citado texto a otros actos dolosos relativos a un testamento auténtico, así, sustraerlo (*amovere*), ocultarlo (*celare*), robarlo (*eripere*), destruirlo (*delere*) y alterar su escritura (*interlinere*), cambiarlo por otro (*subicere*) o abrirlo indebidamente (*resignare*). En parecidos términos, una serie de actos delictivos son penados por la ley Cornelia en las *Pauli Sententiae* 4,7,1, donde se establece concretamente lo siguiente: *qui testamentum falsum scripserit, recitauerit, subiecerit, signauerit, suppresserit, amouerit, resignauerit, deleuerit, poena legis Corneliae de falsis tenebitur*. Asimismo, en PS 5,25,1, castigaba la ley la falsificación de sellos en general (*signum adulterinum*) distinguiendo por una parte, el esculpir su cuño (*sculpere*), hacerlo (*facere*)<sup>16</sup> y extraer el sello del cuño (*exprimere*).

Otro tipo de acto delictivo lo tenemos en PS 5,25,7<sup>17</sup> donde se alude a la manipulación fraudulenta en un testamento auténtico, en este caso, perteneciente a una persona viva, en los siguientes términos: *qui uiui testamentum aperuerit recitauerit resignauerit poena legis Corneliae tenetur*.

Por otra parte, hemos de decir que el citado texto de las PS 5,25,1<sup>18</sup> hace referencia asimismo a distintos tipos de actos relacionados con las monedas, así como la suposición falsa de parto<sup>19</sup>, que no son objeto de estudio en las presentes líneas. La asociación en una misma ley de la falsificación de testamentos, de sellos y de monedas es muy explicable: el elemento común era el abuso del *signum*<sup>20</sup>.

### 2.2.2. Aplicación extensiva de la *Lex Cornelia* por medio de senadoconsultos

La expansión de la ley a nuevos supuestos se realiza mediante la aplicación de la *poena legis Corneliae* que hicieron algunos senadoconsultos<sup>21</sup> y que tienen relación con una progresiva ampliación del *falsum*. Así, concretamente el SC Liboniano del año 16 d. C., tuvo más importancia

<sup>16</sup> Ver D. 48,10,30 pr.: *Lege Cornelia testamentaria obligatur, qui signum adulterinum fecerit, sculpsert.*

<sup>17</sup> PS 5,25,7: *Qui uiui testamentum aperuerit recitauerit resignauerit, poena legis Corneliae tenetur; et plerumque aut humiliores in metallum dantur aut honestiores in insulam deportantur.*

<sup>18</sup> PS 5,25,1,1<sup>a</sup>. *Qui falsam monetam percusserint, si id totum formare noluerant, suffragio iustae paenitentiae absoluuntur.*

<sup>19</sup> PS 5,25,1,1b. *Accusatio suppositi partus nulla temporis praescriptione depellitur, nec interest, decesserit nec ne ea quae partum subdidisse contenditur.*

<sup>20</sup> Cf. D'ORS, «Contribuciones a la historia del *crimen falsi*», 546.

<sup>21</sup> Se trata de los senadoconsultos Liboniano, Mesaliano y Geminiano, sobre los cuales realizó D'ORS un cotejo textual que expuso en una sesión del «Círculo Toscano» de Florencia. Posteriormente el citado autor, se refiere de nuevo a los tres senadoconsultos mencionados, en el artículo «Contribuciones a la historia del *crimen falsi*», 527 ss.

para toda la materia documental que los otros senadoconsultos<sup>22</sup> (SC Mesaliano y Geminiano) también relativos al *falsum* y por esto Paulo le dedicó un tratamiento que pudo ser editado como monografía independiente<sup>23</sup>. Una referencia expresa al mismo (al SC Liboniano) la tenemos en el Digesto de Justiniano, donde precisamente la rúbrica de D.48,10, reza en los siguientes términos: *De lege Cornelia de falsis et de senatusconsulto Liboniano*. El citado senadoconsulto añade a los supuestos punibles anteriores, el consistente en la atribución a sí mismo por el escriba de un legado en provecho propio, y de esta forma tenemos que en C.9,23,3<sup>24</sup> se imponía la pena de la ley Cornelia como falsario, al *scriptor* de un testamento que se otorgaba en él una institución como heredero o legatario; además, no se exceptuaba para estos casos el testamento militar, según se establece en D.48,10,1,7<sup>25</sup>.

Parece lo más probable que este senadoconsulto, que amplía la aplicación de la *Lex Cornelia testamentaria*, es el mismo al que se refiere Ulpiano en el texto legal *Collatio Legum* 8,7<sup>26</sup>. El romanista D'Ors<sup>27</sup> extiende más esta identificación, concretamente al texto contenido en PS 5,25,6.

<sup>22</sup> El sc. Mesaliano sometía a la pena de la ley Cornelia a los que cobraban, pactaban o se asociaban para complicar en los procesos a personas inocentes. Por otra parte, el sc. Geminiano sometió a la misma pena a los que cobraban por citar, no citar o despedir a un testigo ya citado, así como a los testigos que cobraban por declarar o no su testimonio: se penaba la venalidad, independientemente de la fasedad.

<sup>23</sup> Cf. D'ORS, «Contribuciones...», 533.

<sup>24</sup> El rescripto del emperador Alejandro en C.9,23,3, establece lo siguiente: *Senatusconsulto et edicto divi Claudii prohibitum est, eso qui ad scribenda testamenta adhibentur, quamvis dictante testatore, aliquid emolumentum ipsis futurum scribere. Et poena legis Corneliae facienti irrogata est, cuius veniam deprecantibus ob ignorantiam, et profitentibus a relicto disceder, amplissimus ordo vel divi principes veniam raro dederant*. Las disposiciones testamentarias a favor del escriba se tenían por no escritas, cf. D.34,8,1. También en D.27,2,29 se establece que por disposición del senadoconsulto Liboniano no será tutor el que a sí mismo se escribió en un testamento tutor de un pupilo.

<sup>25</sup> D. 48,10,1,7, donde se dispone lo siguiente: *Ad testamenta militum Senatusconsultum pertinet, quo lege Cornelia tenentur, qui sibi legatum fideicommissumve adscripserint*.

<sup>26</sup> *Coll. Legum* 8,7, recoge un texto de Ulpiano, correspondiente al libro octavo de *officio proconsulis*, que bajo el título de *poena legis Corneliae testamentariae*, establece lo siguiente: *I. Praeterea factum est senatusconsultum Statilio et Tauro consulibus, quo poena legis Corneliae inrogatur ei, qui quid aliud quam testamentum sciens dolo malo falsum signaverit signariue curaverit, item qui ad falsas testationes faciendas testamentariae falsa inuicem dicenda aut consignanda dolo malo coierint, Licinio V et Tauro cons.*

<sup>27</sup> D'ORS, «Contribuciones ...», 532: al senadoconsulto por el que *amplissimus ordo decrevit eas tabulas quae publici uel priuati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatae triplici lino constringantur atque impositae supra linum cerae signa imprimantur, ut exteriori scripturae fidem interior seruet: aliter tabulae prolata nihil momenti habent* (PS 5,25,6). Contra la identificación de este senadoconsulto con el Liboniano está la atribución a Nerón en Suetonio, *Nero*, 17.

Por otra parte, hay que decir también que parece seguro que dicho senadoconsulto inicia la expansión de la *Lex Cornelia* a ciertos documentos no testamentarios. Así, podemos citar el texto de D.48,10,16,1, donde se establece lo siguiente: Paulo respondió que están sujetos a la pena de la ley Cornelia todos los que hubiesen signado otras cosas falsas aunque no sean testamentos, *omnes qui etiam extra testamenta cetera signassent*.

Además, como consecuencia de los textos que nos informan acerca del citado senadoconsulto, puede decirse que el mismo no alcanza a todo tipo de documentos falsos, sino que quedó reducido a los documentos *cum consignatione*; de manera que no preveía otro tipo de documentos en los que faltaban los *signa* y que, por otra parte, eran cada día más frecuentes. Esta laguna fue cubierta por una extensión a esos documentos *sine consignatione* de la que nos informan el jurista Marciano en un texto contenido en D.48,10,1,4<sup>28</sup> y Paulo en D.48,10,16,2<sup>29</sup>. En el primer texto, Marciano cita un rescripto de Septimio Severo que, según Archi<sup>30</sup>, sería el que habría introducido la nueva extensión del senadoconsulto.

El supuesto principal, aunque no único, de esta serie de documentos *sine consignatione* debía de ser el de la documentación burocrática y, concretamente, el rescripto del emperador Severo en el citado texto de D.48,10,1,4 es un ejemplo. Los textos de Paulo y Marciano citados *supra* no se refieren al *album propositum*, pero podemos aludir a un texto de Modestino en D.48,10,32, pr., donde establece precisamente lo siguiente: *hodie qui edicta perpetua dolo malo corrumpunt falsi poena plectuntur*<sup>31</sup>. Por otra parte, la falsificación del *album propositum* se regula en PS 5,25,5, cuando establece: *qui rationes acta libellos album propositum testationes cautiones chirographa epistulas sciens dolo malo in fraudem alicuius deleuerit mutauerit subiecerit subscripserit, quiue aes inaurauerit argentauerit, quiue, eum argentum aurum poneret,*

<sup>28</sup> D. 48,10,1,4: *Qui in rationibus, tabulis cereisve, vel alia qua re sine consignatione falsum fecerint, vel rem amoverint, perinde ex his causis, atque si erant falsarii, puniuntur; sic et Divus Severus lege Corneliae de falsis damnavit praefectum Aegypti, quod instrumentis suis, quum praererat provinciae, falsum fecit*. El texto de Marciano parece resumir lo que se detalla en el texto de Paulo, citado en la nota siguiente.

<sup>29</sup> D. 48,10,16,2, establece: *sed et ceteros, qui in rationibus, tabulis, literis publicis, aliave qua re sine consignatione falsum fecerunt, vel u t verum non appareat, quid celaverunt, surripuerunt, subiecerunt, resignaverunt, eadem poena affici solere, dubium non esse*.

<sup>30</sup> ARCHI, «Problemi in tema di falso nel diritto romano», *Scritti di diritto romano* (Milano, 1981), 1506.

<sup>31</sup> El citado jurista en el mismo libro de las Penas, 1, contenido en D. 48,10,32,1 alude a un decreto del emperador Adriano que establecía la pena de destierro en una isla para los que hubiesen falsificado pesos o medidas.

*aes stannumue subiecerit, falsi poena coerchetur.* De manera que la falsificación del *album propositum* es objeto de sanción con la pena de la ley Cornelia, al igual que otra serie de documentos a los que se refiere el texto que acabamos de citar.

Otra ampliación de la pena de falsedad tiene lugar en un texto de Marciano; en este caso en D.48,10,1,9<sup>32</sup>, el citado jurista, se remite a los rescriptos de los emperadores Severo y Antonino que extienden la sanción a los supuestos de fraude en la rendición de cuentas por parte de los tutores y curadores. La generalización de la falsedad de documentos la encontramos en PS 5,25,1<sup>33</sup> donde son sancionados con la pena de la *Lex Cornelia: qui testamentum quodue aliud instrumentum falsum sciens dolo malo...* Una mayor explicitación en PS 5,25,9 sancionando con la misma pena: *qui falsis instrumentis actis epistulis rescriptis sciens dolo malo usus fuerit.*

Asimismo, la ampliación del sc Liboniano tiene relación con una serie de actos en *Ed. Theod.* 90<sup>34</sup> que se añaden a los actos contenidos en PS 5,25,5, esto es a los verbos *delere, mutare, subicere y subscripsere,*

---

<sup>32</sup> D. 48,10,1,9, establece: *Ex illa quoque causa falsi poenae quis subicitur ut Divi quoque Severus et Antoninus constituerunt, ut tutores et curatores, et qui officio deposito non restituerunt tutelam vel curationem, cum fisco contrahere non possint, ac si quis adversus hanc legem profectus aerario obreperit, ut perinde puniatur, ac si falsum commisisset.*

<sup>33</sup> En las *Pauli Sententiae* 5,25,1, alude el texto legal a una serie de actos dolosos relacionados con el testamento u otro tipo de documento en los siguientes términos: *Lege Cornelia testamentari {tenentur:} qui testamentum quodue aliud instrumentum falsum sciens dolo malo scripserit recitauerit subiecerit suppresserit amouerit resignauerit deleuerit, quodue signum adulterinum sculpsierit fecerit expresserit amouerit reserauerit...*

<sup>34</sup> El *Edictum Theodorici* es una colección de 155 capítulos breves que tratan materias de derecho privado, derecho penal y procesal (y probablemente para una zona en conflicto). El Edicto se basa en fuentes romanas, en concreto las *Pauli Sententiae* y códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano. Se ha afirmado que el derecho romano que contiene es más puro que el del palimpsesto de París, por lo que se puede decir que pertenece a los cuerpos legales que, como la *Lex Romana Visigothorum* o la *Lex Romana Baiuvariorum*, son colecciones de derecho romano emanadas en los reinos germánicos que ocuparon la mitad occidental del Imperio. Sin embargo, sigue siendo hasta el presente un problema abierto la autoría de este *Edictum*. Tradicionalmente se atribuía a Teodorico el Ostrogodo (493-526) pero la teoría se puso en cuestión a mediados del siglo xx. RASI, «Sulla paternità del c.d. *edictum Theodorici regis*», en *Archivio Giuridico*, 145 (1053), 115 ss., fue el primer autor que en 1953 llamó la atención sobre el tema; más adelante, fue VISMARA, G., «*El Edictum Theodorici*», en *Cuadernos del Instituto Jurídico Español*, 5, *Estudios Visigóticos I* (Roma-Madrid, 1956), 49-89, quien identificó el citado texto legal con las leyes de Teodorico II (453-466), rey de los visigodos y antecesor de Eurico, manteniendo además que el Edicto recogía el ambiente de las Galias del siglo v. Pithou publicó por primera vez el texto del Edicto en 1579 y al parecer utilizó para ello dos códigos franceses hoy perdidos. Utilizó la edición de FIRA. Existe además la edición de F. BLUME, *MGH*, LL, 5. Sobre este Edicto ver BECKER, H.J., «*Edictum Theodorici*», en *HRG*, 1, 802-803.



sobre determinados documentos, se añaden en el Edicto citado los actos relativos a *incendere* y *radere*<sup>35</sup>.

En definitiva, como decíamos arriba el senadoconsulto Liboniano tenía inicialmente relación con los documentos con *signa*, pero la ampliación posterior del mismo los equipara con los documentos *sine consignatione* a los efectos de sancionar cualquier abuso de los mismos<sup>36</sup>.

### 2.3. Posibles abusos relacionados con los documentos

En cuanto a los posibles abusos pueden distinguirse fundamentalmente, el uso de documentos falsos y la sustracción de un documento auténtico.

En primer lugar, por lo que se refiere a la *recitatio* de documentos falsos, para que esta fuese punible, debía tratarse de una *recitatio* dolosa, así en PS 5,25,9 cuando establece: *qui falsis instrumentis actis epistulis rescriptis sciens dolo malo usus fuerit, poena falsi coerchetur*. Es cierto que algunos rescriptos imperiales establecían matizaciones, podemos citar concretamente, un rescripto de Antonino Pío en D.48,10,31<sup>37</sup>, donde se regula que la presentación de documentos falsos debía castigarse según la importancia de cada delito y en otro de los emperadores Marco Aurelio y Vero<sup>38</sup> se establece el perdón de quienes presentasen a juicio documentos falsos sin saberlo. Por otra parte, el texto de Papiiano en D.48,10,13,1<sup>39</sup> establece que no se incurre en la ley Cornelia por haber recitado una falsedad, no habiéndola cometido.

<sup>35</sup> Ed. Theod. 90: *Qui testamentum, codicillum, tabulas, rationes, gesta, libellos, cautiones, epistolas in fraudem alterius, quocumque loco deleuerint, mutauerint, subiecerint, subrepererint, incenderint, raserint .... poenam sustineant falsi crimini constitutam*. Se cita el Edicto de Teodorico por la edición Fira.

<sup>36</sup> Cf. D'ORS, «Contribuciones ...», 549-50.

<sup>37</sup> El texto de Callistratus en el libro III de *Cognitionibus*, contenido en D. 48,10,31, establece lo siguiente: *Divus Pius Claudio rescripsit, pro mensura cuiusque delicti constituendum in eos, qui apud iudices instrumenta protulerunt, quae probari non possint; aut si plus meruisse videatur, quam ex forma iurisdictionis pati possint, ut Imperatori describatur aestimatur, quatenus cerceri debeant...*

<sup>38</sup> En el mismo texto de Callistratus, asimismo en D. 48,10,31, se establece: *Sed Divus Marcus cum fratre suo pro sua humanitate hanc rem temperavit, ut, si, quod plerumque evenit, per errorum huiusmodi instrumenta proferantur, ignoscatur iis, qui tale quidquam protulerint*.

<sup>39</sup> El texto del jurista Papiiano correspondiente al libro XV, *Responsorum*, contenido en D. 48,10,13,1, establece lo siguiente: *Ordine decurionum decem annis advocatum motum, qui falsum instrumentum cognoscente Praeside recitavit, post finem temporis dignitatem respondi recuperare, quoniam in Cornelianam falso recitato, non facto, non incidit; eadem ratione plebeium ob eandem causam exilio temporario punitum decurionum post reditum recte creari*.

Otros textos aluden al uso de documentos *sine consignatione*. Precisamente un rescripto de Alejandro Severo en C.9,22,3<sup>40</sup> se refiere a la severidad que merece el uso de rescriptos falsos; por otra parte, un texto del jurista Modestino en D.48,10,33<sup>41</sup> aclara que el uso de constituciones falsas implica la sanción de la ley Cornelia. Hemos de decir asimismo que un tipo especial de uso de documentos falsos tiene relación con la ostentación de diplomas falsos. Así, concretamente, el texto de Modestino en D.48,10,27,2<sup>42</sup> se refiere al que *falso diplomate vias commeavit*, pero generaliza la tipificación criminal a todo aquel que: *se pro milite gessit, vel illicitis insignibus usus est*. También en PS 5,25,12 se establece: *qui insignibus altioris ordinis utuntur militiamque confingunt, quo quem terreant uel concutiant*. Otras modalidades sancionadas por la ley Cornelia tienen relación con el uso de nombres o parentescos falsos en PS 5,25,11<sup>43</sup>, así como también la ostentación de amistades judiciales, PS 5,25,13<sup>44</sup>.

Por lo que se refiere a la *subreptio* de documentos auténticos la ley Cornelia preveía la sanción para la sustracción de un testamento auténtico, pero el sc Liboniano no había extendido esa sanción a la sustracción de otro tipo de documentos. Un texto de Paulo en D. 48,10,16, pr.<sup>45</sup> establece expresamente que el *iudicium publicum* sólo podía darse por sustracción de testamentos. Sin embargo, el mismo jurista en D. 48,10,16,2<sup>46</sup> nos dice que la pena de la ley Cornelia se aplica a los que sustrajeron cualquier clase de documento. Por lo tanto, no hay contradicción, sino referencia a la sanción que tiene lugar por vía de la

<sup>40</sup> C. 9,22,3: *Licet ex tabulis, quas sub nomine patris tui uxorem eius, id est novercam tuam, subrepto vero testamento, falsas protulisse allegas, quum crimen admissum ignores, legatum adscriptum tibi consecutus sis, tamen non impedieris accusationem contra eam, impletis solemnibus, instituere.*

<sup>41</sup> El texto de Modestino en el libro III de *Poenis*, en D. 48,10,33: *Si quis falsis Constitutionibus nullo auctore habito utitur, lege Cornelia aqua et igni ei interdicitur.*

<sup>42</sup> El texto del jurista Modestino del libro VIII, *Regularum*, contenido en D. 48,10 27,2, dice lo siguiente: *Qui se pro milite gessit, vel illicitis insignibus usus est, vel falso diplomate vias commeavit, pro admissi qualitate gravissime puniendus est.*

<sup>43</sup> PS 5,25,11, establecen: *Qui sibi falsum nomen imposuerit, genus parentesue finxerit, quo quid alienum interciperet caperet possideret, poena legis Corneliae de falsis coercetur.*

<sup>44</sup> En relación con este punto, en PS 5,25,13, se establece: *Si qui de iudicis amicitiiis uel familiaritate mentientes euentus sententiarum eius uendunt, quidue obtentu nominis eius agunt, conuicti pro modo delicti aut relegantur aut capite puniuntur.*

<sup>45</sup> D. 48,10,16.pr.: *Instrumentorum subreptorum crimen non esse publici iudicci, nisi testamentum alicuius subreptum arguatur.*

<sup>46</sup> D. 48,10,16,2: *Sed et ceteros, qui in rationibus, tabulis, literis publicis, aliave qua re sine consignatione falsum fecerunt, vel ut verum non appareat, quid celauerunt, surripuerunt, subiecerunt, regnaverunt, eadem poena affici solere, dubium non esse.*

*cognitio*<sup>47</sup>. Otro texto, en este caso de Marciano, en D.48,10,1,6<sup>48</sup> admite la extensión del *falsum* al caso de abuso de confianza del depositario de documentos si los revela al representante del depositante. En PS 5,25,8<sup>49</sup> y D. 48,19,38,8<sup>50</sup> la extensión del *falsum* al hurto de documentos tiene lugar por el abuso por parte de un depositario representante procesal (bien se trate de un *procurator* o de un *cognitor*, como hemos visto en las Sentencias de Paulo). Además, los textos de PS 5,25,10<sup>51</sup> y de D.48,19,38,9<sup>52</sup> se refieren al abuso de los documentos por parte de un depositario cualquiera.

También se ha de decir que, probablemente, la inclusión de la *subreptio* de cualquier documento dentro del *falsum* se reducía a aquellos casos en que se trata de dificultar una prueba, como dice Paulo en D. 48,10,16,2<sup>53</sup>: *ut veram non appareat*, o como se establece en el Edicto de Teodorico, 90<sup>54</sup> *in fraudem alterius*; en otros casos, el hurto no quedaría criminalizado.

---

<sup>47</sup> Sobre la evolución del derecho penal romano, ver: ARANGIO-RUIZ; GUARINO; PUGLIESE, *Il diritto romano*, (Roma, 1982), 249 ss. AVONZO, F., «Coesistenza e connessione tra *iudicium publicum* e *iudicium privatum*», en *BIDR*, LV-LVI, 1956, 125 ss.; BRASIELLO, U., «Sulle linee e i fattori dello sviluppo del diritto penale romano», en *AG*, CXX, 1938, 3 ss.; IDEM, «Crimina», en *Nov DI*, V, (Torino, 1960), 1 ss.; BURDESE A., *Diritto pubblico romano*, 2.<sup>a</sup> ed. (Torino, 1975), 225 ss.; COSTA, E. *Crimini e pene da Romulo a Giustiniano*, (Bologna, 1921), 148; FACHI, G.F., *Diritto penale romano (dottrine generali)*, (Treviso, 1930), 235; MOMMSEN, T., *Derecho Penal romano*, dedica el cap. V, 37 ss. a la evolución del derecho penal romano PUGLIESE, G., «Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato», en *ANRW*, II. 14 (Berlin-New York, 1982), 727 ss. THOMAS, J.A.C., «The Development of Roman Criminal Law», en *LQR*, LXXIX, 1963, 224 ss. y en *AHDE*, XXXII, 1962, 7 ss.

<sup>48</sup> D. 48,10,1,6, establece: *Is, qui deposita instrumenta apud alium ab eo prodita esse adversariis suris dicit, accusare eum falsi potest.*

<sup>49</sup> El texto de las *Pauli Sententiae* establece lo siguiente: *Si quis instrumenta litis suae a procuratore uel cognitore adversario prodita esse conuicerit, tam procurator quam cognitor, si humiliores sunt, in metallum damnatur, si honestiores sunt, adempta dimidia parte bonorum in perpetuum relegatur.*

<sup>50</sup> *Si quis instrumentum litis suae a procuratore adversario proditum esse conuicerit, procurator, si humilior sit, in metallum damnatur, si honestior, adempta parte bonorum dimidia in perpetuum relegatur.*

<sup>51</sup> Establece el texto de las *Pauli Sententiae* 5,25,10 lo siguiente: *Instrumenta penes se deposita quicumque alteri altero absente reddiderit uel adversario prodiderit, pro personae eius condicione aut in metallum damnatur aut in insulam relegatur.*

<sup>52</sup> El texto de Paulo del libro V. *Sententiarum*, recogido en D. 48,19,38,9, casi en los mismos términos dispone que: *Instrumenta penes se deposita quicumque alteri altero absente reddiderit, vel adversario prodiderit, prout personae conditio est, aut in metallum damnatur, aut in insulam deportatur.*

<sup>53</sup> D. 48,10,16,2, ver el contenido del texto en la nota 46.

<sup>54</sup> *Edictum Theodorici, 90: Qui testamentum, codicillum, tabulas, rationes, gesta, libellos, cutiones, epistolas in fraudem alterius, quocumque loco deleuerint, mutauerint, subiecerint, subreperint, indenderit, raserint, aut aes, argentum, uel ferrum inauratum scientes pro auro dederint, uel uendiderint, uel subposuerint, quique pro argento stannum*

Finalmente, un texto de Ulpiano en el libro 9 *de off. proc.* en D. 47,11,8<sup>55</sup> nos informa que la *executio* para este tipo de abuso documental fue dada por Marco Aurelio y Vero a la jurisdicción del *praefectus urbi*; según D'Ors, esto nos da una posible fecha del momento en que se produjo le extensión del *falsum* al abuso documental fuera de los testamentos<sup>56</sup>.

#### 2.4. *Las penas establecidas por la ley*

La pena señalada por la ley fue primeramente la muerte, aunque desde fines de la República, se aplicaba ya la *interdictio aqua et igni*, que se entiende después como deportación y confiscación de los bienes para los *honestiores*, o condena *ad metalla* o cruz para los *humiliores*; además, la muerte para los esclavos manumitidos después del delito<sup>57</sup>.

Mencionamos a continuación algunos textos que aluden expresamente a las sanciones que imponía la *lex Cornelia de falsis*. En primer lugar, en el texto contenido en PS 4,7,1, después de referirse a una serie de actos delictivos relacionados con el testamento, se establece lo siguiente: *poena legis Corneliae de falsis tenebitur, id est in insulam deportatur*. La misma ley anterior (La *Lex Cornelia de falsis*), llamada ahora *Lex Cornelia testamentaria* en el citado texto legal de las PS 5,25,1, establece lo siguiente en relación con las penas: ... *honestiores quidem in insulam deportantur, humiliores autem aut in metallum dantur aut in crucem tolluntur; serui autem post admissum manumissi capite puniuntur*. Se tienen aquí en cuenta las circunstancias subjetivas que pudieran concurrir en el autor.

Por otra parte, son muchos los textos del Digesto de Justiniano que al referirse a la falsificación de documentos, establecen para esos supuestos la pena de la *Lex Cornelia*<sup>58</sup>. Otros textos hacen expresa mención al tipo

---

*subiecerint, uel exteriorem circum solidi praeciderint, quiue, ut id fieret, iusserint operamue dederint, poenam sustineant falsi crimini constitutam.*

<sup>55</sup> D. 47,11,8, establece: *Sunt praeterea crimina, quae ad executionem Praesidis pertinent, utputa si quis instrumenta sua prodita esse dicat; nam huius rei executio Praefecto urbis a Divis fratribus data est.*

<sup>56</sup> Cf. D'ORS, «Contribuciones ...», 552.

<sup>57</sup> Vid. ARCHI, «Problemi in tema di falso...», 1492 ss. Hay divergencias en la interpretación de los textos de Paulo en las PS. El autor citado que sigue fundamentalmente a LEVY en este punto, considera que la pena señalada por la ley fue primeramente la muerte; a fines de la República se admitía la alternativa entre la muerte y el exilio; en la época de los juristas Marciano y Ulpiano la pena del falso era la deportación. Por el contrario, Brasiello, considera que debió de ser aplicable durante toda la época clásica la *interdictio aqua et igni*, sustituyendo a la pena de muerte a fines de la República, *Ibidem*, nota 15.

<sup>58</sup> Sobre el particular, ver, entre otros: D. 34,8,1; D. 48,10,2; D. 48,10,9,3; D. 48,10,13, pr.; D. 48,10,16, 1 y 2; D. 48,10,32; asimismo, en C. 9,23,3 .

de sanción impuesta por la mencionada ley. Podemos referirnos concretamente a determinados textos: D. 48,19,38,8, donde se alude a la siguiente sanción: *si humilior sit, in metallum damnatur; si honestior, adempta parte bonorum dimidia in perpetuum relegatur*; También D.48,19,38,9, *prout personae conditio est, aut in metallum damnatur, aut in insulam deportatur*; asimismo en D. 48,10,33, acerca del uso de constituciones falsas, se impone: *lege Cornelia aqua et igni ei interdicatur*.

### 3. Derecho visigodo<sup>59</sup>

#### 3.1. *Lex Visigothorum*<sup>60</sup>

Una vez analizada la regulación jurídica romana relativa a la falsedad de los documentos y las penas correspondientes establecidas en la ley Cornelia, nos centramos seguidamente en la legislación de los visi-

---

<sup>59</sup> El reino visigodo, antes de su establecimiento definitivo en Occidente, se constituyó en estrecha relación con el Imperio, al que desde antiguo venía prestando servicios militares de frontera bajo la fórmula del *foedus* (cf. RAFAEL GIBERT, «El reino visigodo y el particularismo español», en *Cuadernos del Instituto Jurídico Español, 5. Estudios visigóticos*, I (Roma-Madrid, 1956), 17 y las notas 6 y 7. El primer período del asentamiento de los visigodos en las Galias y en la parte noroeste de la Península, dominio que por el occidente llegó al parecer hasta Zaragoza, se inscribe en la estructuración del Imperio romano, en la etapa anterior a la caída de Roma por los hérulos (cf. entre otros, ORLANDIS, J., *Historia de España. La España visigótica* (Madrid, 1977), 59 ss. GARCÍA GALLO, A., «Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigodas», en *AHDE*, (1974), 424 ss.). A partir del año 476, con la entrada de Odoacro en Roma, la situación sufrió transformaciones profundas que se manifestaron de forma desigual en los distintos territorios sobre los que estaban asentados los visigodos. Durante esta época perdura la misma estructura territorial y política y al mismo tiempo los órganos de la administración romana continúan desarrollando las funciones de gobierno, con cierta intervención de los monarcas visigodos. Con Eurico, el primer monarca visigodo, y su hijo Alarico se da un paso más al ocupar éstos el lugar que antes había desempeñado el emperador, ejerciendo sus poderes y facultades. A partir de este momento es cuando podemos hablar propiamente de una legislación visigoda, entre otros, puede verse: ARANGIO RUIZ, *Historia del Derecho romano*, 4.<sup>a</sup> ed.; trad. esp., (Madrid, 1989), 448 ss. GARCÍA MORENO, L.A., *Historia de la España Visigoda* (Madrid, 1989), 317 ss. LALINDE ABADÍA, *El derecho en la historia de la humanidad* (Barcelona, 1982), 38 ss. Finalmente hemos de decir que son los visigodos uno de los pueblos germánicos más romanizados de los que se asientan en el antiguo territorio del Imperio Romano occidental. Entre los autores modernos no deja de reconocerse la profunda romanización de los reyes visigodos; sobre el particular, ver entre otros, D'ORS, «El Código de Eurico», en *Cuadernos de Instituto Jurídico Español, Estudios Visigóticos*, II (Roma-Madrid, 1960), 9.

<sup>60</sup> La *Lex Visigothorum*, conocida también con los nombres de *Liber Iudicum* o *Liber Iudiciorum*, es un libro destinado a la práctica forense y consiste en una recopilación de las leyes promulgadas por los monarcas visigodos que lleva a cabo Recesvinto en el año 654. Las leyes del *Liber* en la forma recesvintiana que ha llegado hasta nosotros —aunque no

godos, concretamente en el texto legal conocido con el nombre de *Lex Visigothotam*<sup>61</sup>.

En relación con la citada ley nos vamos a referir a una serie de disposiciones contenidas en la misma relativas a la falsificación de documentos, no sin antes recordar que los godos aceptaron de los romanos, entre otras muchas instituciones, el préstamo con interés, el testamento, los impedimentos matrimoniales de parentesco y, sobre todo, el múltiple empleo de documentos escritos en la vida jurídica<sup>62</sup>. La ley de los visigodos presenta un conjunto de normas sobre la falsedad documental que supone una continuidad del sistema romano. Por otra parte, la regulación de los documentos regios, ya conocida en los textos romanos, es en la citada ley objeto de una regulación especial.

Concretamente, los títulos de la LV 7,5: *De falsariis scripturarum* y 7,6: *De falsariis metallorum*, conjetura el romanista D'Ors que pueden haber sucedido a un único título simplemente *de falsariis*<sup>63</sup> contenido

---

todas, pues hay alguna excepción— van precedidas de una de las siguientes inscripciones: *Antiqua, Flavius Recaredus Rex, Flavius Sisebutus Rex, Flavius Chindasvintus Rex, Flavius Gloriusus Reccesvindus Rex*. De forma que, por un lado, recoge leyes cuyos autores aparecen mencionados; y de otro, leyes que estaban recogidas ya en libros. Las leyes que proceden de recopilaciones llevan la rúbrica *antiqua*; si los redactores las corrigieron, las colocaron bajo la rúbrica de *antiqua emmendata*. Un resumen de la historia de la legislación visigótica de Eurico a Witiza puede verse en ZEUMER, *Historia de la legislación*, tr. esp. por Carlos Clavería (Barcelona, 1944), 64 ss. UREÑA Y SMENJAUD, *La legislación gótico-hispana (Leges Antiquiores-Liber Iudiciorum)*. Estudio crítico (Madrid, 1905), 45 ss. También IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del Derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, (Barcelona, 1992). Puede verse en el citado autor un estudio del proceso de formación de la legislación visigoda. OSABA, E., *El adulterio uxorio en la Lex Visigothorum*, (Madrid, 1997), 80-86.

<sup>61</sup> *Lex Visigothorum*, ed. K. ZEUMER en *Monumenta Germaniae Historica (Leges)*, vol. I (Hannover-Leipzig, 1902). En adelante, LV.

<sup>62</sup> Cf. ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda*, 65.

<sup>63</sup> Cf. D'ORS, «El Código de Eurico» en *Cuadernos del Instituto Jurídico Español*, 12 (Roma-Madrid, 1960), 71. El Código de Eurico fue publicado, según ZEUMER, *Historia de la legislación*, 67, después del año 469, pero antes del 481, alrededor del año 475. En adelante CE. Se han transmitido elementos del CE a través de la *Lex Baiuvariorum*, por medio de las *antiquae* contenidas en la *Lex Visigothorum*, además de los numerosos fragmentos contenidos en el Palimpsesto Parisino (Lat. 12161). Un estudio de conjunto sobre el CE puede verse en D'ORS, «El Código de Eurico». El autor citado establece la fecha del CE en el año 476 d.C. y considera que el Código de Eurico es propiamente un edicto y no un *codex* como pudo ser el Código Teodosiano, D'ORS, «El Código de Eurico», 3. Según el autor (que ha realizado una edición y palinogenesia del texto euriciano) el Código o Edicto de Eurico, aunque posee vestigios o detalles de costumbres germánicas, está profundamente romanizado; en su redacción intervinieron buenos conocedores del Derecho romano —como León de Narbona—; pertenece a la cultura jurídica romana existente en el Sur de las Galias en la segunda mitad del s. V y es, en suma, un monumento de Derecho romano vulgar, *ibi-*

en el Código de Eurico. Esta conjetura, sigue diciendo el autor<sup>64</sup>, parece comprobarse por la cita que hace la ley Leovigildiana en LV 2,4,14, *antiqua*<sup>65</sup> (en relación con una ley suplantada por Chindasvinto LV 7,5,2) de un título *de falsariis*, pues resulta claro que no podía haberse hecho una cita así de haber existido más de un título.

En el presente trabajo nos vamos a centrar básicamente en algunas disposiciones de la LV 7,5 que tienen relación, como acabamos de ver, con la falsificación de documentos. Concretamente, la primera ley del título, LV 7,5,1<sup>66</sup> es una *antiqua* de Leovigildo que lleva la siguiente rúbrica: *De his, qui regias auctoritates et preceptiones falsare presumserint*. Castiga la citada disposición determinados actos relativos a los documentos regios, reunidos en una serie de apartados: *mutare, diluere, substrahere, interponere*. Otra serie de actos, en este caso se trata de alteraciones en datos cronológicos del documento, así: *tempus aut diem*

---

*dem*, 1-12. Además de la edición de D'ORS existen las de ZEUMER, K., y una edición más antigua que las citadas anteriormente es la de UREÑA Y SMENJAUD, R., *La legislación gótico-hispana (Leges Antiquiores-Liber Iudiciorum)*. Pueden verse asimismo las referencias que aparecen en IGLESIA FERREIROS, La creación del Derecho, 204-207. NEHLSSEN, H., *Sklavenrecht zwischen Antike und Mittelalter, germanisches und römisches Recht in den Germanischen Rechtsaufzeichnungen*. (Göttingen, 1972), 153 ss. PETIT, C., *Fiadores y fianzas en derecho romano visigodo* (Sevilla, 1983), 116, nota 218. Schwerin, «Notas sobre la historia del derecho español más antiguo», en AHDE, 1 (1924), 26 ss. VISMARA, G., «La sucessionne volontaria nelle leggi Barbariche», en *Scritti di Storia Giuridica*. 6. *Le successioni volontarie*, 112, nota 13. Posteriormente, el *Codex Revisus*, conocido también como Código de Leovigildo, publicado probablemente entre los años 572-586 y atribuido al citado monarca, supuso una revisión y una adaptación del Código de Eurico a las nuevas necesidades.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> La ley que transcribimos a continuación lleva la rúbrica de *antiqua* y por lo que respecta a estas leyes sabemos que representan el substrato más antiguo dentro de las leyes que conforman la *Lex Visigothorum*. LV 2,4,14, *antiqua*. *De his, qui animas suas periurio necant. - Si quis animam suam periurio necaverit, seu quisque presumtuose periurasse detegitur, aut si quislibet videns se impressum sciendo veritatem negaverit, dum hoc certius iudex agnoverit, addicatur et centum flagella suscipiat et statim sic notam infamie incurrat, tu postea ei testificari non liceat. Et si potentior fuerit, secundum superiorem legem, que De falsariis continentur, insistente iudice quartam partem facultatum suarum amittat, illi consignandam, cui fraudem periurii moliri conatus est.*

<sup>66</sup> LV 7,5,1, *antiqua*. *De his, qui regias auctoritates et preceptione falsare presumserint. - Hi, qui in auctoritatibus nostris vel preceptionibus aliquid mutaverint, diluerint, subtraxerint aut interposuerint, vel tempus aut diem mutaverint sive designaverint, et qui signum adulterinum sculperint vel inpresserint: honestior persona median partem suarum facultatum amittat, fisci commodis propulturam; minor vero persona manum perdat, per quam tantum crimen admisit. Quod si contingat illos auditores vel iudices mori, ad quos audientia vel iussio destinata fuerat, aut episcopo loci aut alio episcopo vel iudicibus vicini territorii illius, ubi iussum fuerat negatium terminare, liceat et datam preceptionem offerre et eosdem iudices negotium legaliter hac iustissime ordinare...*

*mutare sive designare*. Además, otro tipo de actuaciones dolosas tienen relación con *sculpere vel imprimere* sello falso. Por otra parte, establece la ley leovigildiana citada una serie de sanciones en los términos que vamos a ver en el apartado de las penas. Podemos aquí adelantar que están en función de la clase social y jurídica del autor que ha causado los actos dolosos relativos a los documentos.

En el Fuero Juzgo 7,5, bajo la rúbrica: *De los que falsan los escritos*, regula el citado texto legal la falsedad de los documentos, y precisamente la ley de FJ 7,5,<sup>67</sup> alude en primer lugar a la falsificación de documentos del rey: una serie de actos dolosos relativos a los mismos que son objeto de la sanción correspondiente.

Si la primera ley del título tiene relación con los documentos regios, como acabamos de decir, la siguiente disposición se refiere a determinados actos relativos a cualquier tipo de escritura. Así, concretamente, una ley del monarca Chindasvinto en LV 7,5,2, bajo la rúbrica: *De his, qui scripturas falsas fecerint vel falsare temptaverint*, establece una serie de sanciones, también en este caso sanciones diferentes según la condición social y jurídica del autor, cuando éste tenga determinadas conductas dolosas también relativas a los documentos<sup>68</sup>. En primer lugar,

<sup>67</sup> FJ 7,5,1: *De los que falsan los escritos del rey*. Cf. la nota 86.

<sup>68</sup> LV 7,5,2: *De his, qui scripturas falsas fecerint vel falsare temptaverint. - Si quis scripturam falsam fecerit aut recitaverit vel subposuerit sciens vel in iudicio protulerit, et qui veram subpresserit, subtraxerit, diruperit vel designaverit aut diluerit, quique signum adulterunum sculperit, fecerit vel inpresserit: talium partem facultatum suarum amittant. Si vero alieno iure debitam scripturam subtraxerint aut vitiaverint, eandem scripturam subtraxisse vel viciasse coram iudice suam professionem depromant; que professio, testibus roborata, perditae vel viciatae scripture robor obtineat. Quod si evidentissime, quid scriptura continuit, recordare non potuerit, tunc ille, cuius scriptura fuit, habeat licentiam conprobare per sacramentum suum adque per testem, quid ipsa scriptura continuit evidenter; et ita datum veredice testimonium scripture reparat veritatem. Si vero minor extiterit facultas eorum, quam quod aliis facere conati sunt damnum, ipsi procul dubio cum his, que habere videntur, eius sevitiuti subiciantur, eui fraudem fecisse dinoscuntur. De quarta vero parte, quam dari precipimus, principe hordinante vel iudice tres portiones ille accipiat, qui damnum pertulit vel pati potuerat; quarta vero regie potestati servetur, ut, quid exinde fieri debeat, in arbitrio eius consistat. Humiliores sane vilioresque persone, que talia detecti fuerint commisisse, et iuxta superiorem hordinem conscribere debebunt professionem, et perpetuo cui fraudem fecerint addicantur ad servitutem; insuper autem tam humiles quam potentes persone centenis flagellorum erunt verberibus coercende. Quod si servi hoc fecerint, et eos alieni iuris esse patuerit, illis consignentur perenniter servituri, quibus scripturam subtraxisse aut celasse vel lesisse fuerint adprobat. Quod si iubentibus dominis suis talia fecerint, omne damnum redundet ad dominum. Ita etiam et de eis precipimus observari, qui lucro suo studentes aliena testamenta vel alias scripturas subpresserint aut vitiaverint, ut his, quibus conpetit, impedire aliquid possint. Et hii similiter tamquam falsarii teneantur et iuxta qualitatem persone superiori damno multentur.*



distingue la ley: *facere, recitare, suppressere, proferre in iudicio scripturam falsam*; o actuaciones como, *suppressere, substrahere, disrumperre, designare, diluere scripturam veram, o sculperre, facere, imprimere signum adulterinum*.

La misma ley contempla el supuesto de falsificación o alteración de documentos ajenos en su propio beneficio, esto es, *suppressere, vitiare aliena testamenta vel alias scripturas*.

Además, la citada ley de Chindasvinto a la que nos estamos refiriendo tiene un añadido por parte de Ervigio<sup>69</sup>, de manera que una disposición del monarca citado insertó en la ley el supuesto de que el propio interesado perdiera el documento por negligencia o descuido<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Podemos referirnos en este lugar a la labor de Ervigio y monarcas posteriores relativa al *Liber Iudiciorum*. Pocos años después de la aparición del código de Recesvinto se sintió ya la necesidad de acometer una nueva reforma. La revisión del *Liber* se lleva a cabo en la época de Ervigio (680-687) y lo promulga el monarca citado el año 681. El sucesor de Ervigio, Égica, intentó realizar una nueva redacción pero no se tiene constancia de que la misma llegara a materializarse, aunque se añadieron leyes suyas a los ejemplares oficiales de la LV. A partir de finales del s. VII juristas anónimos añaden a la LV las leyes de Recesvinto que no fueron tenidas en cuenta en la edición recesvindiciana de la citada *Lex*, además de modificaciones y añadidos en los textos legales. Todas estas transformaciones sufridas por la edición ervigiana dan lugar a lo que se conoce con el nombre de redacción Vulgata de la LV y han sido objeto de estudio por GARCÍA LÓPEZ, Y., *Estudios críticos y literarios de la Lex Visigothorum* (Santiago de Compostela, 1991), 75-475. Finalmente hay que decir que en el s. XIII se traduce la LV al castellano con el nombre de Fuero Juzgo. Afirma ZEUMER que «el código empieza verdaderamente en el Libro II, que lleva la rúbrica *De negotiis causarum* y que trata preferentemente de la constitución de los tribunales y del proceso. Que sea aquí donde empieza verdaderamente el código es algo que queda señalado externamente con la invocación solemne que precede al primer capítulo, II,1,1: *IN NOMINE DOMINI...*», *Historia de la legislación*, 88-89; y más adelante hablando de la redacción ervigiana, establece: «*La ley de publicación de Ervigio está al principio del verdadero código que empieza con el libro II. Como II,1,1 y nos informa con frases pomposas y retóricas, sobre el objeto y significación de la labor legislativa*», *ibidem*, 97. Por otra parte, DÍAZ Y DÍAZ, M. «*La Lex Visigothorum y sus manuscritos. Un ensayo de reinterpretación*», en *AHDE*, 46 (1976), 163-223, excluye este libro primero de la redacción originaria del *Liber* considerándolo una adición posterior.

<sup>70</sup> Disposición de Ervigio en la LV 7,5,2: *Quod si de supra taxatis capitulis nihil videatur accidere, id est, qui scripturam alterius repperiatur viciasse, dirupisse, falsasse, celasse, vel si quid in hac lege constitutum est admisisse, sed sola negligentia, casu adque incuria suam quisque perdiderit ac scripturam, vel sibi dixerit fuisse ablatam: si testis, qui in eadem scriptura suscripsit, adhuc supprestis existit, per ipsum poterit coram iudice omnis ordo scripture perditte reparari. Quod si testem ipsum, qui in eadem scriptura scriptor accessit, mortuum esse contigerit, tunc si legitimi et cognitores repperti fuerint alii testes, qui eandem scripturam suscriptor accessit, mortuum esse contigerit, tunc si legitimi et cognitores repperti fuerint alii testes, qui eandem scripturam se dicant vidisse et omnem texrum vel firmitatem eiusdem scripture plenissime nosse, similiter publica iudicum investigatione per eorum testimonium ille, qui scripturam perdidit, poterit suam reparare et percipere veritatem.*

En la ley de FJ 7,5,2: *De los que fazen falsos escriptos*<sup>71</sup> se refiere a las mismas conductas que pueden tener relación con los documentos en los mismos términos que hemos visto en la Ley de los visigodos.

En cuanto a las dos disposiciones de la LV citadas, esto es: LV 7,5,1 y 2 hay que decir que siguen la pauta de la *Lex Cornelia testamentaria*, según aparece en las PS 5,25, siendo sustituida la pena de deportación por una multa (agravada en caso de falsificación de documentos regios) y otras variantes. Es posible que el mismo modelo hubiera inspirado anteriormente una ley euriciana<sup>72</sup>.

De nuevo encontramos referencias de los documentos regios en la LV 7,5,3, *antiqua*.—*De his, qui sub nomine regis aut iudicis comminatoria falsa sive finxerint sive detulerint*<sup>73</sup>. Se trata de una disposición, seguramente leovigildiana, que excluye del *falsum* a quien simplemente presenta un documento regio de esa índole; pero él está obligado a declarar quién se lo proporcionó; de otro modo, incurre en el crimen. De manera que si los dos son conocedores de la falsedad del documento, son condenados como falsarios. En parecidos términos la disposición

---

<sup>71</sup> FJ 7,5,2 . *De los que fazen falsos escriptos*.—*Si algun omne faze falso escripto, ó lo usar en iudizio, ó otra cosa, sabiéndolo, hy el que desfaze la verda del scripto. Ó que lo rompe; ó quien faze siello, ó seunal falsa, ó que la usa; estos que fazen talas cosas, é los que los conseian, pues que fuern provados, si fueren omnes de grand guisa, pierdan la quarta parte de su buena. E si algun omne furta scripto ajeno. ó lo corrompe, é pues lo manifesta antel iuez é ante testimonias que furtó aquel escripto, ó que lo desfezoó que lo corrompió; el manifestado que fizo ante las testimonias vala tanto cuemo el escripto valia, que él perdió, ó que corrompió. E si non se pudier acodar de lo que dezia el escripto, estonze aquel, cuyo era el escripto, debe provar por su sacramento, ó por una testimonia, lo que era contenido en la carta; é aquella muestra vala tanto cuemo el escripto. E si non oviere tanto en su buena, aquel que furtó el escripto, ó que lo corrompió, quanto fizodanno á aquel cuyo era el escripto, aquel que lo furtó, ó que lo corrompió el escripto, sea siervo con toda su buena daquel cuyo era el escripto, é de la quarta parte de su buena, que mandamos de suso que debe perder el que furtó el escripto, debe aver las tres partes aquel cayo era el escripto, y el otra quarta parte debe aver el rey, é faga dello lo que quisiere. E si fuere omne de vil guisa el que furtó el escripto, ó el que lo corrompió, despues que lo manifestare antel iuez, debe se siervo daquel cuyo era el escripto. Hy el omne de grand guisa, ó de vil guisa, si lo fiziere, cada uno dellosdeve recibir C. azotes. E si fuere siervo aieno el que furta el escripto, ó el que locorrompe, ó que lo ascnde sea siervo daquel cuyo era el escripto; é si lo fiziere por mandado de su sennor, el sennor peche todo el danno por él.*

<sup>72</sup> Cf. D'ORS, «El Código de Eurico», 71.

<sup>73</sup> LV 7,5,3, *antiqua*. *De his, qui sub nomine regis aut iudicis comminatoria falsa sive finxerint sive detulerint*.—*Qui falsa comminatoria sub nomine regis aut iudicis nesciens protulerit, non incurrat falsitatis invidiam, sed eum, qui commonitorium dederit, non moritur ostendere. Quod si eum noluerit nominare, aut quod ab eo commonitorium acceperit, noluerit adprobare, pro qualitate persone ipse reatum falsitatis incurrat, sicut superius continetur de his, qui falsas scripturas confecerint. Quod si ambo falsitatis conscii habeantur, ambo falsarii teneantur.*

contenida en FJ 7,5,3<sup>74</sup>, bajo la rúbrica: *De los que falso mandado llevan ó falsan letras de su nombre del rey, ó de iuez.*

Asimismo, la última disposición del título, esto es, la LV 7,5, 9<sup>75</sup>, que lleva la rúbrica: *De his, qui cifra notarios publicos iussiones ac leges principium recitare vel scribere ausi fuerint*, tiene relación con los documentos de los príncipes (que se escriben, se alegan o que los hacen escribir a los notarios). Se advierte en esta ley la existencia de notarios en general, que servían a los falsificadores de mandatos regios, y de notarios del rey o de la corte, a quienes el principal había facultado para realizar las funciones de recitar y tomar por escrito dichos mandatos. No hay referencia a oficiales con la atribución específica de garantizar la autenticidad de los documentos. Hay escritura en el derecho visigótico, pero falta la figura decisiva del notario. Falta el concepto preciso de una fe pública vinculada al oficio<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> FJ 7,5,3: *De los que falso mandado llevan ó falsan letras de su nombre del rey, ó de iuez.-Quien muestra falso escrito, ó de falso mandado del rey, no lo sabiendo, non debe seer tenuto por falsario, é si pudiere provar aquel que ie lo dio, aquel debe recibir la pena que es de suso dicha, que deven aver los que fazen falsos escritos. E si ambos lo supieren, ámbos sean penados cuemo falsarios.*

<sup>75</sup> La disposición citada falta en las ediciones oficiales de Recesvinto y Ervigio de la LV y aparece en la Vulgata como novela, sin que conste nada sobre su autor. Habla la ley citada de los notarios públicos (en ninguna otra ley se habla de tales notarios) y el contenido de LV 7,5,9, Nov., es el siguiente: *De his, qui cifra notarios publicos iussiones ac leges principium recitare vel scribere ausi fuerint.-Quorundam illicita actionum perversitas exigit legem ponere pro futuris, ut eos, quos verbi disciplina non corrigit, saltem legalis censura coercendos emendet. Et quia plerosque cognovimus iussiones regias non solum scribere, sed etiam recitare atque scriptas exhibere notariis roborandas, unde diversa in ipsis preceptionibus regni nostri introducentes, vel dictantes atque scribentes capititalia etiam ipsa addi conantur, que nec a nostra celsitudine ordinationis moderamine disponuntur, nec populo Dei congrua cernuntur, nec institutio recte veritatis precipienda decernit, unde et gravissimis damnis atque spoliis vel fatigiis populos ditioni nostre subiectos prospeximus molestari, obinde huius novelle sanctionis edicto censemus: ut modo et deinceps nullus ex notariis querumlibet seu cuiuslibet gentis et generis homo extra notarios publicos vel propios regie celsitudinis eorumque pueros atque illos, quos principalis instituerit preceptionis alloquium, iussiones sive diversas institutiones, que ex nomine regio prescribuntur, recitare, audeat, nullus scribere presumat, nullus recitatum vel scriptum cuiuslibet notario ad roborandum dare intendat; sed tantum notarii publici ac proprii nostri aut nobis succedentium regum, vel qui a nostra clementia vel ipsis fuerint ordinati, iussiones vel quascumque regias preceptiones recitare et licenter scribere intendebunt. Quicumque tamen ex his cunctis vetitis exiterit deprehensus, utrum ingenuus an fortasse sit servus, principum vel iudicum instantia ducentis flagellorum verberibus cesus, turpiter decalvatus ac insuper pollice in manu dextra absciso se caruisse condoleat pro eo, quod contra huius institutionis edicta non sibi licitas conaverit exercere actiones.*

<sup>76</sup> Sobre el particular, Cf. GIBERT, r., «Prenotariado visigótico», *Cuadernos de historia de España* (1980), 43.

Por otra parte, en el mismo título de la ley recesvindiana, las *antiquae* LV 7,5, 4 a 7, parecen tener un fondo euriciano y se refieren a distintos supuestos de falsificación en los términos que veremos seguidamente. Así, en primer lugar, en LV 7,5,4, *antiqua*, bajo la rúbrica: *De his, qui testamentum contra viventis voluntatem aperuerint*, alude la ley a la falsificación de testamento de persona viva en los términos siguientes: *Qui viventis testamnetum aut ordinationis eius quamcumque scripturam contra ipsius falsaverit vel aperuerit voluntatem, ut falsarius iudicetur*.

Asimismo, el Fuero Juzgo 7,5,4<sup>77</sup>, bajo la rúbrica: *De los que falsan la manda del vivo contra su voluntad*, establece el citado texto legal que los autores sean castigados como falsarios.

La ocultación o falsificación de testamento de persona fallecida da lugar a que los autores sean castigados como falsarios y lo trata la ley en LV 7,5,5, *antiqua*, bajo la rúbrica siguiente: *De his, qui voluntatem defuncti celare vel falsare pertemtant*<sup>78</sup>.

En la versión Vulgata del texto, el Fuero Juzgo 7,5,5<sup>79</sup>, bajo la rúbrica: *De los que encubren la manda del muerto, ó que la falsan*, de nuevo sanciona al autor como falsario.

Finalmente, la LV 7,5,6, *antiqua*, establece: *Si quis sibi nomen falsum inponat aut parentes vel genus mutet*. Como vemos la disposición *antiqua* citada, tiene relación con la suposición de nombre o cambio de parentela, en los siguientes términos: *Qui sibi nomen falsum inponit aut parentes vel genus mutat aut parentes finxeri, aut aliquam inposturam fecerit, reus falsitatis habeatur*.

Asimismo en el Fuero Juzgo 7,5,6,<sup>80</sup> con la rúbrica: *Si algun omne se pone falso nombre ó falso lineaie ó falsos parientes*, sanciona al autor de la misma forma que la LV citada anteriormente.

<sup>77</sup> Fuero Juzgo, 7,5,4: *De los que falsan la manda del vivo contra su voluntad.-Quen falsa la manda del omne vivo, ó fiziere escripto de ordinamiento de sus cosas del vivo, ó manifestare la manda del vivo contra su voluntad, sea iudgado como falso*.

<sup>78</sup> LV 7,5,5, *antiqua*, el texto completo es el siguiente: *Qui defuncti celaverit voluntatem aut in eadem aliquid falsitatis intulerit, lucrum, quod forsitam iudicio testatoris per ipsam scripturam fuerat habiturus, amittat, illis, quibus fraudem facere conatus est, profuturum; et insuper pro falsitate ferat infamium. Nam si parvam aut nullam rem exinde consequi potuisset, ut falsarius condemnetur*.

<sup>79</sup> FJ 7,5,5, el texto completo es el siguiente: *Todo omne que encubre la manda del muerto, ó faz alguna falsedat en ela, toda la ganancia que debe aver daquel escripto, pierdala, e gáenla aquellos á quien fizieran el enganno, é sea desfamado por falsario. E si nenguna cosa non debe ende ganar, ó muy poco, sea penado cuemo falsario*.

<sup>80</sup> Fuero Juzgo 7,5,6: *Si algun omne se pone falso nombre ó falso lineaie ó falsos parientes. Quien se pone falso nombre ó falso lineaie, ó falsos parientes, ó alguna apostura falsa, sea penado cuemo falsario*.

En todas ellas se sigue el modelo romano de PS 5,25<sup>81</sup>. Con relación a las penas, no parecen vislumbrarse penas diferentes para estos distintos supuestos, y no habría que excluir la posibilidad de que en CE una única ley abarcara todo este conjunto, incluyendo la disposición suplantada por la ley 2<sup>82</sup>.

### 3.2. *Las sanciones en la Lex Visigothorum*

En primer lugar, la LV 7,5,1, *antiqua* que, como hemos visto, tiene relación con determinados actos dolosos relativos a los documentos reales: castiga la falsificación de los actos o preceptos regios, alteración de su fecha o imposición de un sello falso. Establece la citada disposición distintas penas, según la condición social (*honestior persona aut minor persona*) del causante de los citados actos. Así, *honestior persona, mediam partem suarum facultatum amittat, fisci commodis profuturam*; por otra parte, *minor vero persona manum perdat, per quam tantum crimen admisit*. Esta pena es la misma que el rey de los longobardos Rotario<sup>83</sup> y Carlomagno establecieron para el falsificador

<sup>81</sup> Cf. el apartado correspondiente a la regulación romana en este mismo trabajo.

<sup>82</sup> Cf. D'ORS, «El Código de Eurico», 71. Por otra parte, una cierta equiparación entre el delito de *falsum* y la venalidad judicial parece deducirse de la disposición contenida en LV 5,7,8, *antiqua*, donde se aplica la *falsarii pena* al juez (y al demandante) que producen una sentencia injusta en una causa *liberalis*. La citada *antiqua*, bajo la rúbrica: *Si ingenuus ad servitium repetatur, vel servus se liberum esse dicat, establece lo siguiente: Si quis ingenuum ad servitium addicere voluerit, ipse doceat, quo ordine ei servus advenerit; et si servus ingenuum se esse dixerit, et ipse simili modo ingenuitatis sue firmam ostendat probationem. Iudex vero eorum recipere testimonium debet, quos meliores adque pluriore esse providerit. Quod si muneris acceptione corruptus iniuste curbaverit innocentem, tam index quam petitor falsarii pena multentur*. En la edición ervigiana de la misma ley se estableció: *secundum legem aliam de his, qui iniuste iudicaverint, componere non morentur*. Ervigio modificó la redacción de esa ley para hacer la equiparación, no al *falsum*, sino al juicio venal.

<sup>83</sup> Autor del *Edictum Rotharii* Con el citado cuerpo legal se inicia la actividad legislativa de los longobardos. Para las *Leges Langobardorum*, ver G. DILCHER, «Langobardisches Recht», en *HRG*, 2, 1607-1618, CALASSO, F., *Medioevo del diritto*. 1 *Le fonti* (Milano, 1954), 106-114. Según GRAF, W., *Der Ehebruch im fränkischen und deutschen Mittelalter unter besondere Berücksichtigung des weltlichen Rechts* (Würzburg, 1982), 137, nota 59, se percibe la influencia del derecho justinianeo y visigodo además del alemán e igualmente del derecho consuetudinario antiguo longobardo. La comparación del mencionado Edicto, promulgado el 22 de Noviembre del año 643 y los fragmentos de algunas disposiciones *Antiquae* transmitidos por el *Liber Iudiciorum* del monarca Recesvinto, pone de manifiesto la frecuencia con que el legislador lombardo imitó la legislación Leovigildiana. Cf. UREÑA Y SMENJAUD, *Legislación gotico-hispana (Leges Antiquiores-Liber Iudiciorum)*. Estudio crítico (Madrid, 1905), 240.

de escrituras<sup>84</sup>. Es la pena típica aunque no exclusiva del derecho medieval para el escribano prevaricador<sup>85</sup>.

Finalmente hemos de decir que el Fuero Juzgo 7,5, dedica un título a la falsificación de los documentos: *Titul de los que falsan los escritos* y concretamente la ley 1 del citado título y libro tiene relación con

---

<sup>84</sup> *Edictum Rotharii* 247, ed. ZEUMER en *MGH, Leges*, IV, 1, establece lo siguiente: *Si quis cartam falsam scripserit, aut quodlibet membranum, manuseius incidatur; Capitula Karoli Magni, en MGH, cap. 1; 803-813: 2, Si inventus fuerit quis cartam falsam fecisse aut falsum testimonium dixisse, manum perdat aut redimat.*

<sup>85</sup> Cf. Las Partidas 3,19,16, que bajo la rúbrica: *Que pena deuen auer los escribanos de casa del Rey, é los de las ciudades que fizieren falsedad en su officio*, se manifiesta de la siguiente manera: *Falsedad faziendo escriuano de la corte del Rey en carta, o en preuilegio deue morir por ello. E si por auentura a sabiendas descubriere poridad que el Rey le ouiesse mandado guardar a ome de quien le viniessen estorno, o daño, deuele dar pena qual entendiere que merece: si el escriuano de ciudad o de villa ficiere alguna carta falsa, o fiziere alguna falsedad en juyzio en los pleytos que le mandaren escreuir, deuenle cortar la mano con que la fizo e darle por malo por manera que non pueda ser testigo, ni auer ninguna honra mientra biuare.* De nuevo, el mencionado texto legal de las Partidas 7, en el Título 7 se va a referir a las falsedades y concretamente en la ley 6, bajo la rúbrica: *Que pena merescen los que fazen alguna de las falsedades sobredichas*, alude, en primer lugar, a las sanciones que se han de imponer a: *cualquier que falsa carta, o priuilegio, o bula, o moneda, o sello de papa, o de rey, o lo fiziere falsar a otri, deue morir por ello.* Seguidamente se refiere asimismo a la sanción que se le puede imponer a un escribano, en los siguientes términos: *E si escribano de algun concejo fiziere carta falsa, cortenle la mano con que la escriuio, e finque enfamado para siempre.*

Bajo este nombre de las Siete Partidas se conoce la obra legal más importante de Alfonso X y seguramente de toda la historia jurídica española, *vid.* PÉREZ MARTÍN, «La obra legislativa alfonsina y puesto que en ella ocupan las Siete Partidas», *Glossae. Revista de historia del derecho europeo*, 3 (1992), 30 ss. Las otras obras que se le atribuyen a Alfonso X el Sabio son el Fuero Real y el Espéculo. Por lo que respecta a las Siete Partidas, constituyen un cuerpo jurídico de mayor alcance que la otras dos obras citadas por su planteamiento más doctrinal y su entidad más bien enciclopédica y puede considerarse el libro jurídico más representativo de la recepción del derecho común en Castilla *vid.*, entre otros, CLAVERO, B., *Temas de historia del Derecho: Derecho de los Reinos* (Sevilla, 1990), 98. Hay que decir con el autor que las siete partes de que consta la obra abarcan prácticamente todo el sistema de derecho de la época, aunque con frecuencia de forma bastante genérica, sin descender en todos los casos a la regulación concreta de las instituciones jurídicas que contempla.

Según GARCÍA Y GARCÍA, el rey Fernando III el Santo y Alfonso X el Sabio usaron la ley visigoda para unificar legislativamente el Reino de Castilla, lo cual preludia y acompaña la recepción del derecho común que se verifica en gran escala en Castilla, cuya colección de las Siete Partidas parece inspirarse en el modelo del Digesto, y el Fuero Real representaría el papel del Código justinianeo, «El derecho común en Castilla durante el siglo XIII». *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo* 5-6. (Murcia, 1993-94), 55. Las Siete Partidas, en *Códigos Antiguos de España*, ed. M. MARTÍNEZ ALCUBILLA (Madrid, 1885).

la falsificación de los escritos del rey<sup>86</sup>. Impone la citada ley diferentes sanciones, según quien sea el autor: de forma que: *si es omne de grand guisa, peche al rey la meatud de toda su buena; é si fuere omne vil pierda la mano con que fizo aquel pecado.*

Con relación a la falsificación de documentos privados, la ley de Chindasvinto en LV 7,5,2, establece también distinta regulación, en función de la clase social y jurídica de los autores de la falsificación de los documentos (según se trate de *potentiores, humiliores vel servi*). Las sanciones se establecen en los siguientes términos: *si potentiores sunt, quartam partem facultatum suarum amittant*; no siendo suficiente aquella cuarta parte de los bienes, de la cual una cuarta porción iba a parar al príncipe, para reparar el daño causado, en este caso el culpable caía en esclavitud en favor del perjudicado. Con respecto a la pena de los *humiliores*, establece la ley lo siguiente: *humiliores sane vilioresque persone, que talia detecti fuerint conmisisse, ex iuxta superiorem hordinem conscribere debebunt professionem, et perpetuo cui fraudem fecerint addicantur ad servitutem*. Además, unos y otros eran castigados con cien azotes. Con relación a los siervos causantes de la falsificación de documentos, la citada ley de Chindasvinto prevé dos supuestos diferentes, esto es, si el siervo que falsifica el documento pertenece a dueño distinto de aquel a quien le falsifican y establece lo siguiente: *Quod si servi hoc fecerint, et eso alieni iuris esse patuerit, illis consignentur perenniter servituri, quibus scripturam subtraxisse aut celasse vel lesisse fuerint adprobatu*. El siguiente supuesto, si lo hizo por mandato de su dueño: *Quod si iubentibus dominis suis talia fecerint, omne damnum redundet ad dominum*.

En parecidos términos, el Fuero Juzgo, 7,5,2<sup>87</sup>, con la rúbrica: *De los que fazen falsos escriptos*, establece el texto legal citado una serie de distinciones que están también en función de la condición social y jurídica del causante de la falsificación: *Si fueren omnes de gran guisa, pierdan la quarta parte de sus bienes*. Por otra parte: *E si fuere omne de vil guisa, el que furtó el escripto, ó el que lo corrompió, despues que lo manifestare antel iuez, debe ser siervo daquel cuyo era el escripto*. Además, establece en ambos casos: *Hy el omne de grand guisa,*

---

<sup>86</sup> Fuero Juzgo 7,5,1, *De los que falsan los escriptos del rey*.-*Quien mudar alguna cosa de mandado del rey, ó desficiare. Ó ennadriere, ó en tiempo, ó en dia, ó en otras cosas; hy el que falsar el siello del rey ó otra sennales, si es omne de grand guisa, peche al rey la meatud de toda su buena; é si fuere omne vil, pierda la mano con que fizo aquel pecado; é si por ventura viniere, que aquellos iuezes murieren á quien es enviado aquel mandado del rey, el obispo del lugar, ó otro obispo deven dar aquel mandado á los otros iuzes vezinos de la tierra, que lo iudguen, é acaben el pleyto cuemo los otros.*

<sup>87</sup> Fuero Juzgo 7,5,2, cf. la nota 71.

*o de vil guisa, si lo fiziere, cada uno dellos deva recibir C. azotes. E si fuere siervo aieno el que furte el escripto, quel que lo corrompe, ó que lo asconde, sea siervo daquel cuyo era el scripto; é si lo fiziere por mandado de su sennor, el sennor peche todo el danno por él.*

En todo caso, este régimen general es compatible con el tratamiento específico de ciertos casos, tales como el que recoge la disposición *antiqua* de LV 7,5,<sup>98</sup> *De his, qui cifra notarios publicos iussiones ac leges principum recitare vel scribere ausi fuerint*. Desde el punto de vista de las sanciones se establece en la disposición citada una unificación de penas tanto respecto del siervo como del hombre libre, a quienes trata en una disposición que falta en las ediciones oficiales de Recesvinto y Ervigio de la Ley de los visigodos y que aparece en la Vulgata como novela, sin que nada conste sobre su autor y además hay que destacar que hace una mención expresa a los notarios públicos<sup>89</sup>. Las sanciones según la ley citada consisten en la amputación del pulgar derecho, además de doscientos azotes y marcas infamantes. Estas mismas penas se establecen en el FJ 7,5,9: *De los que escriben las leyes del rey falsamiente, o las que dan á otri que las escriban*<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> LV 7,5,9. *De his, qui cifra notarios publicos iussiones ac leges principum recitare vel scribere ausi fuerint*, cf. la nota 75.

<sup>89</sup> Con relación a las *scripturae* y *scribae* en el reino visigodo, vid, BONO, José, *Historia del derecho notarial español*, T. I, 1 (Madrid, 1979), 81 ss.; T. I, 2 (Madrid, 1982). Se puede decir con el autor citado que todo el sistema del derecho privado visigodo está dominado por la idea de la escrituriedad, y cada negocio jurídico puede ser conformado a través de una *scriptura*. La actividad de estos *scribae* (notarios públicos, dice la LV 7,5,9), debió versar no sólo sobre la escrituración de actos y contratos de particulares, sino abarcar también la redacción de los actos judiciales (iudicia) y de las actuaciones que tenían lugar ante el obispo en materia testamentaria y en las manumisiones, *Idem*, 82. Otro testimonio de la actividad de los *scribae* es el de San Isidoro (*Etymol.* 9,4,27) que al tratar del *ordo curiae* incluye al *scriba publicus* (= *tabellio, exceptor*) como el que escribe los documentos que se protocolizan en la curia municipal. Este cometido era el que desempeñaron los *tabularii* de la época romana.

<sup>90</sup> La versión en el Fuero Juzgo 7,5,9, es la siguiente: *De los que escriben las leyes del rey falsamiente, ó las que dan á otri que las escriban.-Los males de algunos omnes nos facen poner ley pora los que son de venir, é que aquellos que non se quieren castigar por palabra, si al que no, que se castiguen por la pena de la ley. E por que vimos ya algunos que escribian leyes de rey falsamiente, é que las alegaban falsamiente, ó que las fazian escrever á los notarios por las confirmar, onde metien muchas cosas en nuestras leyes, hy escribien que non eran ordenadas, nin pora nos, nin eran convenibles á nuestro pueblo, nin provechosas, é que fazien grande danno á nuestros pueblos: por ende defendemos en esta nueva ley que ningun omne daqui adelante, si non fuere escrivano comunal de pueblo, ó del rey, ó tal omne, á quien mande el rey, que non ose allegar falsas constituciones, nin falsos scriptos del rey, nin escribir, nin dar á ningun escrivano que escriba falsamiente. Mas los escrivanos del pueblo, ó los nuestros, ó a quien nos mandaremos, las escrivan, é las lean las nuestras constituciones, é non otri. E si algun omne fuere contra este defendimiento, si quier sea libre ó siervo, el uiez le faga dar CC. azotes, é sea sennalado laydamiente; é fagale demas cortar el polgar de la mano diestra, por que vino contra nuestro mandado, é contra nuestro defendimiento.*



Otro ejemplo de tratamiento específico, lo tenemos en la disposición contenida en LV 7,5,5, *antiqua*, sobre falsificación del testamento de quien ha fallecido, añadiendo la citada ley a la pena ordinaria la de infamia: *et insuper pro falsitate ferat infamium*, y la obligación de devolver los beneficios que el autor del delito hubiera percibido ilegítimamente. Finalmente en LV 7,5,8<sup>91</sup>, una disposición de Chindasvinto sanciona la falsa escritura de donación con las penas patrimoniales y físicas ya en vigor, a las que añadió la obligación que le incumbe al autor de la falsedad de cumplir la promesa *posterioribus scripturis confectis*<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> El texto de la disposición del monarca Chindasvinto en LV 7,5,8, establece, bajo la rúbrica: *De callide et fraudulenter posterioribus scripturis confectis. - Non inmerito cogitur debitum heredis exolvere, qui successor hereditatis noscitur exitisse. Quia ergo nullis fraudem necesse est occasionibus excusare huius perpetim valiture legis sanctione censemus, ut, quicumque cuilibet per cuiuscumque scripture contractum res quascumque dederit, que tamen repperiantur quandoquidem aut non eius iuris fuisse, qui dedit, aut id, quod dedisse videtur, per priorem scripturam aut quamcumque definitionem in cuiuscumque prius nomine obligasse et sub quodam argumento id postmodum alteri dedisse, quod aut suum non erat, aut iam prius alteri dederat, dum fraudis huius commentum manifeste patuerit, ipse quidem, qui fecit, si suprestis est, et promissionem et penam, quam ab eo edita scriptura testatur, subplere cogendus est...*

<sup>92</sup> También el Fuero Juzgo 7,5,7, establece lo siguiente: *De los escritos que son fechos, que dizen que eran fechos despues, é eran fechos ante. - Non es tuerto que aquel que a la buena del muerto, que pague la debda. E porque el omne que faze el enganno non debe aver ninguna excusacion: por ende establecemos por esta ley que todo omne que da á otrí alguna cosa por escripto, é aqueita cosa nunca fue en so poder, ó tal cosa que avie ante empennada á otrí, é por algun enganno diola é éste lo que empennara ante á otrí, ó lo que non era so, pues que esto pudiera ser provado, si aquel que fizo este enganno es vivo debe pagar la pena, é quanto prometiera en el scripto. E si despues de su muerte pudiere seer provado el enganno, sos erederos lo deven todo pagar. E si aquello que prometió es mas que toda su buena, los que tienen lo buena dexen la buena por emienda, si non quisieren pagar aquello: hy esto mismo mandamos guardar, que si aquel á quien fuera la cosa empennada primeramientre sopiera el enganno, el qui lo fizo el enganno, y el que lo sopo, paguen egualmientre la pena, é quanto fuera prometido, é reciban en sus cuerpos, hy en sus casas el danno que dize la ley de suso de los falsos.*

# Estudios de Deusto



Universidad de  
Deusto

