

**REVISTA DE
DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD
(REDS)**

Número 2, Época I, Mayo –Agosto 2013

ISSN: 2340-4647



IURE LICET
ABOGADOS

Dykinson, S.L.

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Revista de Derecho Empresa y Sociedad (REDS).

IURELICET ABOGADOS (Área de Investigación)

Bilbao, C/ Gran Vía, 55, 1º Izda

E-mail iurelicet@iurelicet.com

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:

www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2340-4647

PRESIDENCIA EDITORIAL

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

DIRECCIÓN

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN

JAVIER LARENA BELDARRAIN

Profesor Encargado de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SECRETARÍA TÉCNICA

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Abogado especialista en Derecho Penal Económico

COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Deusto

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Deusto

JAVIER LARENA BELDARRAIN
Profesor Encargado de Derecho Procesal
Universidad de Deusto

IGNACIO LLEDÓ BENITO
Abogado especialista en Derecho Penal Económico

LORENZO MORILLAS CUEVA
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Granada

PILAR FERRER VANRELL
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Islas Baleares

JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Islas Baleares

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURRECOA
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Deusto

JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN
Magistrado Tribunal Superior de Justicia País Vasco

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ
Notario y Registrador

INMACULADA VIVAS TESÓN
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

LUIS GARAU JUANEDA
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de las Islas Baleares

ANGEL REBOLLEDO VARELA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

ANA DÍAZ MARTÍNEZ
**Profesora Titular de Derecho Civil y Magistrada
Suplente del Tribunal Superior de Galicia**
Universidad de Santiago de Compostela

DOMINGO BELLO JANEIRO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Coruña

LUIZ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRAGA
Abogado y Expresidente de la Asociación de Abogados de Derecho de Familia

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao

MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ
**Magistrado Expresidente del Tribunal Superior de
Justicia del País Vasco**

MIGUEL OLMEDO CARDENETE
Catedrático Derecho Penal
Universidad de Granada

IGNACIO BENÍTEZ CORTÁZAR
Catedrático Derecho Penal
Universidad de Jaén

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA
**Notario y Presidente de Euskaltzandia
(Academia de la Lengua Vasca)**

AGUSTÍN LUNA SERRANO
Catedrático Derecho Civil
Universidad de Barcelona

LUIS GARAU JUANEDA
Catedrático Derecho Internacional Privado
Universidad Islas Baleares

ENRIQUE GADEA SOLER
Profesor titular de Derecho Mercantil
Universidad de Deusto

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Miembros Del Comité:

PRESIDENTE

LORENZO MORILLAS CUEVA
*Catedrático de Derecho Penal y
Ex rector de la Universidad de Granada
Universidad de Granada*

VOCALES

CARME CHACÓN PIQUERAS

ExMinistra de Defensa y Vivienda.
Professor in Residence en Miami Dade College

JEAN-BERNARD AUBY

*ExDecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París
XII. Profesor de Derecho Público en la Universidad de Sciences
Po Paris y director de la Acción mutaciones de l'Publique
Pública Droit et du (cambios en el gobierno y Derecho Público,
MADP) de Sciences Po Paris.
Universidad de Sciences Po Paris*

AGUSTÍN LUNA SERRANO

*Catedrático Derecho Civil y Doctor Honoris Causa de la
Universidad de La Sapienza (Roma) y Doctor Honoris Causa
por la Universidad de Almería.*

NICOLAS REDONDO TERREROS

Abogado y Analista político

FERNANDO GARCIA DE CORTAZAR RUIZ DE
AGUIRRE

*Catedrático de Historia. Director de la Fundación 2 de Mayo,
Nación y Libertad.
Premio Nacional de Historia.*

GUILLERMO OLIVEIRA

*Catedrático de Derecho Civil. Experto en Bioética, Derecho y
Medicina.
Universidad de Coimbra*

ANTONIO FLAMINI

*Doctor y actual Decano de la Facultad de Derecho de Camerino,
Catedrático de Derecho Civil y miembro de la "escuela
civilística" que agrupa a los más prestigiosos catedráticos de
derecho civil italiano. Universidad de Camerino (Italia)*

VASCO PEREIRA DA SILVA

*Doctor en Derecho, Ciencias Jurídicas y Políticas de la Facul-
tad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa . Doctor
Honoris Causa por UNIPLAC (União Educacional do Planalto
Central) y Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Lisboa*

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

*Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y
Diplomado en Sociología Política y en Administración de Em-
presas. Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor honoris
causa por las Universidades de Messina (Italia) y Pontificia
Universidad Católica del Perú.*

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO
*Decano Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas
de la Universidad Javeriana de Bogotá.
Universidad Javeriana de Bogotá*

EDUARDO VERACRUZ PINTO

*Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa.
Presidente de la Junta de la Facultad de Derecho de la Uni-
versidad de Lisboa. Miembro de la Cámara de Seguimiento y
Enlace con los Tribunales Judiciales del Consejo Superior de la
Judicatura.
Universidad de Lisboa*

ALEJANDRO MIGUEL GARRO

*Doctor en Derecho, Investigador Senior de la Escuela Parker de
Derecho Extranjero y Comparado
Universidad Columbia Law School NY*

GUILLERMO ALCOBER GARAU

*Catedrático Derecho Mercantil
Universidad Islas Baleares*

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS

*Profesor Titular de Derecho mercantil de la Universidad de las
Islas Baleares. Fue investigador visitante de la Universidad de
Ginebra y de la Universidad de Harvard
Universidad Islas Baleares*

LORENZO MEZZASOMA

*Juez Honorario en el Tribunal de Perugia . Miembro del Consejo
Superior de la Magistratura. Catedrático Derecho Civil y coor-
dinador de la actividades de investigación de derecho civil de la
Universidad de Perugia. Universidad de Perugia*

MARTA HANNA DE ROSA

*Licenciada en Derecho Canónico por la Facultad homónima de
la Pontificia Universidad Católica Argentina.
Abogada por la Universidad de Mendoza y Coordinadora
Publicaciones de la Facultad de Derecho.
Universidad Católica del Uruguay*

RAÚL CERVINI

*Catedrático de Derecho Penal y Encargado de Posgrados
e Investigaciones Internacionales
Universidad Católica del Uruguay*

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE

*Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad Católica del Uruguay*

ANDRÉS MORA MARTINEZ

*Abogado egresado en la (UFT), Especialización en Criminología
y Derecho Constitucional). Actualmente es Juez Itinerante de
Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio en el Esta-
do Carabobo.*

Universidad Fermin Toro (Venezuela)

PILAR PERALES VISCASILLAS

*Doctora en Derecho y Catedrática Derecho Mercantil.
Consejera académica en Baker & McKenzie. Es delegada
de España ante la Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi-Uncitral) y
observadora en el Grupo de Trabajo para la preparación de la
nueva edición de los Principios de Unidroit.
Universidad Carlos III de Madrid*

LETICIA GARCIA VILLALUENGA

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid (UCM); Mediadora; Directora del Instituto Universitario de Investigación en Mediación y Gestión de conflictos de la UCM (IMEDIA). Directora del postgrado de Especialista en mediación. Fue Vicepresidenta del WMF Universidad Complutense de Madrid

MAYDA GOITE PIERRE

Profesora Titular de Derecho Penal, Presidenta de la Sociedad cubana de Ciencias penales de la Unión Nacional de juristas de Cuba, Jefa de la Disciplina docente de Ciencias penales y Decana de Postgrados, investigaciones y relaciones internacionales de la Universidad de La Habana Universidad de La Habana

ARNEL MEDINA CUENCA

Profesor Titular de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Expresidente de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. Máster en Derecho Público por la Universidad de Valencia (España). Miembro de número de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales.

LEONARDO PÉREZ GALLARDO

Profesor Titular de Derecho Civil y de Derecho Notarial. Notario. Universidad de La Habana

ROXANA SÁNCHEZ BOZA

Abogada en el Despacho Suarez y Sanche. Notaria Pública. Catedrática de Derecho Civil Universidad de Costa Rica y Universidad Latina

ALEJANDRO MARTINEZ CHARTERINA

Doctor en Derecho y Catedrático Derecho Económico. Director del Instituto de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho. Vocal del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi. Universidad de Deusto

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL

Catedrático de Derecho Civil Universidad ICADE Madrid

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho Civil Universidad de Córdoba

LUIS ZARRALUQUI NAVARRO

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

JESÚS URRAZA ABAD

Abogado Director Despacho Jurídico Urraza&Mendieta

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

ANA HERRÁN ORTIZ

Profesora Titular de Derecho Civil Universidad de Deusto

JORGE BLANCO LOPEZ

Profesor y Fiscal Sustituto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco Universidad de Deusto

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO

Notario del Ilmo. Colegio Notarial de Bilbao

RAMÓN MÚGICA ALCORTA

Notario y Abogado del Estado.

JAVIER VALLS

Profesor Titular de Derecho Penal Universidad de Granada PEDRO MUNAR BERNAT Catedrático Derecho Civil Universidad de Baleares

RAFAEL LINARES NOCI

Profesor Titular Derecho Civil Universidad de Córdoba

JAVIER BATARRITA GAZTELU

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia

CONCEPCIÓN NIETO MORALES

Doctora en Sociología. Trabajadora Social en Fiscalía en el Servicio de Apoyo a la Administración de Justicia Junta de Andalucía

Universidad Pablo de Olavide

JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

PIERRE LUIGI M DELL'OSSO

Fiscal Antimafia de la República de Italia. (Procurador Nacional Antimafia de Italia)

INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA

Profesora Titular del Departamento de Derecho Civil. Sus publicaciones se centran en el derecho real de hipoteca -hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización (tesis doctoral premiada por la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia y premio de doctorado por la Facultad de Derecho)-, la ejecución hipotecaria y los desahucios), los fondos de inversión inmobiliaria, el derecho de daños -en el sector de la construcción y en prevención de riesgos laborales. Universidad de Granada

JOSE PABLO ALZINA DE AGUILAR

Cónsul General de España en Brasil

LEOPOLDO CALVO- SOTELO

IBAÑEZ-MARTIN

Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Master en The Fletcher School of Law and Diplomacy, Tufts University. Ex Secretario General del Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales del Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones. Ex Subsecretario del Ministerio del Interior, Letrado Mayor de la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

“MIRABILIA”

¿QUO VADIS ESPAÑA?: ALGUNAS REFLEXIONES ENTORNO AL DEBATIDO TEMA DE LA CRISIS SOCIOECONÓMICA

La ciudadanía se pregunta con asombro en qué momento se producirá el milagro de salir de la crisis en un país ciertamente empobrecido. Es curioso, que un país endeudado, “rescatado tácitamente” mantenga la credibilidad en el “Estado del bienestar” gracias a la labor abnegada de instituciones públicas y/o privadas que contribuyen socialmente a la mejora de servicios asistenciales. En esta línea de razonamiento se hablaba hace poco con razón, al merecido reconocimiento de una institución como Cáritas y su notable labor en los servicios sociales. Así es España...

La crisis empieza a comportarse como un problema existencial agudizado por una errática y desconcertante política de austeridad a tenor de los dictados de la Troika europea.

Es contradictorio, y nos llama poderosamente la atención, que a pesar de una devastadora política de reducción del gasto público en servicios esenciales para el ciudadano, sobre todo en “sanidad”, “educación” y “justicia”, el ciudadano tenga, aún así una consideración óptima de estos servicios esenciales para la población.

Es curioso que en otro orden de cosas la merma de los recursos públicos a la investigación científica no se cohoneste con un reconocimiento a la ingente y silente labor investigadora. Dígase lo mismo de la enseñanza pública, notablemente valorada por el ciudadano o de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Precisamente estos ámbitos de actuación pública son los que más sufren los recortes presupuestarios.

Este país no puede salir de la crisis, sino hay incentivación del consumo o dinamización del crédito. Es por ello que mientras la política europea sumida en una burócrata y estéril función de organismos inoperantes se empecine en drásticas políticas de austeridad, no habrá una solución viable para los países del euro. Máxime en una situación de “desgobierno europeo” en donde organismos como la Comisión y/o Parlamento no cumplen con eficiencia sus funciones, erigiéndose en verdaderos “Reinos de Taifas” en donde las competencias del Eurogrupo o Banco Central Europeo actúan con calculada opacidad, solapando competencias que pertenecen a la Comisión y/o Parlamento. Esto lo hemos visto hace poco con la situación chipriota, y a no tardar mucho, desgraciadamente se puede repetir con otros países.....

La salida a una crisis tan aguda como la que padecemos, debe priorizar en el caso que nos ocupa nuestro Gobierno de una atención preferencial al apoyo de las PYMES, un apoyo sin fisuras, a las pequeñas y medianas empresas. Resulta paradójico, que ante la ausencia de ayudas, económicamente viables, la atención se centre en aumentar cada vez más el gasto público. En la actual crisis se ha dicho con razón que se está aprendiendo a sobrevivir “desbancarizadamente”. Se hace necesario un verdadero reajuste fiscal que recorte el gasto público y la subida de impuestos que agrava la recesión. Es así, que debe acabarse con las graves negligencias en la rendición de cuentas del sector público.

Se ha argumentado con razón que lo que de verdad ha colocado al sistema al borde de la bancarrota es la desconfianza del ciudadano a la política en general y sobre todo la tristeza impotente de contemplar la degradación moral pública, ante un fenómeno como el de la corrupción que asola como los “ejércitos de Atila” el desgaste institucional y una cada vez más degradada confianza del ciudadano en la gestión de la “res pública”. Y por ello se

hace necesario no solamente una ley de transparencia de la función pública sino que hay que ir más lejos, una necesaria modificación de la ley orgánica de los partidos políticos para acabar verazmente con la falta de transparencia; así como una inapelable reforma de la ley electoral que oxigene con renovación, la desgastada vida política y retome la credibilidad y confianza del ciudadano en los partidos políticos.

El ciudadano se pregunta como es posible que no haya medidas ejemplarizantes, o bien éstas se retardan “in illo tempore...” Quizá porque el valor tiempo, juega inexorablemente como cómplice en la caducidad del olvido, para una sociedad acostumbrada al vaivén ciclotímico de las coyunturas. Lo que hoy es noticia, mañana es historia, noticia caduca y superada por los acontecimientos sociales, políticos y económicos.

¿Como es posible no emprender y reactivar medidas en un mundo tan tecnificado y donde por ejemplo somos capaces en el ámbito de la Genética, la Robótica o las Tecnologías de la información caminar hacia un inteligente y proactivo “trashumanismo...”? y por el contrario, ¿No ser capaces de diseñar políticas económicas, financieras y/o sociales que contribuyan al bienestar del ciudadano y la confianza en sus representantes políticos nacionales y supranacionales?

El ciudadano no puede ni debe dejar de creer en las instituciones democráticas con todos sus errores y deméritos. Aun así, sigue siendo la herramienta de convivencia más eficaz. Por ello es peligroso el juego de las “alternativas populistas”. Esta reflexión no debe de hacernos olvidar que la “sociedad civil” presiona en favor de una política de acuerdos hacia los grandes partidos políticos.

Asimismo, es incomprensible como no pueden posibilitarse acuerdos institucionales en los temas prioritarios de la convivencia como son la educación, la sanidad, la justicia y la política exterior. Se debe de huir de vacuas declaraciones formalistas que no conducen a soluciones realistas y funcionalmente operativas.

No nos engañemos, si no existe una convincente política de empleo y se favorece el consumo no habrá salida de la crisis. La actual reforma laboral abarata el despido, destruye el empleo, afecta al consumo, potencia la morosidad, que ya supera el 12% (según datos del Banco de España) y con ello aumenta dramáticamente el endeudamiento familiar, y lleva consigo una alarmante reducción del crédito y con ello se asfixia la propia labor empresarial. Ello asimismo provoca una falta de liquidez para financiar préstamos o éstos son excesivamente caros. Estamos asistiendo a un panorama en el que cada vez se cancelan más créditos que los concedidos. Es un círculo vicioso del que hay que salir, como hemos indicado con políticas menos confiscatorias y que se piense más en la recaudación de ingresos vía consumo, que en una política de recaudación impositiva que no dinamiza el mercado de bienes y servicios.

La gravedad de la crisis (cuyos niveles de endeudamiento son calamitosos) requerirían de medidas socialmente útiles, emprendiendo, (como hemos dicho) una política fiscal distinta que fuera en una línea de “bajada de impuestos”. No nos olvidemos que hace menos de un año el Estado avalaba a la Banca por más de 100.000 mil millones. En fin, el ciudadano piensa (quizá no le falta razón) que este “dinero público” sirve exclusivamente para arreglar los balances de los Bancos y no para ayudar a las empresas. Antes de subir impuestos debería recaudarse la deuda pendiente de todo aquel que ha defraudado, esto unido a una política que reactive el consumo y como decimos “baje los impuestos”.

Asimismo, no solo debe reactivarse una política fiscal, que potencie el consumo, sino también generar una confianza en el ciudadano de credibilidad en el sistema. Un ejemplo servirá de ilustración a lo que estamos reflexionando. Por ejemplo, cuando el Ministerio de Hacienda realiza una “declaración paralela” a un contribuyente, de 1.500€ con nómina, como no pague, se le embarga el sueldo. Por el contrario, si se trata de un delito, la deuda no se podría cobrar hasta que hubiera sentencia (lo que no es una actuación inmediata). La paradoja es evidente. Un delincuente de “cuello blanco” que defraude más de 120.000€, no

le embargan hasta que la justicia actúe vía sentencia. Con lo cual, inicialmente se librará del embargo que el sufrido ciudadano con nómina oficial no podría....

En esta misma línea de razonamiento debería suprimirse el nada igualitario y equitativo impuesto del patrimonio que razonablemente se ha dicho que penaliza el “ahorro familiar”. Es paradójico la falta de uniformidad en el pago de este impuesto, en las distintas Comunidades Autónomas.

Desgraciadamente la política fiscal es claramente confiscatoria. No tiene sentido que con una devaluación del mercado inmobiliario, tengamos unos impuestos cada vez mas altos que gravan los bienes inmuebles y ello a costa del sufrido ciudadano, que cada vez percibe con dolor y sinrazón que las “cosas” que posee cada vez valgan menos, aunque sus impuestos sean mas altos. Así, la crisis arrastra a la creación de tipos impositivos más altos y en esta dinámica perversa la mayoría de las Comunidades Autónomas implantan nuevos impuestos con el que aumenta el “caos normativo”, y lo que es peor provoca una criticable inseguridad jurídica.....

En fin, es obligatorio y urgente rediseñar la política fiscal y reducir el déficit público llevando a cabo una reforma estructural profunda y creíble de la Administración en todos sus ámbitos. En este sentido, cuando hablamos de “brotes verdes”, ¿Cómo podemos entender esta entusiasta afirmación, si hemos acumulado en los últimos tiempos más de 30.000 millones de deuda? Incluso podríamos preguntarnos ¿Cuánto de deuda incobrable?

Se ha dicho en este sentido que precisamente “el marco regulatorio español” impide que las empresas puedan resultar competitivas. No ayuda en absoluto las políticas fiscales ni tampoco las laborales. No se combate eficientemente el fraude. Cada vez se contagia en el espíritu popular, el descrédito hacia la unión comunitaria, y se refuerza una creciente hostilidad a la integración europea. Sobre todo cuando se retarda la puesta en funcionamiento de organismos, como la “non nata” Unión monetaria. En fin, el principal objetivo en las actuales circunstancias, no debe ser otro que la reducción del paro, el saneamiento del sector financiero, la circulación del crédito para las familias y las pequeñas y medianas empresas, unido, a una ejemplaridad en el ejercicio de la función pública.

INDICE

TRABAJOS MONOGRAFICOS

1.- FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO

- Catedrático de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid -

LA CONTRACT CLAUSE EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

2.- CRISTINA C. PASCUAL BROTONS

- Secretaria Judicial-

INSCRIPCION REGISTRAL DE LA ADQUISICION MEDIANTE SUBASTA.

3.- MS C. ARNEL MEDINA CUENCA:

- Profesor Titular de Derecho Penal y Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Vicepresidente de la Sociedad cubana de Ciencias Penales -

EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES Y LA NECESIDAD DE SU ACTUALIZACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL CUBANO

4.- CONCEPCIÓN NIETO MORALES:

- Doctora en Sociología de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Trabajadora Social en Fiscalía en el Servicio de Apoyo a la Administración de Justicia Junta de Andalucía -

DISCURSO DE LAS JÓVENES PRIVADAS DE LIBERTAD POR SENTENCIA JUDICIAL (ESTUDIO DE CASOS)

5.- AINGERU SORARRAIN ALTUNA Y OLGA DEL ORDEN OLASAGASTI:

- Responsable de renta variable en Licenciado en Kutxabank Gestión, SGIIC. Licenciado en Administración y Dirección de Empresas por la Universidad de Deusto. Doctorando en Economía y Dirección de Empresas por la Universidad de Deusto.

-Doctora en CCEE y Empresariales por la Universidad de Deusto. Catedrática del Departamento de Finanzas y contabilidad de la DBS (Universidad de Deusto)-

RELACIÓN DE AGENCIA, GOBIERNO CORPORATIVO Y COSTES DE AGENCIA EN LAS EMPRESAS ESPAÑOLAS

6.- PUERTO SOLAR CALVO:

- *Jurista II.PP. Ministerio del Interior*. Especialista en Ordenamiento Jurídico UE UNED. DA Derechos Fundamentales UAM -

EL PRECIO DE LAS COSAS PAC Y LAS PYMES: EL FUTURO QUE NOS ESPERA

7.- MARÍA JOSÉ BRIZ:

- *Master en Resolución Alternativa de conflictos. Prof. Encargada del Consultorio Jurídico. Universidad Católica del Uruguay* -

RAÍCES HISTÓRICAS DE LA MEDIACIÓN COMO MEDIO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS.

8.- ELISA C. LLEDÓ BENITO:

- *Abogada. Master in International Relations 2012-2013. IE School of International Relations, Madrid. Área de Investigación en la Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE)*-

AID EFFECTIVENESS AFTER NATURAL DISASTERS. THE CASE OF HAITI: A UNIQUE TRAGIC STORY

RECENSIONES

1.- IGNACIO LLEDÓ BENITO:

- *Abogado especialista en Derecho Penal Económico*-

LA SUCESIÓN NOBILIARIA

2.- IGNACIO LLEDÓ BENITO:

- *Abogado especialista en Derecho Penal Económico*-

URBANISMO Y CORRUPCIÓN POLÍTICA (UNA VISIÓN PENAL, CIVIL Y ADMINISTRATIVA)

3.- FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE:

- *Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Deusto*-

DERECHO Y CONSUMO. ASPECTOS PENALES, CIVILES Y ADMINISTRATIVOS

LA *CONTRACT CLAUSE* EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

Francisco Fernández Segado
Catedrático de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid

Fecha de recepción: 08 de abril de 2013
Fecha de aceptación: 08 de mayo de 2013

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA *CONTRACT CLAUSE* Y SU TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL. 2. LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL EN LA CONVENCIÓN DE FILADELFIA DE LA *CONTRACT CLAUSE*. 3. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL DE LA “CLÁUSULA DE LOS CONTRATOS” EN LA SECCIÓN 10ª DEL ART. I. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS QUE PLANTEA SU INTERPRETACIÓN: A) UNA CLÁUSULA OPERATIVA FRENTE A LOS ESTADOS. B) ÁMBITO DE LA CLÁUSULA: ¿CONTRATOS PRIVADOS Y CONTRATOS PÚBLICOS? C) EN RELACIÓN A LOS CONTRATOS PRIVADOS, ¿ES APLICABLE LA CLÁUSULA TAN SÓLO A LAS RELACIONES DEUDOR/ACREEDOR, O SE APLICA A TODO TIPO DE CONTRATOS PRIVADOS INDEPENDIENTEMENTE DE SU CONTENIDO? D) ¿IMPIDE LA CLÁUSULA TAN SÓLO LAS LEYES CON EFECTOS RETROACTIVOS? E) ¿QUÉ SE ENTIENDE POR “OBLIGACIÓN” DE UN CONTRATO, Y CUÁNDO HA DE CONSIDERARSE QUE HAY UN “MENOSCABO” (“IMPAIRMENT”) DE LA MISMA? F) ¿ALCANZA LA CLÁUSULA TAN SÓLO A LAS ACTIVIDADES LEGISLATIVAS O LIMITA TAMBIÉN AL JUDICIARY? G) ¿SE ENCUENTRA LA CLÁUSULA SUJETA A CIERTOS LÍMITES IMPLÍCITOS? LA LIMITACIÓN DEL POLICE POWER: A) LÍMITACIONES JURISPRUDENCIALES EN LA APLICACIÓN DE LA *CONTRACT CLAUSE*. B) EL LÍMITE DEL POLICE POWER Y SU CONEXIÓN CON LA DOCTRINA DE LA DUAL SOVEREIGNTY. C) LA RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL POLICE POWER Y DE OTRAS LIMITACIONES SOBRE LA *CONTRACT CLAUSE*: DE LA MARSHALL COURT A LA GUERRA CIVIL (1861-1865). D) “*CONTRACT CLAUSE*” VERSUS “POLICE POWER”: LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DESDE EL FIN DE LA GUERRA HASTA LA BLAISDELL OPINION (1934).

RESUMEN: La cláusula del contrato (o cláusula de los contratos) es enunciada en la Sección 10ª del Art. I de la Constitución de los Estados Unidos. La cláusula impide a los Estados aprobar leyes que menoscaben las obligaciones que derivan de los contratos. Esta cláusula se convirtió en el siglo XIX en la disposición constitucional de mayor relevancia, habiéndose considerado central para el entendimiento de la historia constitucional americana.

La paternidad del desarrollo de esta cláusula se ha atribuido a John Marshall. Para el Presidente del Tribunal Supremo la cláusula encarnaba una Constitución cuya verdadera naturaleza residía en la limitación de los poderes estatales y en la subsiguiente concesión de poderes al gobierno federal. El Tribunal presidido por Marshall iba a convertir esta cláusula en el fundamento de una sorprendente expansión de la revisión judicial de la legislación.

Sin embargo, esta cláusula ha presentado notables oscilaciones en el tiempo. Pocas disposiciones constitucionales han experimentado tan drásticos altibajos como la cláusula de los contratos. La visualización del cambio de perspectiva acerca de esta cláusula comenzó en los años siguientes a la Guerra Civil. La aparición en la escena constitucional de la cláusula del debido proceso tendrá mucho que ver con ello.

La cláusula de los contratos ha ido paulatinamente disminuyendo en relevancia en la medida en que el Tribunal Supremo ha otorgado a la cláusula del debido proceso una mayor amplitud. El progresivo desplazamiento del concepto de los derechos adquiridos por el de los derechos sustantivos, como concepto central del pensamiento jurídico norteamericano, ha incidido también en este desplazamiento.

ABSTRACT: The contract clause, or the contracts clause, is enounced in the tenth Section of the Art. I of the United States Constitution. This clause prevents the States to pass any law impairing the obligation of contracts. The contract clause became in the nineteenth century the constitutional prevision of a greatest outstanding and it was highly considered in order the understanding of the american constitutional history.

The development's paternity of the clause has been attributed to John Marshall. For the Chief Justice the clause personifies a constitution whose true nature resided in the limitation of the states powers and in the subsequent granting of powers to the federal government. The Marshall Court should convert the contract clause in the ground of a surprising expansion of the judicial review of legislation.

Nevertheless, the contract clause has presented remarkable oscillations in the course of time. Few constitutional provisions have undergone so drastic ups and downs as the contract clause. The visualization of the change of the perspective about this clause started in the following years of the Civil War. The appearance in the constitutional stage of the due process clause will have much to do with it.

The contract clause has gradually decreased its trascendency insofar as the Supreme Court has given to the due process clause a greater extent. The progressive displacement of the notion of vested rights for the concept of substantive rights as central idea of the american legal thinking has also influenced in this displacement.

PALABRAS CLAVE: Cláusula de los contratos, Cláusula del debido proceso, Constitución norteamericana, Contrato, Doctrina de la soberanía dual, John Marshall, Obligaciones de los contratos, Poder de policía, Revisión judicial de la legislación, Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

KEY WORDS: Contract, Contracts clause, Dual sovereignty doctrine, Due process clause, John Marshall, Judicial review of legislation, Obligations of the contract, Power police, United States Constitution, United States Supreme Court.

1. INTRODUCCIÓN: LA CONTRACT CLAUSE Y SU TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL.

I. Los incisos finales del párrafo primero de la Sección 10 del Artículo I de la Constitución norteamericana prevén que: “No state shall... pass... ex post facto law, or law impairing the obligation of contracts...” (“Ningún Estado... aprobará leyes ex post facto o leyes que menoscaben las obligaciones que derivan de los contratos”). Esta última disposición enuncia la famosa contract clause o “cláusula de los contratos”.

La contract clause, aunque pueda resultar sorprendente, se convirtió en el siglo XIX, o por lo menos en una buena parte del mismo, en la disposición constitucional de mayor relevancia, hasta el extremo de que, como escribe Siegel¹, la comprensión de esta cláusula en el siglo XIX es central para el entendimiento de la historia constitucional americana, y en el marco de la misma, según otros autores, para el propio desarrollo del federalismo². No ha de extrañar que así aconteciere, y en tal sentido se pronuncia gran parte de la doctrina³, por cuanto la cláusula en cuestión pronto iba a devenir el arma principal con la que la Marshall Court iba a restringir la frecuente interferencia legislativa estatal sobre los derechos de propiedad.

Aunque nos ocuparemos de ello con mayor detalle más adelante, es conveniente desde este mismo momento ser conscientes de los frecuentes abusos que las legislaturas estatales iban a cometer sobre los derechos de propiedad en el período que media entre la Independencia y la aprobación de la Constitución en 1787. Para Beard, “dos pequeñas cláusulas” constitucionales encarnan las principales demandas de los propietarios de bienes muebles frente al “agrarianismo” (“agrarianism”): la interdicción de la emisión estatal de papel moneda (recogida en el mismo párrafo que la contract clause) y la prohibición de menoscabar los compromisos dimanantes de los contratos. En tales cláusulas, Beard no sólo visualiza la recepción de un principio de profundo significado, sino que, más allá de ello, considera que, “the economic history of the states between the Revolution and the adoption of the Constitution is compressed in them”⁴. Y al margen de ello, aunque también volveremos al tema más adelante, no puede caber duda de que para los Framers, esto es, para quienes redactaron la Constitución, la contract clause encerraba una gran importancia. En el famoso caso de *Ogden v. Saunders* (1827), un no menos célebre abogado, Daniel Webster, se haría eco de ello en sus alegatos ante la Corte Suprema:

“The constitution ---aduciría en el mencionado caso el gran jurista nacido en Salisbury (New Hampshire) en 1782---was intended to accomplish a great political object. Its design was not so much to prevent injustice or injury in one case, or in successive cases, as it was to make general salutary provisions, which, in their operation, should give security to all contracts”⁵.

En el N.º. 7 de los *Federalist Papers*, Hamilton se iba a hacer eco de la relevancia de la “cláusula de los contratos”, al identificar las “laws in violation of private contracts” como una de las posibles causas de disputas entre los Estados de la Unión, incluso de la hostilidad entre ellos, por cuanto tales leyes vendrían a equivaler a “agressions on the rights of those states, whose

¹ Stephen A. SIEGEL: “Understanding the Nineteenth Century Contract Clause: The Role of the Property-Privilege Distinction and <Takings> Clause Jurisprudence”, en *Southern California Law Review (S. Cal. L. Rev.)*, Vol. 60, 1986-1987, pp. 1 y ss.; en concreto, pp. 3-4.

² Sobre esa conexión entre la *contract clause* y el desarrollo del federalismo americano ha hecho especial hincapié Boyd, para quien esta cláusula “has proven particularly important in American constitutional history and in the development of American federalism”. Steven R. BOYD: “The Contract Clause and the Evolution of American Federalism, 1789-1815”, en *The William and Mary Quarterly (Wm. & Mary Q.)*, Third Series, Vol. 44, No. 3 (monográfico sobre “The Constitution of the United States”), July, 1987, pp. 529 y ss.; en concreto, p. 529.

³ Todos los comentaristas constitucionales durante el primer siglo de la República concurren, como recuerda Schwartz, en la crucial importancia de la *contract clause*. Y a título de ejemplo, el propio autor se hace eco de la opinión de Sir Henry Maine, para quien “in point of fact there is no more important provision in the whole Constitution”. Escribiendo en 1885, Maine caracterizaría esta cláusula como “the basis of the credit of many of the great American Railway Incorporations”. Bernard SCHWARTZ: “Old Wine in Old Bottles? The Renaissance of the Contract Clause”, en *Supreme Court Review (Sup. Ct. Rev.)*, Vol. 1979, 1979, pp. 95 y ss.; en concreto, p. 97.

⁴ Charles A. BEARD: *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, The Free Press/Collier-MacMillan Limited, New York/London, First Free Press Paperback edition, 1965, p. 179.

⁵ *Apud* Bernard SCHWARTZ: “Old Wine in Old Bottles?...”, *op. cit.*, pp. 96-97.

citizens are injured by them”⁶. Ello añadiría una explicación adicional a la constitucionalización de esta cláusula. Por lo demás, aunque desde el punto de vista hamiltoniano, la contract clause podía servir los mismos fines que otras disposiciones económicas de la Constitución, y de modo particular que la commerce clause, una y otra cláusulas operaban de un modo completamente diferente. Mientras la cláusula de comercio, por sus propios términos, se aplica tan sólo al comercio interestatal, la cláusula de los contratos se aplica a todos los contratos, no sólo a aquéllos con partes provenientes de diferentes Estados⁷.

La paternidad de la vertebración de esta cláusula y de la concreción de su contenido se ha atribuido a Marshall, y ello es absolutamente cierto. Sin embargo, conviene no olvidar, que incluso con anterioridad a la Constitución federal, y en mayor medida aún, como es lógico, con posterioridad a la misma, hubo autores relevantes que se anticiparon a Marshall en su defensa de una amplia interpretación de esta cláusula o del principio equivalente, tan arraigado en el common law, de la “sanctity of contracts”, como también del que podríamos denominar “sanctity of charters”. Así, tras crearse durante la etapa de la Confederación el “Bank of North America”, cuyos estatutos (“charters”) fueron aprobados tanto por el Congreso (el Continental Congress) como por la Legislatura de Pennsylvania, en 1785 se intentó en este Estado derogar la “charter” otorgada por el propio Estado. Entre quienes acudieron en defensa del Banco estaban Thomas Paine, figura intelectual harto conocida, y James Wilson, un jurista de primerísima fila que sería nombrado Juez de la Corte Suprema en 1789. Wilson defendería que la ley aprobando los estatutos del Banco era un contrato entre el Estado y la corporación bancaria. Para Wilson, “the compact cannot, consistently with the rules of good faith, be departed from on other”⁸. Paine, a su vez, en sus “Dissertations on Government, the Affairs of the Bank, and Paper Money”, dejaría inequívocamente claro que, a su juicio, una “charter” era un contrato, y como tal no podía ser derogado unilateralmente. Uno y otro autores se anticipaban de esta forma a la doctrina de Marshall en unos cuantos lustros, aunque es dudoso que Marshall tuviera conocimiento de estas posiciones, o por lo menos, es algo que no ha podido ser verificado.

Como antes decíamos, Marshall y el Tribunal que presidía iban a prestar una atención preferente a la cláusula que nos ocupa. Para el Chief Justice la cláusula encarnaba una Constitución cuya verdadera naturaleza residía en la limitación de los poderes estatales y en la subsiguiente concesión de poderes al gobierno federal. De ahí la importancia que adquirirá esta norma, que durante los primeros ochenta años de vida constitucional generará más casos ante la Supreme Court que cualquier otra disposición constitucional⁹, y que no sólo servirá, particularmente durante la Chief Justiceship de Marshall, como el principal vehículo para la defensa en sede judicial de la propiedad frente a las infracciones estatales, producidas a través de una gran variedad de actuaciones legislativas¹⁰, sino que, más allá de ello, durante el siglo XIX,

⁶ Alexander HAMILTON, James MADISON and John JAY: *The Federalist or, the New Constitution*, edited with an Introduction and Notes by Max Beloff, Basil Blackwell, Oxford (Great Britain), 1948, p. 30. (El núm. 7, obra de Hamilton, en pp. 25-31).

⁷ McConnell cree que la explicación hamiltoniana podría ser puesta en duda, pues si el propósito de la cláusula en cuestión fuera la protección de los acreedores (“obligees”) residentes en otros Estados, ¿porqué no se confinó la misma a los contratos interestatales? Michael W. McCONNELL: “Contract Rights and Property Rights: A Case Study in the Relationship Between Individual Liberties and Constitutional Structure”, en *California Law Review (Cal. L. Rev.)*, Vol. 76, 1988, pp. 267 y ss.; en concreto, pp. 285-286.

⁸ *Apud* Benjamin Fletcher WRIGHT, Jr.: *The Contract Clause of the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1938, pp. 17-18.

⁹ De ello se hacen eco Douglas W. KMIEC y John O. McGINNIS: “The Contract Clause: A Return to the Original Understanding”, en *Hastings Constitutional Law Quarterly (Hastings Const. L. Q.)*, Vol. 14, 1986-1987, pp. 525 y ss.; en concreto, p. 535. Bien es verdad que Merrill puntualiza esa afirmación al sostener que hasta la entrada en vigor de la XIV Enmienda, en 1868, la *contract clause* fue la segunda, no la primera, disposición generadora de litigios ante la Corte Suprema, correspondiendo el primer puesto a la *commerce clause*, aunque el mismo autor admite que la cláusula que estamos estudiando fue el vehículo principal por el que la Corte Suprema afirmó el control constitucional federal sobre los gobiernos estatales. Thomas W. MERRILL: “Public Contracts, Private Contracts, and the Transformation of the Constitutional Order”, en *Case Western Reserve Law Review (Case W. Res. L. Rev.)*, (Case Western Reserve University, School of Law, Cleveland, Ohio), Vol. 37, 1986-1987, pp. 597 y ss.; en concreto, pp. 597-598.

¹⁰ James W. ELY, Jr.: “The Marshall Court and Property Rights: A Reappraisal”, en *John Marshall Law Review (J. Marshall L. Rev.)*, Vol. 33, 1999-2000, pp. 1023 y ss.; en concreto, 1029.

operará como la fuente fundamental de derechos federalmente protegidos¹¹. Se ha dicho¹² que Marshall iba a mostrar a través de esta actuación de la Corte que presidía su aspecto más madisoniano, pues por intermedio de ella iba a intentar llevar a cabo lo que Madison, el padre primigenio de la Carta fundamental, pensaba que era el propósito esencial de la Constitución: impedir los abusos flagrantes de los derechos privados cometidos por los legisladores estatales, tan extendidos en la década de 1780. En cualquier caso, de lo que no debe caber la más mínima duda es de que la cláusula de la “obligación de los contratos” fue la principal fuente de los casos que cuestionaban la validez de la legislación estatal, como Corwin, el gran estudioso de la judicial review, corroboró en su día¹³.

El rampante activismo judicial de la Marshall Court iba efectivamente a hacer devenir la cláusula que nos ocupa en la base de una sorprendente expansión de la judicial review. La contract clause iba a convertirse en el depósito de la doctrina judicial de los “derechos adquiridos” (“vested rights”), de las ya referidas limitaciones judicialmente deducidas de la “higher law” sobre el poder legislativo estatal, e incluso, en términos de Levy¹⁴, en “the link between constitutionalism and capitalism”. En el corto espacio de una década, Marshall, con su conocida habilidad y su incontrastable lógica, había extraído la contract clause de sus oscuros orígenes y hecho de ella una de las normas más vitales de toda la Constitución. En ello se vería ciertamente favorecido por el principio de la santidad de los contratos (“sanctity of contracts”) celebrados entre individuos en el ejercicio de los derechos que el common law les reconocía; tal principio, profundamente arraigado en el natural law, conformaría una de las normas centrales del pensamiento liberal a lo largo de todo el siglo XIX. Tras la entrada en vigor de la Constitución, el principio en cuestión quedó asimismo anclado en la contract clause. Para los juristas americanos, ese mismo principio se traducía en que los derechos de un individuo adquiridos de conformidad con la ley vigente al tiempo en que se celebraba un contrato eran “derechos adquiridos” (“vested rights”) y permanecían inalterables, salvo que mediara el consentimiento en otro sentido del individuo.

La primacía de la contract clause también asumirá una deuda inmediata con el Chief Justice, lo que derivará de la enormemente amplia interpretación que John Marshall, y con él su Tribunal, darán a esta cláusula, de modo muy particular, en el caso que constituye el objeto principal de este trabajo, *Fletcher v. Peck* (1810), en el que la Corte considerará que la cláusula en cuestión se extendía a los contratos públicos y no sólo a los privados. Marshall iba además a extender el significado de la noción de “contrato” para incluir no sólo un “executory contract”, esto es, un contrato con promesa de cumplimiento en una fecha futura, como lo visualiza la doctrina¹⁵, sino también un contrato ejecutado (“an executed contract”), que en el *Fletcher case* incluía concesiones o cesiones legislativas anteriores, que no podían ser revocadas. Más allá de este caso concreto, la contract clause iba a desempeñar un rol dominante en lo que se refiere a las sentencias constitucionales sustantivas de la era de la Marshall Court.

La trascendencia que todo ello iba a tener en la litigiosidad suscitada por la cláusula se capta en cuanto se atiende a algunos datos cuantitativos ofrecidos por Wright¹⁶, autor de la obra clásica sobre la materia. Para el Profesor de Harvard, antes de 1889, la contract clause había sido considerada por la Corte en casi el 40 por 100 de todos los casos que concernían a la validez de la

¹¹ James L. KAINEN: “Nineteenth Century Interpretations of the Federal Contract Clause: The Transformation From Vested to Substantive Rights Against the State”, en *Buffalo Law Review (Buff. L. Rev.)*, (Faculty of Law and Jurisprudence, State University of New York at Buffalo), Vol. 31, 1982, pp. 381 y ss.; en concreto, p. 381.

¹² Charles F. HOBSON: “Remembering the Great Chief Justice”, en *Journal of Supreme Court History (J. Sup. Ct. Hist.)*, Vol. 27, Issue 3, 2002, pp. 293 y ss.; en concreto, p. 297.

¹³ Edward S. CORWIN: *The Constitution and what it means today*, Princeton University Press, second printing of the twelfth edition, Princeton, New Jersey, 1961, p. 85.

¹⁴ Leonard W. LEVY: *Original Intent and the Framers' Constitution*, MacMillan Publishing Company/Collier MacMillan Publishers, New York/London, 1988, p. 130.

¹⁵ George Lee HASKINS and Herbert A. JOHNSON: *Foundations of Power: John Marshall, 1801-1815*, (Vol. II de la *History of the Supreme Court of the United States*, The Oliver Wendell Holmes Devise), MacMillan Publishing Co., Inc./Collier MacMillan Publishers, New York/London, 1981, p. 350. Haskins visualiza el “executory contract” como “a promise to perform at a future date”.

¹⁶ Benjamin Fletcher WRIGHT, Jr.: *The Contract Clause of the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1938, p. 95.

legislación estatal. Con tanto éxito se invocó su protección en sede judicial suprema, que fue la justificación constitucional para 75 de las decisiones en que leyes estatales fueron consideradas inconstitucionales, casi la mitad de todas aquellas en que tal legislación fue declarada contradictoria con la Constitución. Pero como el propio Wright destaca¹⁷, en la medida en que se han visto implicados contratos entre particulares, la contract clause ha tenido una importancia secundaria. Prueba fehaciente de ello la encontramos en el hecho de que en el siglo y medio abarcado por el estudio de Wright, éste ha podido constatar¹⁸, que la idea de algunos miembros de la Convención Constitucional, de que la contract clause serviría para proteger los contratos privados frente a las stay laws, esto es, las leyes que pretendían el aplazamiento del pago de una deuda, y frente a otros dispositivos favorables a los deudores, no se ha visto refrendada por la realidad, pues sólo poco más de la décima parte de los casos en que la cláusula ha sido considerada por la Corte Suprema han tenido que ver con contratos puramente privados, y una buena proporción de este pequeño número ha tenido escasa relación con los temores que albergaban los Fathers, los padres de la Constitución¹⁹. Todo ello no hace sino corroborar que el significado de la contract clause es producto del proceso de interpretación judicial antes que de la propia Constitución.

II. La cláusula que nos ocupa presenta, sin embargo, notables oscilaciones. Pocas disposiciones de la Constitución, ha escrito Merrill²⁰, han experimentado más dramáticos altibajos (“ups and downs”) que la contract clause. Recordaba Cardozo²¹ en uno de los trabajos que publicara antes de incorporarse a la Supreme Court (lo que haría en 1932), de la que llegaría a ser uno de sus grandes Associate Justices, las palabras de Pascal, “le droit a ses époques”, que el Profesor Hazeltine, a inicios de los años veinte del pasado siglo, reformulaba así: “the law has <its epochs of ebb and flow>”. Esta famosa observación iba a ser revivida, más de medio siglo después, por Schwartz, para proyectarla sobre la cláusula que analizamos, de la que bien se puede señalar, efectivamente, que ha tenido épocas de flujo y reflujo, pudiéndose considerar el primer siglo de la República como su “estación de crecida” (“flood season”) ²². La evolución jurisprudencial de esta disposición constitucional ha sido tan marcada que ha permitido a algunos autores periodificarla²³.

El cambio de perspectiva sobre esta cláusula comienza a visualizarse en los lustros subsiguientes a la Guerra Civil. La entrada en la escena constitucional de la due process clause

¹⁷ *Ibidem*, p. 248.

¹⁸ *Ibidem*, p. 243.

¹⁹ Estos datos son corroborados por otros autores posteriores. Así, por poner un ejemplo, Siegel aduce que puede emerger un modelo si la inmensa masa de litigios desencadenados por la *contract clause* durante el siglo XIX se separa en dos tipos de casos: los concernientes a franquicias otorgadas por el Estado (“cases involving state-granted franchises”) y los relativos a los contratos ordinarios, principalmente los que crean relaciones entre deudor y acreedor. Siguiendo a Wright, nuestro autor constata que cerca del 90 por 100 concierne a la primera categoría de casos, concernientes principalmente a estatutos corporativos (“corporate charters”). Stephen A. SIEGEL: “Understanding the Nineteenth Century Contract Clause...”, *op. cit.*, p. 7.

²⁰ Thomas W. MERRILL: “Public Contracts, Private Contracts, and the Transformation of the Constitutional Order”, *op. cit.*, p. 597.

²¹ Benjamin N. CARDOZO: “A Ministry of Justice”, en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Vol. XXXV, 1921-1922, pp. 113 y ss.; en concreto, p. 126.

²² Bernard SCHWARTZ: “Old Wine in Old Bottles?...”, *op. cit.*, p. 98.

²³ Tal ha sido el caso de Kmiec y McGinnis, quienes consideran que la historia de la *contract clause* en la Corte Suprema puede dividirse en cuatro períodos: El primero se prolongaría hasta fines de los años 1880, y en él la Corte aplicaría la cláusula con vigor para derribar la legislación estatal que, retroactivamente, menoscabara o alterara derechos contractuales, con independencia de que esos derechos fueran esgrimibles frente a otro individuo privado o frente a un Estado. En el segundo período, que se extendería hasta los años 1930, la cláusula cayó ampliamente en desuso. El desarrollo del *substantive due process* permitió a los defensores del *laissez faire* mantener con éxito la anulación de la legislación económica con efectos prospectivos lo mismo que retroactivos, convirtiendo por lo tanto la *contract clause* en un instrumento en gran medida superfluo. El tercer período lo inician estos autores con la importantísima sentencia dictada por la Corte en el caso *Home Building & Loan Association v. Blaisdell* (1934). En esta etapa el modelo de revisión jurisdiccional a través del *substantive due process analysis* continuó siendo aplicado a casos que caían bajo la *contract clause*; sin embargo, al relajarse enormemente el *due process standard*, la cláusula de los contratos se convirtió en una “virtual nullity”. En el período final, la Corte se ha encargado de revivir la cláusula que nos ocupa en una limitada medida, sujetando a un mayor examen las interferencias retroactivas de la legislación estatal con la esencia de las expectativas contractuales. Douglas W. KMIEC and John O. MCGINNIS: “The Contract Clause: A Return to the Original Understanding”, *op. cit.*, p. 534.

tendrá mucho que ver en ello. Ya a mediados del siglo XIX, el *due process*, un concepto convenientemente impreciso (“a conveniently vague concept”), como lo califica Mason²⁴, se encontraba en muchas Constituciones estatales, y a él se iba a recurrir como una suerte de barrera capaz de contener la creciente marea de la democracia Jacksoniana. Había, se decía, ciertos derechos privados absolutos, incluyendo los derechos de propiedad, que se situaban más allá del alcance de las mayorías populares. Una legislatura, se argumentaba frente al inicial entendimiento puramente formal del concepto²⁵, podía ir más allá de sus facultades aun cuando cumpliera con las formas y procedimientos propios del *due process*; de ahí que se soslayara abiertamente la idea de que el *due process* implicaba tan sólo límites procesales, interpretándose que la *due process clause* establecía límites tanto sobre lo que puede hacerse como sobre cómo debe hacerse. Como fácilmente puede percibirse, este entendimiento sustantivo, por así decirlo, de la cláusula en cuestión entrañaba un serio problema, el de la enorme potenciación de la discrecionalidad judicial que presuponía. Los propios tribunales estatales, en la etapa inmediatamente anterior a la guerra civil, en un movimiento que se ha comparado con el empleo por la Marshall Court de normas constitucionales extratextuales²⁶, comenzaron a desarrollar la idea de que el *due process* establecía restricciones sustantivas sobre el poder legislativo; las *due process clauses* se interpretaron en el sentido de que obstaban toda interferencia legislativa sobre los títulos de las tierras; en ausencia incluso de *takings clauses*, se entendió que la *due process* impedía a la autoridad legislativa llevar a cabo apropiaciones o expropiaciones de la propiedad no indemnizadas. El tiempo, por lo demás, no hará sino confirmar la gravedad de tal problemática. Aunque la Constitución federal no contenía una *due process clause* restringiendo el poder estatal, ello iba a cambiar tras la adopción en 1868 de la XIV Enmienda. Aunque en los primeros casos que se originaron de conformidad con la nueva disposición constitucional la Corte mantuvo una posición que se ha calificado como “de manos quietas” (“a hands-off position”)²⁷, rehusando actuar como censora de la legislación estatal con base en la mencionada disposición, lo cierto es que esa actitud pronto tenderá a ir mutando, teniendo mucho que ver en ese cambio jurisprudencial la organización en 1878 de la American Bar Association, que pronto se embarcó en una campaña educativa encaminada a cambiar la amplia concepción del poder legislativo mantenida hasta ese momento por la Corte, con el correlato de la expansión del rol a desempeñar por los tribunales. A tal efecto, una cláusula constitucional de tan amplio espectro como la *due process clause* podía propiciar un rol supervisor de las políticas públicas de una notable amplitud, rol que, de hecho, se tradujo en la asunción por la Supreme Court de funciones propias de una “super-legislatura”²⁸.

La *contract clause* fue paulatinamente disminuyendo en relevancia en la medida en que la Supreme Court fue otorgando a la *due process clause* una amplitud que hizo de ella un santuario aún más global (“an even more inclusive sanctuary”) para los intereses económicos de lo que la *contract clause* lo había sido²⁹. A ello habría de añadirse el hecho del progresivo desplazamiento de la noción de los derechos adquiridos (“vested rights”) por la de los derechos sustantivos como concepto central del pensamiento jurídico norteamericano en relación con el ejercicio de derechos

²⁴ Alpheus Thomas MASON: “Myth and Reality in Supreme Court Decisions”, en *Virginia Law Review (Va. L. Rev.)*, Vol. XLVIII, 1962, pp. 1385 y ss.; en concreto, p. 1391.

²⁵ Ya en 1787, en la Asamblea del Estado de Nueva York, Alexander Hamilton iba a sostener que la Constitución estatal impedía que cualquiera fuera privado de sus derechos excepto “by the law of the land”, o como una reciente ley de la propia Asamblea newyorkina había establecido, “by due process of law”, que, dijo Hamilton, ---en lo que Wood califica como un asombroso y nuevo rasgo (“an astonishing and novel twist”)--- tenía un preciso significado técnico. Estos términos, precisaba Hamilton, eran ahora “only applicable to the process and proceedings of the courts of justice; they can never be referred to an act of legislature”, aun cuando sea la legislatura la que les ha dado vida. Como de nuevo dice Wood, esto era, como mínimo, un extraordinario argumento, una de las primeras numerosas interpretaciones imaginativas de la historia americana, dada en este caso a la frase *due process of law*. En esta, como en tantas otras cuestiones jurídicas, añadiríamos por nuestra cuenta, el ingenio y la agilidad y viveza del pensamiento de Hamilton siempre fueron por delante de los demás. Cfr. al efecto, Gordon S. WOOD: “The Origins of Vested Rights in the Early Republic”, en *Virginia Law Review (Va. L. Rev.)*, Vol. 85, 1999, pp. 1421 y ss.; en concreto, pp. 1437-1438.

²⁶ James W. ELY, Jr.: “The Marshall Court and Property Rights...”, *op. cit.*, p. 1054.

²⁷ Alpheus Thomas MASON: “Myth and Reality in Supreme Court Decisions”, *op. cit.*, p. 1391.

²⁸ *Ibidem*, p. 1392.

²⁹ Bernard SCHWARTZ: “Old Wine in Old Bottles?...”, *op. cit.*, p. 98.

frente al Estado³⁰. Si la concepción anterior a la Guerra de Secesión acerca del rol del federal judiciary, en lo atinente a hacer respetar los derechos frente a las actuaciones estatales, vino dictada por su decisión de proteger tan sólo los que eran concebidos como vested rights frente al Estado y su rechazo de la protección de los substantive rights, al considerarse como una decisión judicial “demasiado política” (“too political”)³¹, ello iba a cambiar de modo sustancial en los lustros subsiguientes al fin de la contienda civil. Ya hemos tenido oportunidad de aludir a la gran relevancia que desempeñó la doctrina de los vested rights en el desarrollo de la cláusula de los contratos, que en un primer momento se encaminó a otorgar su protección a aquellos derechos dimanantes de la propiedad --en sintonía con el hecho de que durante todo el siglo XIX la propiedad privada ocupó la “preferred position” en el panteón americano de los valores constitucionales³²-- y de los contratos, que se concebían adquiridos, investidos, justamente frente a cualquier interferencia legislativa. Como es lógico, el debilitamiento de la doctrina de los derechos adquiridos implicó el de la contract clause.

No fueron las anteriores las únicas circunstancias desencadenantes del profundo declive que la contract clause iba a experimentar a partir de los años de cierre del siglo XIX. En él tendrá mucho que ver el establecimiento por la Corte Suprema de un conjunto de limitaciones que van a operar sobre la aplicación de la cláusula. Schwartz se ha referido³³ a las más relevantes: 1) la limitación de la aplicación de la cláusula a aquellos casos concernientes a leyes con efecto retroactivo, no a aquellas otras que tuviesen efecto prospectivo; como al respecto señala Siegel³⁴, que la contract clause carecía en absoluto de aplicación prospectiva se convirtió con rapidez tras la Ogden opinion en un dogma convencional; 2) la consolidación del principio hermenéutico de que los contratos públicos han de ser estrictamente interpretados en favor del Estado; 3) la regla de que los Estados no pueden hacer un contrato en sentido opuesto a ciertas facultades gubernamentales básicas e inalienables, y que los intentos estatales de hacerlo así, con ignorancia de tal regla, son nulos y por lo mismo no crean obligaciones contractuales reconducibles al significado de la contract clause; 4) en fin, la regla de que los contratos públicos, particularmente las “corporate charters”, o estatutos corporativos o societarios, pueden quedar sujetos a la facultad reservada del Estado de reformarlos o revocarlos. Innecesario es decir que tales limitaciones iban a ir adquiriendo carta de naturaleza jurisprudencial con la finalidad última de proteger el interés público frente a las posibles consecuencias negativas para el mismo que pudieran derivarse de una actuación legislativa imprevisora, que de otro modo podrían convertirse en invulnerables al amparo de la contract clause.

Tras la conflictiva etapa por la que atravesó la Corte en el New Deal, que culminó con la llamada “revolución constitucional” de 1937, la Supreme Court, con dos únicas salvedades, rechazó sistemáticamente toda controversia judicial suscitada ante ella que tuviere como soporte constitucional la contract clause. En el fondo de este sensible retroceso de la importancia de la cláusula en el ámbito del Derecho constitucional laten los enormes cambios políticos y económicos de la vida americana. Se ha dicho, que la estricta interpretación de la cláusula iba a convertirla en la segunda mitad del pasado siglo casi en una mera curiosidad histórica³⁵, pero tal apreciación ha de considerarse como muy exagerada; piénsese, por ejemplo, que en 1941, en *Wood v. Lovett*, la *Fletcher* opinion era citada como autoridad³⁶. También Merrill, un cuarto de siglo atrás, señalaba que en ese momento la cláusula no era sino una pálida sombra de sí misma

³⁰ Cfr. al respecto, James L. KAINEN: “Nineteenth Century Interpretations of the Federal Contract Clause...”, *op. cit.*, p. 382. Esta es justamente la tesis central del artículo de este autor.

³¹ James L. KAINEN: “Nineteenth Century Interpretations of the Federal Contract Clause...”, *op. cit.*, p. 404.

³² Stephen A. SIEGEL: “Understanding the Nineteenth Century Contract Clause...”, *op. cit.*, p. 57.

³³ Bernard SCHWARTZ: “Old Wine in Old Bottles?...”, *op. cit.*, p. 99.

³⁴ Stephen A. SIEGEL: “Understanding the Nineteenth Century Contract Clause...”, *op. cit.*, p. 20.

³⁵ Kmiec y McGinnis escriben que “the Clause was construed so narrowly that it became little more than a historical curiosity”. Douglas W. KMIEC and John O. MCGINNIS: “The Contract Clause: A Return to the Original Understanding”, *op. cit.*, p. 526.

³⁶ Cfr. al efecto, Robert L. HALE: “The Supreme Court and the Contract Clause” (Part II), en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. LVII, 1943-1944, pp. 621 y ss.; en concreto, pp. 635-636. *Fletcher*, diría en la *Wood opinion* el Justice Hugo L. Black, descansaba sobre la suposición de que había una continua obligación por parte del Estado, como de parte de cualquier otro otorgante, de no repudiar un traspaso válido, intentando volver a hacer valer una pretensión a una propiedad que había sido vendida.

“a pale shadow of its former self”³⁷, pero la realidad es que a fines de los años setenta delo pasado siglo la cláusula pareció revivir, en alguna pequeña medida al menos, sin que con ello queramos dar a entender, ni mucho menos, que está en vías de recuperar su esplendor de antaño. En cualquier caso, en 1977, en el caso *United States Trust Co. v. New Jersey*, la Corte anuló la abrogación de un contrato de fianza pública con fundamento en el menoscabo del contrato. El siguiente año, en el caso *Allied Structural Steel Co. v. Spannaus*, la Corte anuló una ley estatal de pensiones por imponer obligaciones no negociadas sobre una parte de un contrato privado. Se ha considerado³⁸, quizá un tanto exageradamente, que estas decisiones señalan un nuevo activismo en el empleo por la Corte Suprema de la *contract clause* para proteger derechos económicos, pero en cualquier caso revelan que la cláusula no es mera letra muerta.

Digamos para terminar, que el vigor jurisprudencial de esta cláusula, como creemos haber dejado ya claro, es directamente deudor del Chief Justice Marshall. Nadie puede estar seguro de la importancia que tal disposición constitucional habría tenido de no presidir John Marshall la Corte. Un autor tan relevante en el estudio de este instituto jurídico como Wright ha puesto de relieve³⁹, que la cláusula pensada por los Framers era algo muy diferente (“it was a very different thing”) de su conformación en los años finales de Marshall en el Tribunal, apreciación con la que no terminamos de estar de acuerdo, como trataremos de justificar llegado el momento de abordar los perfiles característicos de la *contract clause*. Ciertamente, en algunas de las más controvertidas decisiones de la Marshall Court, como pueden ser *Fletcher v. Peck* (1810), *Dartmouth College v. Woodward* (1819), *Providence Bank v. Billings* (1830), *Sturges v. Crowninshield* (1819) y *Ogden v. Saunders* (1827), la “cláusula de los contratos” fue la cuestión central, como ha reflejado un sector de la doctrina⁴⁰, con un innegable afán crítico subyacente. Pero que esas decisiones fueran controvertidas en su momento no es razón en absoluto suficiente para descalificarlas, como tampoco para censurar con mayor o menor acritud la doctrina jurisprudencial sentada por Marshall en torno a esta importantísima disposición constitucional. Con sus luces y sus sombras, la jurisprudencia marshalliana sobre esta cláusula tuvo en su momento un extraordinario valor, y juzgada en su conjunto merece un juicio notablemente positivo, como iremos viendo de inmediato al tratar de desentrañar y explicar esa doctrina.

Añadamos, en fin, que *Fletcher v. Peck*, aun siendo la más conocida de las decisiones relativas a disputas sobre títulos de tierras, y la que puede considerarse el primer *leading case* en lo que a la interpretación de la *contract clause* se refiere, no fue ni mucho menos la única. Si *Fletcher* (1810) tuvo como referencia las tierras del Yazoo, *Green v. Biddle* (1821) se relacionó con las tierras de Kentucky; en *Huidekoper’s Lessee v. Douglas* (1805) fueron las tierras de la “Holland Company” las que desencadenaron el litigio, mientras que en el caso *Fairfax’s Devisee v. Hunter’s Lessee* (1813) fue el título de las tierras de lord Fairfax el desencadenante de la decisión, que ocasionaría a su vez directamente esa “piedra angular de la supremacía federal” (“that cornerstone of federal supremacy”), como la ha llamado Turner⁴¹, que fue la sentencia dictada en el caso *Martin v. Hunter’s Lessee* (1816). Estas sentencias, en las que la controversia giró siempre en torno a una actuación estatal, presentan la peculiaridad de que las cuestiones controvertidas se habían iniciado en la mayor parte de los casos con anterioridad al acceso de Marshall a la Chief Justiceship.

³⁷ Thomas W. MERRILL: “Public Contracts, Private Contracts...”, *op. cit.*, p. 598.

³⁸ YALE-NOTE: “A Process-Oriented Approach to the Contract Clause”, en *Yale Law Journal (Yale L. J.)*, Vol. 89, 1979-1980, pp. 1623 y ss.; en concreto, p. 1624.

³⁹ Benjamin Fletcher WRIGHT, Jr.: *The Contract Clause of the Constitution*, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁰ Así, Christopher WOLFE: *The Rise of Modern Judicial Review (From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law)*, Basic Books, Inc., Publishers, New York, 1986, p. 54.

⁴¹ Kathryn TURNER: “Federalist Policy and the Judiciary Act of 1801”, en *The William and Mary Quarterly (Wm. & Mary Q.)*, Third Series, Vol. 22, No. 1, January, 1965, pp. 3 y ss.; en concreto, p. 23.

2. LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL EN LA CONVENCIÓN DE FILADELFIA DE LA CONTRACT CLAUSE.

I. Algún sector de la doctrina ha señalado que los orígenes de la contract clause están envueltos en misterio (“shrouded in mystery”)⁴², apreciación que no nos parece que refleje la realidad con mucha precisión, pues una cosa es que sus orígenes sean misteriosos y otra muy distinta el que no ocupara un lugar relevante ni en los debates de los delegados de Filadelfia, ni tampoco en las discusiones habidas en las Convenciones estatales de ratificación, aspecto éste que suscita una mayor convergencia doctrinal⁴³. Basta con atender a la minuciosa obra de Farrand para poder apreciar, sin misterio alguno, el debate, breve, pero debate al fin y al cabo, que desencadenó la propuesta llevada a cabo por Rufus King, el martes 28 de agosto, de introducir la contract clause en el texto constitucional⁴⁴. En esta misma dirección, White ha puesto de relieve⁴⁵, que entre la moción de Rufus King en favor de la cláusula y su eventual adopción por el Committee of Style, el 12 de septiembre, hubo una muy limitada discusión en la que, no obstante, se suscitó la importante cuestión de si la cláusula tenía tan sólo un efecto retroactivo. En cualquier caso, sí parece razonable admitir que estamos ante una disposición constitucional que suscitó en su momento notables dudas interpretativas que no iban a ser aclaradas en sede constituyente. Y desde esta óptica se puede entender que Johnson considerara razonablemente seguro (“reasonably safe”) sostener que no hay cláusula en toda la Constitución cuyo origen y entendimiento esté sujeto a mayor obscuridad y duda⁴⁶.

Innecesario es decir, por ser una obviedad después de lo expuesto, que los textos constitucionales inicialmente redactados no contenían ninguna contract clause (o contracts clause, pues también se utiliza el plural para identificar a esta cláusula), ni disposición equivalente. Tampoco debe extrañar esta circunstancia, pues una cláusula de este tipo o previsión análoga no había tenido acogida hasta ese momento en ninguna Constitución estatal. Wright, en su clásica obra, se ha referido⁴⁷ a cómo antes de la llegada de Marshall a la Corte (1801) tres Constituciones estatales, la de Pennsylvania en 1790, seguida de las de Kentucky en 1792 y Tennessee en 1796, habían consagrado esta cláusula, pero es evidente que este proceso de progresiva recepción en sede constitucional de la cláusula (a la muerte de Marshall, otros nueve Estados habían constitucionalizado cláusulas del mismo tipo⁴⁸) es en todo caso posterior a la Constitutional Convention. Sólo la Northwest Ordinance, pues, había recepcionado esta cláusula antes de que culminaran su trabajo los delegados en Filadelfia, pero debemos recordar que la Ordenanza se aprobó el 13 de julio, y por tanto ya bien entrados los debates constituyentes. Se ha aducido asimismo una explicación adicional a la tardía propuesta de incorporación de la cláusula a la Constitución. Tal circunstancia podría explicarse por el hecho de que las fuerzas que más tarde favorecieron una contracts clause, dedicaron primeramente sus energías a intentar conferir al Congreso la facultad de anular cualquier ley estatal que se considerara poco aconsejable

⁴² Tal es el caso, por ejemplo, de Thomas W. MERRILL: “Public Contracts, Private Contracts...”, *op. cit.*, p. 600.

⁴³ Casi nadie --escribe Levy-- se preocupó acerca de la *contract clause* ni en la Convención Constitucional ni en la controversia sobre la ratificación. Quienes defendían la ratificación y los que se oponían a ella no pudieron ser más apáticos de lo que fueron acerca de esta cláusula. Leonard LEVY: *Original Intent and the Framers' Constitution*, *op. cit.*, p. 124. También Ely se hace eco de cómo esta cláusula no ocupó un lugar relevante en los debates de ratificación, en los que gran parte de la discusión sobre la misma se vinculó a otras restricciones sobre el poder estatal, muy notablemente, sobre la prohibición de emitir papel moneda. James W. ELY, Jr.: “The Marshall Court and Property Rights...”, *op. cit.*, p. 1031.

⁴⁴ Cfr. al respecto, Max FARRAND (edited by): *The Records of the Federal Convention of 1787*, revised edition in four volumes, Yale University Press, New Haven and London, 1937 (first published by Yale University Press in 1911), Vol. II, pp. 439-440.

⁴⁵ G. Edward WHITE (with the aid of Gerald Gunther): *The Marshall Court and Cultural Change 1815-1835* (Abridged edition), Oxford University Press, New York/Oxford, 1991, pp. 600-601.

⁴⁶ Raymond T. JOHNSON: “The Contract Clause of the United States Constitution”, en *Kentucky Law Journal* (*Ky. L. J.*), (College of Law, University of Kentucky, Lexington, Ky.), Vol. XVI, 1927-1928, pp. 222 y ss.; en concreto, p. 222.

⁴⁷ Benjamin Fletcher WRIGHT, Jr.: *The Contract Clause...*, *op. cit.*, pp. 60.

⁴⁸ Buena prueba de la rápida expansión constitucional de esta cláusula la encontramos en el dato que nos ofrece Magrath, quien recuerda que durante el período en que el *Chief Justice* Roger B. Taney presidió la Corte (1836-1864), otros catorce Estados adoptaron la cláusula en sus Constituciones. C. Peter MAGRATH: *Yazoo. Law and Politics in the New Republic. The Case of Fletcher v. Peck*, The Norton Library, W.W. Norton & Company, Inc., New York, 1967, p. 115.

(“unwise”) o contraria al plan de la Unión⁴⁹. En definitiva, hubieron de pasar tres meses en la Convención antes de que se hiciera alusión alguna a la conveniencia de asegurar la protección de los contratos.

II. La propuesta de Rufus King, delegado de Massachusetts, en favor de la contract clause (llevada a cabo cuando los delegados acababan de mostrar su acuerdo en prohibir a los Estados acuñar moneda, emitir papel moneda o legalizar cualquier cosa que no fuera la moneda de oro y plata como medio de pago de las deudas) pretendía que la prohibición constitucional operase tan sólo frente a los Estados y en relación únicamente a su interferencia sobre los contratos privados, y si se piensa que King tuvo en mente la cláusula de la Ordenanza y se recuerda lo que antes dijimos acerca de su interpretación, habría de presuponerse también que lo que estaba postulando era la no afectación de derechos contractuales por leyes que tuviesen efectos retroactivos⁵⁰. En cualquier caso, la discusión duró poquísimo tiempo y la ausencia de toda alusión a la en aquel momento extendida legislación estatal de ayuda a los deudores sólo es menos sorprendente que la falta de interés mostrada por la propia propuesta⁵¹.

La moción de King suscitó de inmediato el rechazo del Gobernador Morris, de Pennsylvania. “This would be going too far. There are a thousand laws relating to bringing actions ---limitations of actions & which affect contracts---. The judicial power of the United States will be a protection in cases within their jurisdiction ; and within the State itself a majority must rule, whatever may be the mischief done among themselves”⁵². En estos términos se manifestaba Morris, cuya objeción, como puede apreciarse, se basaba en que la prohibición que se estaba postulando sobre el legislativo estatal interfería sobre el principio mayoritario, esto es, sobre la voluntad de las mayorías legislativas de los Estados. Por lo demás, como aduce McConnell⁵³, el delegado de Pennsylvania parecía más preocupado por el impacto de la legislación estatal sobre el comercio interestatal que por impedir las infracciones de los derechos contractuales dentro de cada Estado.

En una intervención casi inmediata, Madison admitía los inconvenientes que podían originarse con tal prohibición, no obstante lo cual, desde una perspectiva global, creía que pesaría más la utilidad de tal cláusula; por tanto, sopesando los pros y los contras, Madison consideraba que eran más los aspectos positivos. Ello no obstante, el que bien podríamos considerar como el “padre de la Constitución” iba a insistir en que sólo una facultad general del Congreso para anular las leyes estatales sería una protección adecuada⁵⁴. Habló a continuación el Coronel Mason, de Virginia, quien pronto se convertiría en un ardiente anti-Federalista. Mason hizo suyos parcialmente los argumentos en contra de la cláusula de Morris (“This is ---comenzó afirmando--- carrying the restraint too far”); para este delegado por Virginia, “ocurrirán casos que no pueden ser previstos y en los que algún tipo de interferencia será adecuada y esencial” (“proper & essential”). Wright ha destacado el paradójico hecho de que a la propuesta de King se opusieran personajes tan opuestos como Morris, el más aristocrático de los delegados, y Mason, el que se suponía que mantenía los puntos de vista más democráticos de todos ellos.

En réplica a las mencionadas objeciones, James Wilson, delegado por Pennsylvania, que pasaría a integrar la Supreme Court desde el momento de su inicial constitución, vino a observar que la propuesta prohibía tan sólo las intromisiones retroactivas (“retrospective interferences”). Wilson, previamente, había dado su apoyo a la disposición, sin que quedaran

⁴⁹ Michael W. McCONNELL: “Contract Rights and Property Rights...”, *op. cit.*, p. 278.

⁵⁰ Crosskey señala que en cuanto la prohibición de la Ordenanza se refería a contratos “previously formed”, la misma estaba expresamente limitada a intromisiones sobre contratos previamente formalizados, por lo que la moción de Rufus King había de entenderse como una moción “for a prohibition of retrospective <interferences> only”. William Winslow CROSSKEY: “The Ex-Post-Facto and the Contracts Clauses in the Federal Convention: A Note on the Editorial Ingenuity of James Madison”, en *The University of Chicago Law Review (U. Chi. L. Rev.)*, Vol. 35, 1967-1968, pp. 248 y ss.: en concreto, p. 248.

⁵¹ Benjamin Fletcher WRIGHT, Jr.: *The Contract Clause...*, *op. cit.*, p. 8.

⁵² *Apud* Max FARRAND (edited by): *The Records of the Federal Convention of 1787*, *op. cit.*, vol. II, p. 439.

⁵³ Michael W. McCONNELL: “Contract Rights and Property Rights...”, *op. cit.*, p. 279.

⁵⁴ Farrand, refiriéndose a Madison, escribe: “He conceived however that a negative on the State laws could alone secure the effect”. Max FARRAND (edited by): *The Records of the Federal...*, *op. cit.*, vol. II, p. 440.

reflejadas en las actas sus razones para ello⁵⁵. Su réplica introdujo un punto de confusión en el debate, como revela la inmediata intervención de Madison, quien se preguntó si la protección de los contratos frente a esas intromisiones retroactivas no podía considerarse ya garantizada a través de la prohibición constitucional de las *ex post facto laws*, “which will oblige the Judges to declare such interferences null & void”⁵⁶. Sin embargo, la realidad era que hasta ese mismo momento la Convención no había adoptado una interdicción de la legislación *ex post facto* aplicable a los Estados, pues aunque seis días antes la Convención había debatido una *ex post facto clause*, a la que muy posiblemente se refería Madison, la misma era de aplicación tan sólo al Congreso de los Estados Unidos, y tendría su definitivo encaje en la Sección 9ª del Art. I de la Constitución⁵⁷. Con su interrogante, Madison demostraba, a juicio de Crosskey⁵⁸, bien es verdad que harto discutible, que él, al menos, había estado apoyando lo que creía que era una prohibición de intromisiones prospectivas lo mismo que retroactivas, lo que presuponía entender el concepto de *ex post facto laws* en sintonía con el que, según el propio autor, era el significado ordinario de estas palabras en el siglo XVIII.

Así las cosas, Edward Rutledge, delegado por Carolina del Sur, presentó una moción sustitutiva de la formulada por King, de conformidad con la cual se impedía a las legislaturas estatales aprobar “bills of attainder (or) retrospective laws”. La moción era de inmediato aprobada por 7 votos a favor frente a 3 en contra (Maryland, Connecticut y Virginia). Se ha escrito⁵⁹, que a través del texto de la nueva moción se pretendía expandir la ya existente interdicción frente a las “retrospective criminal laws” (viabilizada por intermedio de la prohibición de las *ex post facto laws*) a todas las leyes, penales y civiles. Pero por nuestra parte no terminamos de compartir esa interpretación. Primero, porque la ya efectivamente aprobada interdicción de las *ex post facto laws* iba dirigida al Congreso, no a las legislaturas estatales. Y segundo, porque sólo en la sesión del siguiente día pareció quedar claro que la prohibición de las *ex post facto laws* circunscribía su ámbito de operatividad a lo penal.

En efecto, al poco de comenzar la sesión del siguiente día, miércoles 29 de julio, John Dickinson, delegado por Delaware, informó acerca del resultado a que le había conducido la revisión que había llevado a cabo de los Commentaries de Blackstone, en los que él encontró que los términos *ex post facto* venían relacionados con los casos criminales tan sólo. A partir de ello, y dada la indiscutible autoridad de Blackstone, Dickinson aducía que, a través de la interdicción de las *ex post facto laws*, no se impediría que los Estados dictaran leyes con efectos retroactivos en casos civiles, requiriéndose alguna previsión adicional para alcanzar tal objetivo (“that some further provision for this purpose would be requisite”⁶⁰). Quizá convenga recordar que esta interpretación de la cláusula *ex post facto* fue hecha suya posteriormente por la Corte Suprema en el caso *Calder v. Bull* (1798), aunque no es menos cierto que años después tal interpretación fue impugnada por el prestigioso Justice William Johnson en su *separate opinion* en *Ogden v. Saunders* (1827) y de nuevo en su *concurring opinion* en *Satterlee v. Matthewson* (1829). Ello no obstante, Crosskey, siempre polémico, separándose de las actas de Madison, recogidas por Farrand, pues las cree equivocadas, y con base en diversas notas de George Washington y de

⁵⁵ Quizá fuera en base a ello por lo que Denham, hace un siglo, considerara (una consideración que no creemos pueda ser suscribible) a James Wilson como el autor de la cláusula de los contratos. (“There is ---escribe--- but little doubt that the author of this bone of contention, or <the obligation clause>, as it has often been called, was Mr. James Wilson, later one of the justices of the Supreme Court of the United States, and a very learned lawyer, who had always contended that acts of a legislative body were of the nature of compacts, particularly when rights were vested under them”). R. N. DENHAM, Jr.: “An Historical Development of the Contract Theory in the Dartmouth College Case”, en *Michigan Law Review* (*Mich. L. Rev.*), Vol. VII, No. 3, January, 1909, pp. 201 y ss.; en concreto, p. 216. Denham no es, desde luego, el único que ha atribuido la paternidad de la *contract clause* a James Wilson. La razón de ello hay que buscarla en que algunos autores, en atención a los términos de su redacción, han vinculado esta cláusula con el *civil law*. Wilson estaba muy familiarizado con el *civil law*, pues su educación jurídica se afianzó en Escocia, donde había nacido en 1742, y el Derecho escocés estaba basado en los principios del Derecho romano.

⁵⁶ *Apud* Max FARRAND (edited by): *The Records of the Federal...*, *op. cit.*, vol. II, p. 440.

⁵⁷ De conformidad con el párrafo tercero de la Sección 9ª del Art. I de la Constitución, “no bill of attainder or *ex post facto* law shall be passed”, prohibición esta que tiene como destinatario al Congreso de los Estados Unidos.

⁵⁸ William Winslow CROSSKEY: “The Ex-Post-Facto and the Contracts Clauses in the Federal Convention...”, *op. cit.*, p. 249.

⁵⁹ Douglas W. KMIEC and John O. MCGINNIS: “The Contract Clause: A Return to the Original Understanding”, *op. cit.*, p. 531.

⁶⁰ *Apud* Max FARRAND (edited by): *The Records of the Federal Convention...*, *op. cit.*, vol. II, pp. 448-449.

David Brearley, delegado por New Jersey, contrariamente a esta interpretación, entiende⁶¹, que la Convención, en ese momento al menos, comprendió que la expresión *ex post facto laws* abarcaba todos los actos legislativos con efectos retroactivos de tipo civil o criminal. Al margen ya de esta polémica, tras la intervención de Dickinson, como escribe Levy⁶², murió la propuesta *contract clause* hasta que el Committee of Style, el 12 de septiembre, hizo su informe.

III. El Committee on Revision and Style había sido seleccionado por votación el 8 de septiembre, y quedó integrado por el Dr. William Samuel Johnson, delegado de Connecticut, que lo presidiría (“Chairman”), el Gobernador Morris, de Pennsylvania, Rufus King, de Massachusetts, James Madison, de Virginia, y Alexander Hamilton, de New York. Aunque Johnson era el presidente, parece que fue a Morris a quien correspondió el rol protagonista en este Comité. En una carta de James Madison a Jared Sparks, fechada en Montpelier, el 8 de abril de 1831, se puede leer: “The finish given to the style and arrangement of the Constitution fairly belongs to the pen of Mr. Morris”⁶³. Y el propio Gobernador Morris, en una carta escrita a Timothy Pickering, fechada en Morrisania el 22 de diciembre de 1814, escribe que fueron sus dedos los que escribieron la Constitución (“That instrument was written by the fingers, which write this letter”)⁶⁴. Por pura lógica, parece que en un aspecto concreto al menos, el relativo a la cláusula que nos ocupa, Rufus King, autor como ya se ha dicho de la moción original en favor de la *contract clause*, debió asumir un cierto protagonismo en el Comité de Estilo, pues fue este órgano el que finalmente revivió la cláusula, aunque también parece razonable pensar en el protagonismo que debió tener el Gobernador Morris. Así lo corrobora Hagan⁶⁵, quien se apoya en una elogiosa alusión de Madison a Morris, a quien atribuye el mérito de “añadir a la brillantez de su genio, algo que es muy raro, una sincera renuncia a sus opiniones (“a candid surrender of his opinions”) cuando los aspectos de la discusión le convencían de que las mismas habían sido formadas demasiado a la ligera”. Si se tiene en cuenta la previa oposición de Morris a la moción de King, y el hecho de que, ello no obstante, fuera un órgano en el que Morris tuvo un claro protagonismo, el que diera la luz verde final a la *contract clause*, la anterior reflexión de Madison cobra su más pleno sentido.

El 12 de septiembre, el Committee of Style hacía público el texto de la Constitución, tal y como había quedado tras sus modificaciones⁶⁶. En lo que ahora interesa, el párrafo primero de la Sección 10ª del Art. I quedaba redactado como sigue: “No state shall.... pass any bill of attainder, nor *ex post facto laws*, nor laws altering or impairing the obligation of contracts....”. Señala Crosskey⁶⁷, que la cláusula era totalmente nueva (“entirely new”), considerando completamente inverosímil (“it is quite unlikely”) que el portavoz de la Comisión, Morris, no explicara el porqué tal disposición debía de ser añadida a la Constitución. Por todo lo expuesto hasta aquí, habría que matizar bastante esa consideración del siempre controvertido Profesor de Chicago, de que el Committee of Style creó una disposición completamente nueva, aunque es cierto que una explicación de porqué se plasmaba ahora en el texto constitucional lo que un mes antes no se había considerado necesario prever, sí hubiera sido conveniente⁶⁸.

⁶¹ William Winslow CROSSKEY: “The Ex-Post-Facto and the Contracts Clauses in the Federal Convention...”, *op. cit.*, p. 250.

⁶² Leonard W. LEVY: *Original Intent and the Framers’ Constitution*, *op. cit.*, p. 126.

⁶³ Esa carta puede verse en Max FARRAND (edited by): *The Records of the Federal Convention of 1787*, *op. cit.*, vol. III, pp. 498-500. Las líneas transcritas, en p. 499.

⁶⁴ La carta puede verse en Max FARRAND (edited by): *The Records of the Federal Convention...*, *op. cit.*, vol. III, pp. 419-420. Las líneas transcritas, en p. 420.

⁶⁵ Horace H. HAGAN: “Fletcher vs. Peck”, en *Georgetown Law Journal (Geo. L. J.)*, Vol. XVI, 1927-1928, pp. 1 y ss.: en concreto, p. 37.

⁶⁶ Puede verse en Max FARRAND (edited by): *The Records of the Federal...*, *op. cit.*, vol. II, pp. 590-603.

⁶⁷ William Winslow CROSSKEY: “The Ex-Post-Facto and the Contracts Clauses in the Federal Convention...”, *op. cit.*, p. 252.

⁶⁸ Justamente por la ausencia de tal explicación, así como por la incomplitud de las actas y demás documentos relacionados con la Convención, la doctrina norteamericana ha podido efectuar muy diversas elucubraciones respecto al contenido de la cláusula y en relación a su autoría. Respecto de ésta, Ulmer, hace medio siglo, intentó dar un cierto protagonismo en la adopción de la *contract clause* a Charles Pinckney, cuya contribución al texto constitucional enfatiza. “The prohibition against state impairment of the obligation of contracts ---escribe Ulmer--- was inserted by the Committee of Style but only after Charles Pinckney had expressed similar ideas in respect to national laws on August 18”.

El viernes 14 de septiembre, la Convención, sin discusión alguna, introdujo una última innovación en la disposición al suprimir la palabra “altering”, quedando la redacción definitiva del siguiente modo: “No State shall.... pass any bill of attainder, ex post (facto) law⁶⁹, or law impairing the obligation of contracts...”, texto que habría de ser ya el definitivo. Inmediatamente después de la adopción de este texto, Elbridge Gerry, delegado por Massachusetts, formuló una propuesta en el sentido de que ya que esta cláusula de los contratos protegía frente a las rupturas de la fé pública, se aplicara asimismo al Congreso de los Estados Unidos (“the Congress ought to be laid under the like prohibitions”. Se ha dicho que esto demuestra que la aplicación de la contracts clause a los Estados y no al gobierno federal fue deliberada⁷⁰, pero realmente no hubo lugar no ya a un debate, sino ni tan siquiera a una votación, por lo que ese supuesto carácter consciente y deliberado es bastante relativo a nuestro entender.

Por qué se aceptó sin oposición ni discusión una disposición que, desde el mismo momento en que se planteó, desencadenó un cierto rechazo, no está nada claro. De ahí que lo más que puede decirse es que los Framers mostraron un sorprendente poco interés en los problemas que subyacían a la cláusula, y de resultados de todo ello quedó muy poco claro, como corrobora una enorme mayoría de la doctrina⁷¹, el significado que había de atribuirse a la dicción “impairing the obligation of contracts”. Alguno podría acudir para explicar esta circunstancia a la reflexión hecha por el Presidente Franklin D. Roosevelt con ocasión del sexquicentenario de la Constitución: el texto constitucional era un documento de legos, no un contrato de abogados⁷². Pero sería un muy craso error, pues si algún rasgo cabe entresacar de quienes se reunieron en Filadelfia es el de las elevadas cualidades intelectuales de los delegados, particularmente de quienes ejercieron el liderazgo de la Convención⁷³.

Aun cuando sea entrar en una polémica que, hasta donde nos alcanza, ha sido bastante marginal entre la doctrina americana, que, por lo general, ha seguido a pie juntillas las actas de la Convención plasmadas por Farrand en su clásico libro, siendo de recordar que lo que hizo Farrand fue recopilar, con enorme rigor, dicho sea al margen, diversas actas y escritos relacionados con la Convención (las escritas por Madison, primariamente, pero también el Journal de la Convención y otros escritos, como los de Mason y McHenry), lo cierto es que como la información crucial sobre el devenir de la contract clause en la Convención se debe a Madison, Crosskey, vale la pena recordarlo, ha descalificado por entero tal información: “But Madison’s notes, ---escribe el Profesor de la “University of Chicago”⁷⁴--- as they relate to the Contracts Clause, are incredible, not only because of these things that they do contain, but, also, because of

S. Sidney ULMER: “Charles Pinckney: Father of the Constitution?”, en *South Carolina Law Quarterly (S. C. L. Q.)*, Vol. 10, 1958, pp. 225 y ss.; en concreto, p. 244.

⁶⁹ *Apud* Max FARRAND (edited by): *The Records of the Federal...*, *op. cit.*, vol. II, p. 619. Ponemos entre paréntesis el término *facto*, porque este término, presuponemos que por un error de impresión, está ausente del texto de Farrand.

⁷⁰ Michael W. McCONNELL: “Contract Rights and Property Rights...”, *op. cit.*, p. 280.

⁷¹ Valga como ejemplo el más caracterizado estudioso del tema, Benjamin Fletcher WRIGHT, Jr.: *The Contract Clause...*, *op. cit.*, p. 10. Se hace eco Wright de cómo la peculiar terminología utilizada por los constituyentes vino a sugerir a algunos autores que los Framers pudieron quizá apropiarse de los términos del Derecho Romano. Desde luego, la evidencia de la similitud, si es que no identidad, de los términos es grande. Pero no hay de ningún modo otra prueba de este supuesto seguimiento del Derecho romano. “In none of the discussions of which we have any record ---escribe Wright--- is the meaning of the clause traced to or explained by reference to the Civil Law”.

⁷² “The Constitution of the United States ---afirmó Roosevelt, en un *address* recogido, entre otros muchos medios, por la edición del *New York Herald Tribune* del 18 de septiembre de 1837--- was a layman’s document, not a lawyer’s contract. That cannot be stressed too often, Madison, most responsible for it, was not a lawyer—nor was Washington or Franklin, whose sense of the give and take of life had kept the Convention together”. *Apud* Edward S. CORWIN: “James Madison: Layman, Publicist and Exegete”, en *New York University Law Review (N. Y. U. L. Rev.)*, Vol. XXVII, 1952, pp. 277 y ss.; en concreto, p. 278.

⁷³ Señala Diamond, que la mayoría de los delegados eran inteligentes, que muchos habían sido muy bien educados, que unos pocos eran profundos y casi todos tenían experiencia en los asuntos públicos. Hombres como Franklin, Madison, Hamilton, Wilson, Livingston y Mason eran además estudiosos y autores de importantes trabajos, bien versados en la literatura política y acostumbrados a llevar a los asuntos políticos el estilo y penetración de su formación e intelecto. Y además eran muy jóvenes, promediando los 40 años de edad, aunque muchos de los más relevantes quedaban muy por bajo de esa edad (Pinckney, 29 años; Hamilton, 32; Edmund Randolph, 34; el Gobernador Morris, 35 y James Madison, 36). Martin DIAMOND: *The Founding of the Democratic Republic*, F. E. Peacock Publishers, Inc., Itasca, Illinois, 1981, pp. 16-17.

⁷⁴ William Winslow CROSSKEY: “The Ex-Post-Facto and the Contracts Clauses...”, *op. cit.*, p. 253.

the things they do not contain”. En apoyo de su tesis, Crosskey aduce que cuando George Mason, delegado por Virginia, leyó una copia impresa del Informe del Committee of Style, vio de inmediato con evidencia cierta, que la nueva cláusula añadida por el Committee tenía un amplio significado. Y así, en un “memorandum” redactado por Mason con vistas a postular la introducción de diversos cambios en el texto presentado por el Committee, este delegado por Virginia añadió una anotación para proponer la inserción de la palabra “previous” después de las palabras “obligation of” en la disposición sobre la contracts clause del Committee. Ello habría conducido a que la disposición dijera: “No state shall.... pass any laws altering or impairing the obligation of previous contracts”.

Durante las sesiones de la Convención de los días 14 y 15 de septiembre, Mason propuso la mayoría de los cambios que él había anotado en sus papeles y junto a cada una de las modificaciones postuladas, él anotó la decisión que al efecto adoptó la Convención. Sus documentos, hoy en la Library of Congress, muestran que uno de los cambios propuestos por Mason fue justamente el ya señalado: la inserción de la palabra “previous” en la contracts clause, y que tal cambio fue rechazado⁷⁵ por la Convención. El cambio propuesto era bien revelador, desde luego, como también lo fue su rechazo por la Convención, que ---especula Crosskey--- debió decepcionar completamente a Madison⁷⁶, y quizá por lo mismo no se hizo eco de todo ello en sus “Notas sobre la Convención”. Innecesario es decir que la información reflejada por Crosskey era significativa, pues el rechazo por la Convención del término propuesto por Mason venía a significar un amplísimo entendimiento de la cláusula por la Convención, por cuanto, de modo implícito al menos, ello se traducía en que las leyes estatales no podrían menoscabar los compromisos derivados de contratos celebrados no sólo con anterioridad a la promulgación de la ley, sino que tampoco podrían afectar a contratos formalizados con posterioridad⁷⁷.

El lunes 17 de septiembre era finalmente aprobada la Constitución, ese documento señero en la historia del constitucionalismo que el británico William Gladstone ensalzara como “the most wonderful work ever struck off at a given time by the brain and purpose of man”⁷⁸, si bien, como con enorme sensatez precisaría uno de los destacados protagonistas de la Convención de Filadelfia, el Gobernador Morris, que fuera o no un buen texto no iba a depender tanto de su redacción como de su interpretación⁷⁹, y aquí es donde Marshall desempeñaría un papel estelar.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 253.

⁷⁶ Recuerda McConnell (Michael W. McCONNELL: “Contract Rights and Property Rights...”, *op. cit.*, p. 276), que Madison, en una carta de 17 de octubre de 1788 dirigida a Jefferson, le comentó que la *contracts clause*, al igual que otras dos prohibiciones de la Sección 10ª del Art. I de la Constitución, “created more enemies than all the errors in the System positive and negative put together”. Esta apreciación revelaría ciertamente un juicio un tanto crítico respecto del diseño de la cláusula, pero no es menos cierto que en otra carta (quizá incluso en la misma, pues hemos de expresar nuestras dudas acerca de si el dato que recoge McConnell en la nota 46, p. 276 de su trabajo, es erróneo, y en realidad se está refiriendo a una carta de 24 de octubre de 1787) dirigida también a Jefferson, de la que ya nos hemos hecho eco en el primer epígrafe de este trabajo, Madison criticará con dureza la mutabilidad e injusticia de determinadas leyes estatales que afectaban a los derechos de los particulares. Más aún, como hemos podido ver, en el breve debate habido en la Convención al hilo de la propuesta por King de la *contract clause*, Madison, tras sopesar las ventajas e inconvenientes de la misma, consideraría que las primeras eran mayores que los segundos.

⁷⁷ Quizá por lo mismo, Rappaport pudo escribir hace una treinta de años que “discussion of the clause at the time of its ratification assumed that it would operate absolutely”, a lo que el propio autor añade la existencia de una evidencia histórica en el sentido de que los *Framers* no pretendían crear a través de la cláusula de los contratos “a balancing test”. Michael B. RAPPAPORT: “A Procedural Approach to the Contract Clause”, en *Yale Law Journal (Yale L. J.)*, Vol. 93, 1983-1984, pp. 918 y ss.; en concreto, pp. 923-924.

⁷⁸ William E. GLADSTONE: “Kin Beyond Sea”, en *North American Review (North Am. Rev.)*, Vol. CXXVII, N° 264, September/October, 1878, pp. 179 y ss.; en concreto, p. 185. Para Gladstone, “as the British Constitution is the most subtle organism which has proceeded from the womb and the long gestation is progressive history, so the American Constitution is, so far as I can see, the most wonderful work ever struck off at a given time by the brain and purpose of man”.

⁷⁹ Recuerda Corwin, que una vez aprobada la Constitución, un amigo comentó al Gobernador Morris: “Ustedes han hecho una buena Constitución”, a lo que éste replicó: “depends on how it is construed”; y en su caracterización de la Constitución como “un experimento”, Hamilton sostuvo el mismo punto de vista pragmático. Edward S. CORWIN: “The Constitution as Instrument and as Symbol”, en *The American Political Science Review (Am. Pol. Sci. Rev.)*, Vol. 30, No. 6, December, 1936, pp. 1071 y ss.; en concreto, p. 1073.

IV. En relación a las discusiones habidas en las Convenciones estatales de ratificación, o con ocasión de ellas, acerca de la contract clause, lo primero que ha de decirse es que los informes o actas son igualmente escasos, al margen ya de los posicionamientos sobre esta disposición en *The Federalist*, que han sido considerados como la única clara discusión de la cláusula (“the only straightforward discussion of the clause”)⁸⁰, a los que nos referiremos mayormente en un momento ulterior. Con todo, en al menos dos de esas Convenciones, la de Virginia y la de Carolina del Norte, como también en la Legislatura de Maryland, se produjeron relevantes debates a favor y en contra de la cláusula. En cualquier caso, no le falta razón a Wright, cuando señala⁸¹, que ha habido tanto énfasis sobre los aspectos económicos de la lucha por la adopción de la Constitución que uno debiera esperar encontrar que la contract clause fue una de las disposiciones más ardientemente atacada y más acaloradamente defendida. Sin embargo, su discusión tanto en las Convenciones como en la literatura panfletaria que acompañaron a aquéllas es relativamente rara.

Tiene particular interés la posición adoptada por Madison en el N° 44 del *Federalist*, quizá la más nítida toma de postura por uno de los Framers partidarios de la ratificación. En dicho artículo se puede leer lo que sigue:

“Bills of attainder, ex post facto laws, and laws impairing the obligation of contracts, are contrary to the first principles of the social compact, and to every principle of sound legislation. The two former are expressly prohibited by the declarations prefixed to some of the state constitutions, and all of them are prohibited by the spirit and scope of these fundamental charters. Our own experience has taught us, nevertheless, that additional fences against these dangers ought not to be omitted. Very properly, therefore, have the convention added this constitutional bulwark in favour of personal security and private rights; and I am much deceived, if they have not, in so doing, as faithfully consulted the genuine sentiments, as the undoubted interests of their constituents. The sober people of America are weary of the fluctuating policy which has directed the public councils. They have seen with regret and with indignation, that sudden changes, and legislative interferences, in cases affecting personal rights, become jobs in the hands of enterprising and influential speculators; and snares to the more industrious and less informed part of the community. They have seen, too, that one legislative interference is but the first link of a long chain of repetitions; every subsequent interference being naturally produced by the effects of the preceding. They very rightly infer, therefore, that some thorough reform is wanting, which will banish speculations on public measures, inspire a general prudence and industry, and give a regular course to the business of society”⁸².

La defensa por Madison de la cláusula que tratamos es rotunda y la crítica a la situación que la desencadena la lleva a cabo sin paliativos. En cualquier caso, Madison no entra en el análisis del ámbito y rasgos de la contract clause.

Es el momento de recapitular. De entrada habría que decir, que pese a que quizá hubiera podido imaginarse lo contrario, la contract clause no suscitó críticas violentas de los oradores que, como Luther Martin, se posicionaron claramente en favor, llegado el caso, de la ayuda estatal a los deudores, ni, a la recíproca, vigorosas defensas por parte de quienes la proponían. A la vista de la insistencia que se ha puesto en la trascendencia del contexto económico en el que se enmarcó el debate en torno a la adopción del texto constitucional, uno podría esperar encontrar en una cláusula como la nos ocupa el centro de gravedad de ese debate, pero lo cierto es que en absoluto aconteció así. En la Constitutional Convention no desencadenó un especial entusiasmo; hay

⁸⁰ Robert L. CLINTON: “The Obligation Clause of the United States Constitution: Public and/or Private Contracts”, en *University of Arkansas at Little Rock Law Journal (UALR L. J.)*, Vol. 11, 1988-1989, pp. 343 y ss.; en concreto, p. 346.

⁸¹ Benjamin Fletcher WRIGHT, Jr.: *The Contract Clause of the Constitution*, op. cit., p. 12.

⁸² Alexander HAMILTON, James MADISON and John JAY: *The Federalist or the New Constitution*, op. cit.; el N° 44, en pp. 226-233 (el texto transcrito en p. 228).

incluso autores que, como Lerner⁸³, creen que la cláusula fue principalmente el fruto de un acuerdo en el seno del Committee of Style, lo que obviamente supondría que no suscitó debate alguno en la Convención, pero, a nuestro modo de ver, no se puede desvincular su adopción por el Comité de Estilo de la previa propuesta hecha en la Convención por Rufus King, objeto de un mínimo debate. Y en las Convenciones estatales de ratificación, la cláusula suscitó igualmente escasa discusión, y su significado tampoco fue objeto de una particular clarificación, a salvo, según el propio Lerner, de un acuerdo general acerca de que la misma se refería tan sólo a los contratos privados, apreciación que no compartimos y que nos parece hartamente discutible.

Finalizamos este recorrido por el fugaz proceso de recepción en sede constitucional de la contract clause. No obstante los limitados datos a que el mismo permite acceder, White⁸⁴ ha extraído de los datos disponibles estas dos conclusiones acerca del propósito de la contract clause: 1ª) que fue diseñada como una de las diversas restricciones sobre la facultad de los Estados de otorgar ayuda a los deudores en circunstancias de crisis; 2ª) que su ámbito estaba limitado a los contratos privados, no vinculando a los Estados para alterar los términos de sus propios contratos. Por contra, al propio autor le resulta muy dificultoso extraer una conclusión acerca del limitado efecto retroactivo (esto es, frente a las leyes de efectos retroactivos) de la cláusula, pues el rechazo a incluir la palabra “previous” antes de “obligation” iba a generar dudas irresolubles al respecto. Por supuesto, esta última apreciación está lejos de ser pacífica entre la doctrina. Baste con un ejemplo. Para Olken⁸⁵, a diferencia de su predecesora, esto de la cláusula contemplada por la Ordenanza de 1787, la contract clause, presumiblemente, incluía los contratos públicos e incluso aquellos acuerdos alcanzados mediante fraude ya que los términos de la disposición constitucional no los excluía. La cláusula constitucional difería asimismo de la acogida por la Northwest Ordinance en que prohibía tan sólo el menoscabo estatal de las obligaciones dim anantes de los contratos, mientras que la Ordenanza contenía una más amplia prohibición respecto de cualquier interferencia legislativa sobre los contratos.

3. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL DE LA “CLÁUSULA DE LOS CONTRATOS” EN LA SECCIÓN 10ª DEL ART. I. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS QUE PLANTEA SU INTERPRETACIÓN.

“No state shall.... pass any.... law impairing the obligation of contracts”. Aunque ya transcrita la disposición constitucional que nos ocupa, vale la pena iniciar este epígrafe recordándola. La cláusula se halla redactada con la caracterización propia de una declaración general, lo que lejos de extrañar se ha de considerar perfectamente coherente con los enunciados normativos de una constitución. Por lo mismo, la dicción constitucional de la *contract clause* no contribuye en modo alguno a aclarar el contenido y operatividad jurídica de esta disposición. Más bien todo lo contrario, pues abre una amplia serie de interrogantes de no fácil respuesta. Incluso los términos nucleares de la cláusula, como pueden ser los de “contracts”, “obligation” o “impairing” quedan indefinidos. En realidad, lo único que la disposición parece dejar meridianamente claro es que su operatividad se limita a los Estados, algo que, como ya hemos advertido en un momento precedente, no deja de ser discutible.

El emplazamiento de la cláusula en el Art. I de la Constitución puede sugerir que los *Framers* se hallaban principalmente preocupados con la división del poder entre las legislaturas estatales y el Congreso federal. Es igualmente probable, según un sector de la doctrina⁸⁶, que los constituyentes consideraran que cualquier mal comportamiento (“misbehavior”) judicial estatal podía, y debía, ser remediado por el *federal judiciary* con base en la *diversity jurisdiction* contemplada por la Sección 2ª del Art. III (“The judicial power shall extend.... to controversies....

⁸³ Max LERNER: “John Marshall and the Campaign of History”, en *Columbia Law Review (Colum. L. Rev.)*, Vol. XXXIX, 1939, pp. 396 y ss.; en concreto, p. 413.

⁸⁴ G. Edward WHITE: *The Marshall Court & Cultural Change 1815-1835*, op. cit., p. 601.

⁸⁵ Samuel R. OLKEN: “Charles Evans Hughes and the *Blaisdell* Decision: A Historical Study of Contract Clause Jurisprudence”, en *Oregon Law Review (Or. L. Rev.)*, Vol. 72, 1993, pp. 513 y ss.; en concreto, p. 519.

⁸⁶ Barton H. THOMPSON, Jr.: “The History of the Judicial Impairment <Doctrine> and Its Lessons for the Contract Clause”, en *Stanford Law Review (Stan. L. Rev.)*, Vol. 44, 1991-1992, pp. 1373 y ss.; en concreto, p. 1384.

between citizens of different states....”). Esta cláusula se ha considerado⁸⁷ como el producto de tres factores cuyo peso relativo es difícil de valorar: 1) el deseo de evitar un perjuicio regional en contra de los litigantes en materias mercantiles; 2) el deseo de permitir a los intereses comerciales, fabriles y especulativos litigar sus controversias, y de modo particular, sus controversias con otras clases (sociales), ante jueces que estuvieran firmemente vinculados (“firmly tied”) a sus propios intereses, y 3) el deseo de lograr una más eficiente administración de justicia para las clases así beneficiadas.

La cláusula, como antes avanzábamos, no obstante lo conciso de su texto, o quizá por ello mismo, plantea un variado elenco de cuestiones problemáticas a discernir en sede interpretativa. Son, al menos, las siguientes: 1) El ámbito de la cláusula, ¿comprende tan sólo los contratos privados o se proyecta asimismo a los contratos públicos? 2) En relación a los contratos privados, ¿circunscribe la cláusula su aplicación a las relaciones deudores—acreedores o, más ampliamente, se aplica a todo tipo de contratos privados independientemente de su contenido? 3) ¿Protege la cláusula a los contratos formalizados frente a leyes con efectos retroactivos o se aplica también a los contratos que puedan formalizarse después de la aprobación de una ley general? 4) ¿Qué se entiende por “obligación” de un contrato y cuándo ha de entenderse que hay un “menoscabo” de la misma? 5) ¿Alcanza la cláusula tan sólo a las actividades legislativas o limita también al *judiciary*? Y 6) ¿Se encuentra la cláusula sujeta a ciertos límites implícitos?

Adicionalmente, podría incluso suscitarse la cuestión de si la cláusula afectaba a la legislación promulgada antes de que la Constitución fuera ratificada o tan sólo a la legislación estatal aprobada una vez vigente la Constitución. Digamos que la Corte no ignoró esta cuestión, sino que se planteó si la *contract clause* había de aplicarse a las leyes promulgadas antes de que el gobierno federal iniciara sus funciones. En el caso *Owings v. Speed* (1820), entendió que la cláusula no se extendía retroactivamente al Derecho vigente cuando el gobierno federal estaba siendo organizado.

Al analizar el proceso de recepción constitucional por los *Framers* de la *contract clause* ya hemos tenido oportunidad de referirnos al escaso debate existente al respecto y a lo poco que tal proceso contribuye a aclarar el significado de esta disposición. Sus términos condujeron a que los mismos delegados de Filadelfia mantuviesen diferentes interpretaciones acerca de esta disposición. Y aunque hubo algunos, como sería el caso de William Symmes, un delegado antifederalista en la Convención de ratificación de Massachusetts, que reconocieron no comprender el efecto que esta cláusula podría tener, su modestia era atípica, pues como escribe Boyd⁸⁸, ignorantes en gran medida de la diversidad de puntos de vista, la mayoría creyó comprender el significado de la cláusula, asumiendo que su comprensión coincidía con la de la mayoría de los *Framers* y anticipaba lo que podía ser la base de la política pública en el inmediato futuro. En resumen, “the clause meant different things to different men in 1787-1788”⁸⁹. Incluso un texto con autores de tan altísimo nivel como *The Federalist Papers*, llamado a convertirse en un verdadero clásico del pensamiento político⁹⁰, nos muestra con claridad enfoques diferentes por parte de Hamilton y Madison acerca de esta cláusula. Sin ir más lejos, Hamilton, en el N° 7, alude tan sólo a los contratos privados, mientras que del N° 44, escrito por Madison, como después se verá, parece desprenderse que la cláusula se proyecta a los contratos públicos lo mismo que a los privados, todo ello al margen ya de una visión diferenciada acerca del significado de la cláusula. Bien es cierto, respecto de Hamilton, que en su dictamen sobre la “Georgia Repeal Act”, que abordaremos con cierto detalle en un momento posterior, y que realizó en marzo de 1796, anticipó

⁸⁷ John P. FRANK: “Historical Bases of the Federal Judicial System”, en *Indiana Law Journal (Ind. L. J.)*, Vol. 23, 1947-1948, pp. 236 y ss.; en concreto, pp. 269-270.

⁸⁸ Steven R. BOYD: “The Contract Clause and the Evolution of American Federalism, 1789-1815”, en *The William and Mary Quarterly (Wm. & Mary Q.)*, Third Series, Vol. 44, No. 3 (monográfico sobre “The Constitution of the United States”), July, 1987, pp. 529 y ss.; en concreto, p. 536.

⁸⁹ Steven R. BOYD: “The Contract Clause and the Evolution of American Federalism, 1789-1815”, *op. cit.*, p. 531.

⁹⁰ Vale la pena recordar la clarividencia del Presidente George Washington cuando, refiriéndose a *The Federalist*, en el verano de 1788, escribió estas proféticas palabras a Alexander Hamilton: “When the transient circumstances and fugitive performances which attended this crisis shall have disappeared, that work will merit the notice of the posterity, because in it are candidly and ably discussed the principles of freedom and the topics of government”. *Apud* Clinton ROSSITER: “Introduction”, en la obra de Hamilton, Madison y Jay, *The Federalist Papers*, New American Library, New York and Scarborough (Ontario), 1961, pp. VII y ss.; en concreto, pp. VII-VIII.

la posición de Marshall en la sentencia dictada en el caso *Fletcher v. Peck*, lo que suponía reconducir los contratos públicos al ámbito de la *contract clause*. En definitiva, como concluyentemente ha escrito Ely, “(t)he fragmentary nature of the extant evidence makes it impossible to establish conclusively the thinking of the framers”⁹¹.

Cuanto se ha expuesto condujo a algún sector de la doctrina⁹², tiempo atrás, a señalar que la única vía de comprensión de la cláusula era interpretarla “as a mere matter of language”, sin referencia alguna a la finalidad pretendida con ella. Lo que se postulaba, en definitiva, era una interpretación puramente literal de la disposición constitucional. Al margen ya de lo discutible de tal criterio hermenéutico, el mismo no iba a resolver el problema, por cuanto tampoco el texto constitucional, como acaba de decirse, ofrece mucha guía para interpretar la *contract clause*. Quizá puede entenderse por todo lo dicho la diversidad de interpretaciones que la cláusula ha desencadenado en sede judicial y el hecho de que la misma haya propiciado multitud de interpretaciones contrapuestas entre la doctrina científica. Pero en cualquier caso, conviene apuntar que la Corte Suprema vino a repudiar tiempo atrás una interpretación literal o gramatical (“a literalist reading”). El paso decisivo a tal efecto fue la adopción, a fines del siglo XIX, de dos principios que iban a restringir drásticamente el alcance de la *contract clause*: el principio de que los contratos privados se hacen con sujeción al *police power* retenido por el Estado (“the <reserved power> doctrine”) y el principio de que los contratos públicos se hacen con sujeción a la incapacidad constitucional de los Estados de enajenar sus *police powers* (“the <inalienability> doctrine”)⁹³.

Estas reflexiones arrojan un pesado lastre de criticismo sobre la cláusula objeto de reflexión. Y ello creemos que exige que establezcamos un cierto contrapunto. Al efecto acudimos a las siempre atinadas reflexiones de ese gran Profesor de Harvard y *Associate Justice* de origen vienés (había nacido en Viena en 1882, y a los doce años emigraría a los Estados Unidos) que fue Felix Frankfurter (en la *Supreme Court* entre 1939 y 1962), que en 1955, en la plenitud de su carrera, nos recordaba que al tratar con las disposiciones constitucionales no se puede perder de vista su naturaleza, que tan concisa y brillantemente a su vez expresara otro grandísimo Juez, Learned Hand (1872-1961), cuyo nombre sonó en repetidas ocasiones para la Corte Suprema, aunque finalmente no accediera a ella, quien en el caso *Daniel Reeves, Inc. v. Anderson*, resuelto por el Segundo *Circuit Court* en 1930, afirmó que tales disposiciones “represent a mood rather than a command, that sense of moderation, of fair play, of mutual forbearance, without which states become the prey of faction”. Y esta reflexión de Hand, que Frankfurter hace suya en plenitud⁹⁴, creemos que bien puede venir a cuento de la *contract clause*, que por encima de todo representa esa atmósfera, ese sentido de moderación, de “fair play” y de autocontrol al que alude Learned Hand.

A) Una cláusula operativa frente a los Estados.

La *contract clause* se ubica en una Sección del Art. I, la décima, dedicada exclusivamente a establecer lo que bien podríamos llamar *injunctions* sobre los Estados⁹⁵, o dicho de otro modo, un conjunto de mandatos que en el párrafo primero de la Sección se configuran con carácter absoluto, por cuanto imposibilitan de raíz que los Estados puedan, desde formalizar un tratado o alianza, hasta acuñar moneda, pasando por aprobar *bills of attainder*, *ex post facto laws* o leyes que menoscaben los compromisos dimanantes de los contratos, mientras que, por contra, las prohibiciones que acogen los párrafos segundo y tercero de la misma Sección son relativas, pues

⁹¹ James W. ELY, Jr.: “The Marshall Court and Property Rights: A Reappraisal”, *op. cit.*, p. 1032.

⁹² Raymond T. JOHNSON: “The Contract Clause of the United States Constitution”, *op. cit.*, p. 224.

⁹³ YALE-NOTE: “A Process-Oriented Approach to the Contract Clause”, en *Yale Law Journal (Yale L. J.)*, Vol. 89, 1979-1980, pp. 1623 y ss.; en concreto, p. 1626.

⁹⁴ Felix FRANKFURTER: “John Marshall and the Judicial Function”, en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Vol. 69, 1955-1956, pp. 217 y ss.; en concreto, pp. 229-230.

⁹⁵ Creemos de interés transcribir una parte de la Sección 10ª del Art. I, a cuyo tenor:

“No state shall enter into any treaty, alliance, or confederation; grant letters of marque, and reprisal; coin money; emit bills of credit; make anything but gold and silver coin a tender in payment of debts; pass any bill of attainder, *ex post facto* law, or law impairing the obligation of contracts; or grant any title of nobility”.

“No state shall, without the consent of the congress, lay any imposts or duties on imports or exports, except what may be absolutely necessary for executing its inspection laws...”

impiden actuar a los Estados sin el consentimiento del Congreso, lo que, como es obvio, *a sensu contrario*, implica que su actuación en los ámbitos mencionados por esos dos párrafos es posible una vez obtenido tal consentimiento. Muy posiblemente, esta diferencia de régimen jurídico responda a que una actuación estatal en los ámbitos vedados por el párrafo primero de esta Sección podría poner en peligro la propia Unión (pensemos en la celebración de una confederación entre Estados) o derechos personales y principios de la máxima trascendencia, como sería el caso de una actuación estatal contraria a la cláusula de los contratos.

La aplicación unidireccional de la cláusula frente a los Estados no deja de ser discutible, y como hace ya algo más de un siglo constataba la doctrina⁹⁶, por asombroso que pueda parecer (“astonishing as it may appear”), la mayoría de la Corte Suprema ha considerado que el gobierno general (“the general government”) puede actuar con total despreocupación de la disposición constitucional. Ya hemos tenido oportunidad de aludir a la estrecha conexión que se establecía en el artº 2º de la *Northwest Ordinance*, de la que trae su origen la constitucionalización de la *contract clause*, entre esta última y la *just compensation clause*. Y la primera paradoja ante la que nos sitúa la Constitución norteamericana es ante la diversidad de ámbitos de aplicación de una y otra cláusula. Si la que nos ocupa opera tan sólo frente a los Estados, la cláusula de la justa compensación, contemplada por la Vª Enmienda, que como es sabido forma parte del *Bill of Rights*, y que entra en juego cuando se ocupe, se expropie si se quiere decir de este otro modo, la propiedad privada para uso público, ha regido históricamente sólo frente al gobierno federal. Así se encargó además de interpretarlo con precisión el propio John Marshall en la sentencia unánime de la Corte que él escribió en el caso *Barron v. Baltimore* (1833), que versó además de modo específico sobre la aplicación de la *just compensation clause* de la Quinta Enmienda. Dejando ya al margen el hecho de que una recepción constitucional plenamente coherente con la común procedencia histórica de ambas cláusulas habría exigido un tratamiento similar de una y otra, tal y como ya tuvimos oportunidad de decir, no cabe por menos de mostrar la anomalía que produce su tratamiento diferenciado. Si ambas disposiciones constitucionales, en último término, tratan de salvaguardar los derechos de propiedad, aunque ello se manifieste con mayor intensidad en la *just compensation clause*, parece evidente que ese ligero matiz diferencial no puede proporcionar un soporte sólido en el que fundamentar la diferencia de tratamiento. ¿Cómo es posible que se haya podido permitir a los Estados una expropiación de la propiedad privada, para su uso público, sin una justa indemnización? ¿Cómo puede justificarse que el Congreso pueda dictar leyes que vulneren o menoscaben los derechos surgidos de una relación contractual entre particulares?

La posibilidad de que los Estados pudieran expropiar la propiedad sin la contrapartida de una justa indemnización resulta absolutamente sorprendente, pues no se puede olvidar que hasta mediados de la década de los sesenta del pasado siglo se pensaba que un liberalismo de corte lockeano había sido el principal estímulo ideológico de la Revolución, y en perfecta coherencia con ello, los historiadores tendían a asumir que los americanos habían estado comprometidos desde tiempo inmemorial con la idea de que un gobierno no podía expropiar la propiedad sin, al menos, compensar a su propietario. La reevaluación de los orígenes ideológicos de la Revolución que iniciaron los Profesores Bailyn y Wood ha conducido a la doctrina a reconsiderar esta presuposición. Y como se ha dicho⁹⁷, ello ha llevado a un sector de la doctrina a la adopción del punto de vista de que la *takings provision* de la Vª Enmienda no se hallaba predeterminada, sino que más bien reflejaba, y ayudaba a asegurar, la victoria de los partidarios del liberalismo en su lucha con los seguidores del republicanismo. Sin embargo, una reconsideración del problema nos conduce a constatar que, en esa época revolucionaria, una enorme mayoría de ciudadanos americanos compartían una manifiesta hostilidad hacia la posibilidad de que la propiedad pudiera ser expropiada sin una justa indemnización, y siendo ello así, no se vislumbra una explicación lógica ni razonable de la posibilidad antes referida.

⁹⁶ R. HUTCHINSON: “Laws Impairing the Obligation of Contracts”, en *Southern Law Review (S. L. Rev.)*, (New Series), Vol. 1, No. 3, Saint Louis, October, 1875, pp. 401 y ss.; en concreto, pp. 409-410.

⁹⁷ William W. FISHER III: “Ideology, Religion, and the Constitutional Protection of Private Property: 1760-1860”, en *Emory Law Journal (Emory L. J.)*, Vol. 39, 1990, pp. 65 y ss.; en concreto, p. 95.

En cuanto a la posibilidad de que el Congreso pueda aprobar leyes que menoscaben los derechos surgidos de una relación contractual, la doctrina ha acudido a su vez a diversas explicaciones para justificar lo que a nuestro entender es difícilmente justificable. Así, en la *Harvard Law Review* se ha argumentado⁹⁸, que los *Framers* dirigieron esta cláusula exclusivamente frente a los Estados porque eran las legislaturas estatales las que habían aprobado la serie de leyes de ayuda al deudor que originó su preocupación por la estabilidad contractual. En contrapartida, se ha recordado que varios miembros de la Convención Constitucional, en alusión al legislativo federal, enfatizaron acerca de que una modificación con efectos retroactivos de las obligaciones contractuales era a veces necesaria, y que nadie mostró su desacuerdo al efecto. Sobre ello, efectivamente, como ya vimos, hizo especial hincapié Luther Martin en su *speech* ante la Legislatura de Maryland, aunque este relevante miembro de la Convención de Filadelfia se refería a la hipotética necesidad de tal legislación retroactiva para las legislaturas estatales. Presumiblemente, se dice⁹⁹, este acuerdo más o menos implícito en la Convención condujo a una mayoría de delegados a dejar exento al Congreso de cualquier restricción análoga a la de la *contract clause*. Ninguno de los dos argumentos nos parece de la suficiente entidad como para justificar con solidez la diferencia de régimen jurídico que se da a las dos cláusulas a que venimos aludiendo.

Mayor consistencia creemos que tiene alguna otra fundamentación, como es el caso de la que, vinculándose estrechamente con la concepción hamiltoniana de la cláusula, toma como punto de referencia la atribución al Congreso, por el párrafo cuarto de la Sección 8ª del Art. I de la Constitución, de la facultad de dictar una legislación uniforme de insolvencia en los Estados Unidos (“to establish.... uniform laws on the subjects of bankruptcies throughout the United States”). Aún quienes apoyaban una cláusula de este tipo, como Madison, admitían que la misma podría generar perjuicios evidentes. Atendiendo a la necesidad de dictar algún tipo de legislación de quiebras, de insolvencias, se entendió necesario conferir al Congreso la autoridad para aprobar tal tipo de leyes, pues este órgano federal parecía en mejores condiciones para dictar unas leyes que inevitablemente menoscabarían las obligaciones dimanantes de las relaciones contractuales, y que en la medida en que afectarían al comercio interestatal eran unas medidas tan peligrosas como potencialmente adecuadas y necesarias. La opción en favor del Congreso, probablemente, no alteraría el comercio nacional ni conduciría a desencadenar hostilidades entre los Estados. Y a partir de esta consideración era patente que la *contract clause* no podía operar en el ámbito federal. En definitiva, como escribe McConnell¹⁰⁰, “the constitutional provisions that forbid states to impair the obligation of contracts and grant Congress the power to pass bankruptcy laws are two sides of the same coin”. La realidad legislativa, por lo menos en un primer momento, no separó tan nítidamente a los Estados y a la Unión en el ejercicio de esta competencia legislativa, pues el Congreso no ejerció hasta 1800 su facultad de aprobar una ley de quiebras, y en ausencia de una legislación federal, los Estados continuaron actuando en esta materia como lo habían hecho durante la Confederación.

El argumento que acabamos de exponer, a nuestro juicio, con una cierta coherencia, puede dar una explicación más o menos plausible acerca de esta unidireccionalidad de la cláusula en relación a los Estados. Pero el mismo, como ya se ha dicho, se apoya claramente en la idea hamiltoniana, manifiestamente latente en el N° 7 del *Federalist*, de que la cláusula de los contratos está llamada a jugar una finalidad básicamente económica, y de ahí su posible influjo sobre el comercio interestatal, aunque ello no signifique que Hamilton confundiera la *commerce clause* con la que venimos analizando. Pero la *contract clause*, por ejemplo en la explicación madisoniana que se refleja en el N° 44 del *Federalist*, responde a otros objetivos más trascendentes, incluso de tipo moral. Recordemos lo que escribe Madison: “Bills of attainder, *ex post facto* laws, and laws impairing the obligation of contracts, are contrary to the first principles of the social compact, and to every principle of sound legislation”. Tras la cláusula de los contratos hay, pues, un principio de estricta justicia, y visualizándola así el argumento de corte hamiltoniano precedentemente expuesto pierde gran parte de su fuerza de convicción. Si a ello se

⁹⁸ HARVARD-NOTE: “Rediscovering the Contract Clause”, en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Vol. 97, 1983-1984, pp. 1414 y ss.; en concreto, p. 1422.

⁹⁹ Barton H. THOMPSON, Jr.: “The History of the Judicial Impairment <Doctrine>...”, *op. cit.*, p. 1381.

¹⁰⁰ Michael W. McCONNELL: “Contract Rights and Property Rights...”, *op. cit.*, p. 286.

añade el régimen diferenciado de la *just compensation clause*, la incongruencia se acentúa y el tratamiento constitucional diferenciado aún nos parece más criticable.

B) **Ámbito de la cláusula: ¿contratos privados y contratos públicos?**

Uno de los temas más debatidos acerca de la intención de los *Framers* en relación a la disposición constitucional que analizamos es el de si pretendieron circunscribir la *contract clause* tan sólo a los contratos privados o, por contra, también los contratos públicos tenían en ella cabida. También aquí las opiniones doctrinales discrepan frontalmente.

La postura más influyente ha sido la de Wright, el más prestigiado estudioso de la cláusula, como ya se ha dicho. Para Wright¹⁰¹, es evidente que los *Framers* discutieron la cláusula sólo en relación a los contratos privados (“only in relation to private contracts”), por ejemplo, los contratos entre individuos. Sin embargo, dicho esto, admite el propio autor la existencia de dos sugerencias que podrían darle a la cláusula una más amplia aplicación. Ambas provienen de anti-Federalistas que no habían sido miembros de la Convención Constitucional. Uno es Patrick Henry, quien como ya dijimos en un momento precedente, en Virginia, se manifestó claramente en el sentido de que la dicción constitucional abarcaba tanto los contratos privados como públicos, lo que obtendría una respuesta contraria del Gobernador Edmund Randolph, quien sí había sido delegado en Filadelfia. A su vez, en la Convención de Carolina del Norte, como también se expuso en su momento, a la inquietud de Galloway, que no había asistido a Filadelfia, sustentada en la afectación de los contratos públicos por la cláusula, replicaría Davie, un miembro de la *Federal Convention*, en términos inequívocos: “The clause refers merely to contracts between individuals”. Wright concluye constatando que su detenida investigación no le ha permitido descubrir otras declaraciones sugiriendo que la cláusula debiera entenderse de aplicación a otros contratos además de a los privados, y adicionalmente considera significativo que anti-Federalistas tan señalados como Martin y Mason, miembros ambos de la Convención, consideraran la cláusula circunscrita a los contratos privados¹⁰², con lo que el autor parece reafirmar su entendimiento de que los *Framers* circunscribieron la cláusula a tal tipo de contratos.

Otros muchos autores, con unos u otros matices, han seguido la posición de Wright. Aludiremos tan sólo a algunos de ellos. Tal es la postura de White, de la que también nos hicimos eco ya. Recordemos que para el relevante Profesor de la Universidad de Virginia, el ámbito de la cláusula estaba inicialmente limitado a los contratos privados, y en consecuencia, añade, “it did not bind the states from altering the terms of their own contracts”¹⁰³. También Merrill parece ubicarse en esta línea de pensamiento cuando, a la vista de la probable comprensión de la cláusula por los *Framers*, considera¹⁰⁴ que debió ser una sorpresa (de “mild surprise” la tilda) el alcance que Marshall dió a la cláusula en *Fletcher v. Peck*. En fin, para Lerner¹⁰⁵, aunque en las discusiones habidas en las Convenciones de ratificación no hubo mucha claridad en torno al significado de la cláusula, sí existió en ellas un acuerdo general (“a general agreement”) acerca de que la misma se refería solamente a los contratos privados, opinión ésta harto discutible.

Un notable sector doctrinal se ha ubicado en la posición contraria, no sin también establecer ciertas matizaciones. Casi medio siglo después de la publicación del libro de Wright (1938), Mendelson ha cuestionado con cierta dureza los planteamientos de tal autor, que considera particularmente viciados (“flawed particularly”) en lo que atañe a las primeras decisiones de la Corte Suprema acerca de la cláusula de los contratos¹⁰⁶. En lo que al ámbito de la cláusula se refiere, el Profesor de la Universidad de Texas argumenta que si la Convención Constitucional hubiera querido que la cláusula cubriera tan sólo los contratos privados, podía fácilmente haberlo dicho así, del mismo modo que lo había hecho el art. 2º de la *Northwest Ordinance*. Remontándose a lo que parece considerar un antecedente remoto, pero digno de ser

¹⁰¹ Benjamin Fletcher WRIGHT, Jr.: *The Contract Clause...*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰² *Ibidem*, p. 16.

¹⁰³ G. Edward WHITE: *The Marshall Court & Cultural Change 1815-1835*, *op. cit.*, p. 601.

¹⁰⁴ Thomas W. MERRILL: “Public Contracts, Private Contracts...”, *op. cit.*, p. 602.

¹⁰⁵ Max LERNER: “John Marshall and the Campaign of History”, *op. cit.*, p. 413.

¹⁰⁶ Wallace MENDELSON: “B. F. Wright on the Contract Clause: A Progressive Misreading of the Marshall-Taney Era”, en *The Western Political Quarterly*, Vol. 38, No. 2, June, 1985, pp. 262 y ss.: en concreto, p. 262.

tomado en consideración, Mendelson recuerda que en Inglaterra, en 1649, el *Agreement of the People* había condenado las leyes que menoscabaran las obligaciones asumidas en los contratos públicos. Y también es considerado un dato significativo, el que no obstante que la propuesta de Rufus King a la Convención, el 28 de agosto, circunscribiese la cláusula a los contratos privados, en armonía con la Ordenanza de 1787, la redacción final dada a la cláusula por el *Committee of Style* prescindiera de esa referencia a los contratos privados, aludiéndose tan sólo a los contratos. “Surely ---concluye Mendelson¹⁰⁷--- this suggests deliberate choice; namely, that a state too much keep its word”. Por lo demás, los propios términos con que la cláusula está redactada en la Constitución abarcan las violaciones tanto de los contratos privados como públicos. Mendelson otorga finalmente un especial significado a la comprensión que Madison, “the father of the Constitution”, parece tener de la disposición y que explicita en el N° 44 del *Federalist*, al que ya hemos aludido en varias ocasiones. Frente a la idea prevalente en Wright de que la cláusula estaba pensada, primigeniamente, para hacer frente a las violaciones estatales de los contratos en favor de los deudores, el Profesor de Texas replica¹⁰⁸ apoyándose en Madison, para quien, siempre según Mendelson, aunque su argumento es bastante suscribible, la *contract clause* no era justamente una prescripción especial para hacer frente a una peculiar enfermedad del período crítico de América, sino que tal cláusula encarnaba principios fundamentales del *natural law* tan básicos como para hallarse cubiertos por “pacto social”. Esta postura lockeana implicaba inevitablemente un axioma del siglo de la Ilustración: “government must honor its contractual obligations, or ---for persistent lapses--- suffer revolution”, Ello nos situaba ante el fondo de la teoría del pacto propugnada por Locke, sin olvidar que tras ella descansaba un más amplio axioma moral, o de Derecho natural, crucial en el pensamiento de los siglos XVI y XVII: el de *pacta sunt servanda*.

En esta controversia casi dialéctica que ha enfrentado a Mendelson con Wright se ha introducido de lleno el Profesor de la “Southern Illinois University”, Albert Melone, quien se alinea junto a Wright, dedicando su trabajo casi en exclusiva a refutar los argumentos de Mendelson¹⁰⁹. No vamos a entrar a analizar con todo detalle este trabajo fundamentalmente destructivo. Nos limitaremos a hacernos eco de algunos de sus planteamientos. Melone deja desde el inicio inequívocamente clara su posición. Puede haber pocas dudas, nos dice, de que la *contract clause* fue parte de una constelación de decisiones diseñadas para hacer frente a los ataques de la clase deudora (“the debtor class”) sobre la propiedad. El Profesor de Illinois se cuestiona si del hecho de que los *Framers* no recurrieran a la dicotomía privado/público debe desprenderse que ellos pretendían incluir los contratos públicos dentro del ámbito de la cláusula, siendo su respuesta negativa. Melone priva de todo valor al *Agreement of the People* inglés, por no ser un estatuto parlamentario con fuerza de ley, sino una declaración de Cromwell, quien con su ejército tiranizó al pueblo inglés. Más creíble le parece a nuestro autor el recurso a la *Northwest Ordinance*, que se refería de modo específico a los contratos privados, lo que finalmente no haría la Constitución. Sin embargo, las posibles conclusiones que de la comparación pudieran extraerse las neutraliza Melone, recordando que el pensamiento americano sobre los contratos en la era de los *Founding Fathers* siempre los conectó con las relaciones entre partes privadas, y no entre partes públicas y privadas. Y en cuanto al rechazo por los *Framers* de la propuesta de Rufus King, de incorporar a la Constitución la cláusula de los contratos en los mismos términos en que se hallaba redactada por la Ordenanza de 1787, el Profesor de Illinois recuerda que dicha negativa no condujo a que la *contract clause* se incorporara a la Constitución con otros términos, sino, lisa y llanamente, a la incorporación a la misma de las disposiciones referentes a los *bills of attainder* y a las *ex post facto laws*.

Otros muchos autores, sin plantear la cuestión como una disputa dialéctica, han interpretado con amplitud la cláusula en cuestión. Es el caso de Ely, quien, como ya comentamos, parte de la consideración de que es imposible establecer de modo concluyente el pensamiento de los constituyentes de Filadelfia, no obstante lo cual cree que hay razones para concluir que aquéllos contemplaron una interpretación expansiva (“an expansive reading”) de la *contract*

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 265.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 266.

¹⁰⁹ Albert P. MELONE: “Mendelson v. Wright: Understanding the Contract Clause”, en *The Western Political Quarterly*, Vol. 41, No. 4, December, 1988, pp. 791 y ss.; en concreto, pp. 792-796.

*clause*¹¹⁰. Entre esas razones, puede entresacarse la idea de que Madison, en el ya parcialmente transcrito N° 44 del *Federalist*, entiende que la cláusula cubre todo tipo de contratos. Su consideración de que las leyes que menoscaban los compromisos contractuales contradicen el pacto social y su visión de la cláusula como “un baluarte constitucional en favor de la seguridad personal y de los derechos privados” no harían sino confirmar un entendimiento amplio de la disposición¹¹¹, argumento que nos parece incontrovertible. Epstein, a su vez, cree¹¹² que aunque la palabra “impairment” tiende a sugerir una prohibición sobre la interferencia con los contratos privados, los términos del texto no expresan ninguna distinción entre los dos tipos de acuerdos, por lo que la cláusula debe aplicarse tanto a los contratos entre partes privadas como a aquellos otros contratos en que el Estado es parte. Adicionalmente, el problema del abuso legislativo es tan grande en un contexto como en otro. Por su parte, Clinton¹¹³ sigue la estela de Mendelson cuando, tras señalar que en los años ochenta del pasado siglo era común pensar que los *Founders* pretendían extender esta cláusula tan sólo a los contratos privados, tesis cuya paternidad también atribuye a Wright, precisa que no fue esa la interpretación de la *Marshall Court* en los años de formación de la República, ni, lo que ahora interesa más, la de los primeros escritores sobre la Constitución¹¹⁴, para concluir que los debates de Filadelfia no ofrecen una base para pensar que los *Founders* pretendían hacer una nítida distinción (“a sharp distinction”) entre los contratos públicos y los privados. De hecho, las actas más bien parecen indicar justamente lo opuesto¹¹⁵.

Hemos de recapitular. Parece bastante evidente que de los debates habidos en Filadelfia y de las discusiones que tuvieron lugar en las Convenciones estatales de ratificación no puede extraerse una conclusión definitiva acerca de cuál era la intención de los *Framers* en cuanto al ámbito de aplicación de la *contract clause*. Ello no obstante, si tuviéramos que decantarnos por una u otra posición, nos inclinaríamos por la de quienes consideran que los *Founding Fathers* no pretendieron circunscribir la cláusula a los contratos privados. En cualquier caso, este debate tiene un interés tan sólo relativo, pues lo cierto es que, cualquiera que fuere su pensamiento, presidido por la confusión en muchísimos casos, la realidad es que la idea de que los contratos realizados por un Estado se hallaban dentro de la cláusula se estableció rápidamente. No sin razón Levy¹¹⁶ ha considerado la búsqueda de la intención originaria de los *Framers* acerca de esta cláusula como una cuestión propia de un “anticuariado arcano” (“arcane antiquarianism”), dada la irrelevancia que ha tenido en su desarrollo constitucional, aunque con más rigor creemos que habría que decir en su interpretación en sede judicial. Y ello por cuanto, como añade el propio autor, de modo mucho más discutible por cierto, si la Corte Suprema hubiera interpretado la cláusula como sus *Framers* y *ratifiers* la entendieron, nunca se habría convertido en la más significativa de todas las disposiciones constitucionales hasta que fue desplazada por la *due process clause* a fines del siglo XIX.

Baste con recordar que en el importante caso *Chisholm v. Georgia*, decidido el 18 de febrero de 1793, el *Justice* James Wilson, quien había sido miembro de la Convención Constitucional y fue uno de los juristas más relevantes de su época, sostuvo que los contratos ordinarios del Estado se hallaban dentro del ámbito de la cláusula. Estas eran algunas de sus reflexiones:

¹¹⁰ James W. ELY, Jr.: “The Marshall Court and Property Rights...”, *op. cit.*, p. 1032.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 1031.

¹¹² Richard A. EPSTEIN: “Toward a Revitalization of the Contract Clause”, en *The University of Chicago Law Review* (*U. Chi. L. Rev.*), Vol. 51, 1984, pp. 703 y ss.: en concreto, pp. 718-719.

¹¹³ Robert L. CLINTON: “The Obligation Clause of the United States Constitution...”, *op. cit.*, p. 343.

¹¹⁴ El propio Clinton nos recuerda en otro lugar (*Ibidem*, p. 351) que el bien conocido Canciller Kent, al parecer, se hallaba plenamente de acuerdo con la temprana visión de la *Marshall Court* sobre la cláusula de los contratos. Kent no sólo iba a pensar que los contratos públicos caían adecuadamente dentro del significado de la cláusula, sino que también el principio de “interpretación estricta” (“strict interpretation”) de las concesiones estatales, anunciado por el *Chief Justice* Taney en el *Charles River Bridge case* (1837) “era de lamentar profundamente”. En cuanto a Cooley, algún tiempo después (1868), al referirse en su obra a *Fletcher case*, no parecía, según Clinton (*Ibidem*, p. 353), tener ningún problema con la inclusión de los contratos públicos en la cláusula, aunque algún comentario hecho por Cooley en una publicación doce años posterior (refiriéndose al período de la Convención Constitucional, escribía Cooley que “apparently nothing was in view at the time except to prevent the repudiation of debts and private obligations, and the disgrace, disorders, and calamities that might be expected to follow”) puede hacer surgir dudas acerca de su posición.

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 345-346.

¹¹⁶ Leonard W. LEVY: *Original Intent and the Framers’ Constitution*, *op. cit.*, pp. 129-130.

“What good purpose could this constitutional provision secure, if a State might pass a law, impairing the obligation of its own contracts; and be amendable, for such a violation of right, to no controlling judiciary power? We have seen, that on the principles of general jurisprudence, a State, for the breach of a contract, may be liable for damages”¹¹⁷.

En 1795, como ya hemos tenido oportunidad de señalar, Alexander Hamilton, una de las personalidades más señeras de la Convención, en su informe sobre la *Georgia Repeal Act*, que desencadenó el que, a la postre, habría de ser el *Fletcher case*, escribía: “Every grant from one to another, whether the grantor be a state or an individual, is virtually a contract that the grantee shall hold and enjoy the thing granted against the grantor, and his representatives”. En consecuencia, “the revocation of the grant by the act of the legislature of Georgia, may justly be considered as contrary to the constitution of the United States, and, therefore, null”¹¹⁸.

En 1799, el *Justice* William Paterson, otro influyente participante en la Convención de Filadelfia, actuando como miembro de un *Circuit Court*, en el caso *Vanhorne’s Lessee v. Dorrance*, sostuvo la misma posición. Y en idéntica dirección se iba a pronunciar la *Massachusetts Supreme Judicial Court* en 1799, en el caso *Derby v. Blake*. No nos vamos a detener más por ahora en estos casos anteriores al *Fletcher Case* (1810), pues los vamos a analizar con más detenimiento en un epígrafe posterior. Sí anticiparemos que antes de que Marshall dictara la primera de sus grandes decisiones constitucionales ---exclusión hecha, como es obvio, de *Marbury v. Madison*, que es anterior (1803), como es sobradamente conocido--- había importantes precedentes jurisprudenciales en el sentido de que los contratos públicos eran perfectamente reconducibles al ámbito de la *contract clause*.

A partir de *Fletcher* y hasta al menos 1829, la aplicación de la cláusula sería amplísima. A partir de esta fecha, la Corte comenzó a confinar su aplicación dentro de ciertos límites, los que fue encontrando progresivamente en la doctrina de los *reserved state powers* (policía, impuestos y dominio eminente). En cualquier caso, ya hemos tenido oportunidad de hacernos eco del dato demoledor de Wright¹¹⁹: tan sólo poco más de la décima parte del total de casos en que la *contract clause* ha sido considerada por la *Supreme Court* ha tenido que ver con contratos puramente privados, por lo que ha sido brutal el predominio de la aplicación de la disposición constitucional a los contratos públicos.

C) ¿Es aplicable la cláusula tan sólo a las relaciones deudor/acreador, o se aplica a todo tipo de contratos privados independientemente de su contenido?

Hemos de abordar ahora una cuestión estrechamente conectada con la que se acaba de tratar. En relación a los contratos privados, ¿circunscribía la cláusula su aplicación a las relaciones entre acreedores y deudores o, más ampliamente, se aplicaba a todo tipo de contratos, cualquiera que fuere su contenido?

En la respuesta a este interrogante podría haber tenido una cierta incidencia la ubicación de la *contract clause*. La Sección 10ª del Art. I acoge un conjunto de prohibiciones que, como las relativas a acuñar moneda, emitir papel moneda y legalizar cualquier cosa que no sea la moneda de oro y plata (“anything but gold and silver coin”) como medio de pago de las deudas (“a tender in payment of debts”), revelan una especial preocupación con las relaciones deudor/acreador. Ello podía conducir a pensar que la *contract clause* debía vincularse tan sólo con esas relaciones. Sin embargo, no iba a ser así, y en ello ha existido una amplia convergencia doctrinal. De entrada, habría que decir que tal limitación casaría muy mal con el hecho de que, en cierto modo, la disposición da fuerza constitucional a la norma de que “contracts are sacrosanct and are not to be

¹¹⁷ *Apud* James W. ELY, Jr.: “The Marshall Court and Property Rights...”, *op. cit.*, p. 1032.

¹¹⁸ “Alexander Hamilton’s Opinion on the Georgia Repeal Act”, en C. Peter MAGRATH: *Yazoo. Law and Politics in the New Republic. The Case of Fletcher v. Peck*, The Norton Library, W.W. Norton & Company, Inc., New York, 167, pp. 149-150.

¹¹⁹ Benjamin Fletcher WRIGHT, Jr.: *The Contract Clause...*, *op. cit.*, p. 243.

interfered with by government”¹²⁰. Este principio, es obvio, no hace distinciones sobre el asunto del contrato. El propio Madison, en el N° 44 del *Federalist*, censurando las interferencias legislativas que la Constitución vedaba, aludía a las interferencias “in cases affecting personal rights”, lo que, innecesario es decirlo, presuponía otorgar a la cláusula una notable amplitud, que en todo caso desbordaba con creces una hipotética operatividad que la circunscribiera a las relaciones entre deudores y acreedores.

Los términos en que está redactada la cláusula son lo suficientemente amplios como para sugerir, como escribe Epstein¹²¹, que la cláusula se diseñó con el objetivo de alcanzar asuntos que se situaran al margen de las estrictas relaciones entre acreedores y deudores. Como en otro momento escribe el propio autor, “the contract clause is written broadly enough to avoid any conflict between its language and a proper interpretation of its scope”¹²². De modo análogo, Kmiec y McGinnis consideran¹²³ que, correctamente interpretada, lo que la cláusula prohíbe es toda legislación redistributiva que viole derechos contractuales adquiridos (“vested contractual rights”) mediante la transferencia de todos o de parte de los beneficios de un negocio o trato de una parte contratante a la otra, con lo que se viene a dar a entender, que cualquier contrato en el que se produzca, por mor de esa ley redistributiva, ese efecto entre las partes, independientemente del tipo de trato, entrará dentro del ámbito de la cláusula.

Marshall, en una conocida sentencia, la dictada en el caso *Sturges v. Crowninshield* (1819), definió que un contrato era “un acuerdo en el que una parte se compromete a hacer o no hacer una cosa determinada” (“an agreement in which a party undertakes to do or not to do a particular thing”), e innecesario es decir que dentro de esa definición tienen cabida muchos tipos de contratos. Bien es verdad que el propio Marshall, en el celeberrimo *Dartmouth College case* (1819), al margen ya de extender la cláusula de los contratos a las “corporate charters”, esto es, a las cartas o estatutos de las corporaciones o sociedades (estatutos corporativos), lo que a la postre vino a significar el establecimiento de una relevante limitación sobre la autoridad estatal, hizo una precisión de gran importancia en torno a la *contract clause*, al considerar que “esta disposición constitucional nunca se ha entendido que abarque otros contratos más que los que tienen en cuenta la propiedad o algún objeto de valor, y confieren derechos que pueden ser hechos valer ante un tribunal de justicia”, o como dijo la Corte Suprema en otro caso al que se referiría Hutchinson¹²⁴, “contracts by which perfect rights, certain, definite, fixed private rights of property, are vested”.

D) ¿Impide la cláusula tan sólo las leyes con efectos retroactivos?

Particularmente dificultosa es la interpretación de si la cláusula de los contratos se limita a impedir las leyes con efectos retroactivos o, por el contrario, se opone también a las leyes con efectos *pro futuro*; dicho de otro modo, si la cláusula tiene una aplicación no sólo retroactiva sino también prospectiva. Es obvio que si su efecto se circunscribe a las modificaciones retroactivas de las obligaciones contractuales, su operatividad será bastante más restringida que si se entiende que afecta asimismo a las modificaciones prospectivas.

Kmiec y McGinnis¹²⁵ parten en su argumentación favorable a delimitar la operatividad de la cláusula frente a las leyes con efectos retroactivos, de su particular relación con el *rule of law*, y de modo específico con el requisito de la prospectividad¹²⁶, que es una exigencia esencial del mismo, porque, como es bastante obvio, sólo las leyes prospectivas permiten a los ciudadanos planificar su conducta de modo que se adecue a la ley; en ello, la cláusula que nos ocupa

¹²⁰ Stephen A. SIEGEL: “Understanding the Nineteenth Century Contract Clause...”, *op. cit.*, p. 7.

¹²¹ Richard A. EPSTEIN: “Toward a Revitalization of the Contract Clause”, *op. cit.*, p. 709.

¹²² *Ibidem*, p. 721.

¹²³ Douglas W. KMIEC and John O. MCGINNIS: “The Contract Clause: A Return to the Original Understanding”, *op. cit.*, p. 526.

¹²⁴ R. HUTCHINSON: “Laws Impairing the Obligation of Contracts”, *op. cit.*, p. 413.

¹²⁵ Douglas W. KMIEC and John O. MCGINNIS: “The Contract Clause...”, *op. cit.*, pp. 527-528.

¹²⁶ También Rappaport entiende que la *contract clause* debe verse como una de las muchas disposiciones de la Constitución que imponen al gobierno los requisitos de prospectividad y generalidad. Michael B. RAPPAPORT: “A Procedural Approach to the Contract Clause”, en *Yale Law Journal (Yale L. J.)*, Vol. 93, 1983-1984, pp. 918 y ss.; en concreto, p. 932.

mantendría una clara armonía con la *ex post facto clause*. La exigencia de que la legislación sea prospectiva es más fácilmente declarada que aplicada, y los *Framers* conocían que una prohibición generalizada frente a cualquier norma retroactiva podría convertir a las legislaturas en ineficaces (“powerless”). Por lo mismo, al poner en práctica el requisito de la prospectividad, los *Framers* tenían que elegir unos pocos contextos fundamentales en los que proporcionar a los ciudadanos un puerto seguro frente a la legislación con efectos retroactivos, y esa opción se centró en los derechos contractuales (y de ahí la *contract clause*) y en la libertad ante las sanciones penales (y de ahí la *ex post facto clause*). Esta argumentación, a nuestro modo de ver, puede ofrecer una explicación satisfactoria de la operatividad de la cláusula objeto de estudio frente a la leyes con efectos retroactivos, pero de ella no vemos que haya de extraerse la conclusión de que la cláusula sólo opera frente a las leyes con ese tipo de efectos.

El debate de la cláusula en sede constituyente tampoco aporta sobre este punto mucha claridad. Es verdad que Farrand, haciéndose eco de una serie de anotaciones de Mason, alude a cómo el 12 de septiembre se propuso modificar el párrafo que nos interesa de la Sección 10ª en el doble sentido de tachar la referencia a las *ex post facto laws* y de añadir tras el término “obligation” la palabra “previous”¹²⁷. Ello habría supuesto que el menoscabo vedado a las leyes se hubiera de ceñir a las obligaciones contractuales previas, con lo que hubiera quedado muy clara la operatividad de la cláusula tan sólo frente a aquellas leyes con efectos retroactivos. Sin embargo, esta modificación fue rechazada. Puede ser un dato de interés asimismo recordar que el art. 2º de la *Northwest Ordinance*, antecedente inmediato de la cláusula, como se ha dicho reiteradamente, se refería de modo específico a los contratos “previously formed”, esto es, anteriormente formalizados. Con ello, la Ordenanza dejaba inequívocamente claro que lo que se prohibía era una interferencia sobre contratos privados mediante la aprobación de leyes con efectos retroactivos. Es en base a estos antecedentes, por lo que algunos autores¹²⁸ entienden que lo que se conoce de los orígenes de la *contract clause* apoya la propuesta de que la cláusula pretendía prohibir la legislación retroactiva que interfiriera sobre los derechos contractuales. Por nuestra parte, no vemos tan clara esa conclusión. Primero, porque ya hemos visto que la recepción en sede constitucional de la cláusula de los contratos se separó en aspectos significativos del diseño de tal cláusula por la Ordenanza de 1787; baste con recordar que mientras la última se refería expresamente a los contratos privados, tal referencia desaparecería del texto constitucional. Segundo, porque justamente el hecho de que desapareciera de la redacción constitucional esa alusión a los “contratos previamente formalizados” podría perfectamente dar pie a entender que los constituyentes quisieron a dar a la cláusula una más amplia operatividad de la que tenía con la Ordenanza. Y tercero, porque tal hipótesis parecería reafirmarse de resultados de ese rechazo que se produce el 12 de septiembre a redactar la disposición constitucional de modo tal que se refiriera a una “previous obligation”. Es cierto, y ya hemos incidido en ello con cierta reiteración, que no faltan sectores doctrinales que, lisa y llanamente, entienden que en Filadelfia existió una diversidad de opiniones acerca no sólo del significado de la cláusula, sino también de su impacto prospectivo¹²⁹.

Atendiendo a la interpretación del propio texto constitucional, Epstein admite¹³⁰ que la frase “obligation of contracts”, interpretada para enfatizar el plural, podría sugerir que sólo los contratos pasados, individualmente negociados, están cubiertos por la cláusula. Pero como de inmediato reconoce el propio autor, tal deducción de ningún modo es obligatoria, ya que el plural podría haberse incluido tan sólo para asegurar que todos los tipos de contratos entran dentro del ámbito de la cláusula. En ausencia de una expresa referencia a los contratos existentes, no hay contradicción con el texto al interpretar la disposición en el sentido de que dispone que un Estado no puede menoscabar las obligaciones dimanantes de contratos actuales o futuros.

Un enfoque del problema interpretativo que puede contribuir a arrojar algo de luz sobre el mismo lo podemos encontrar en la consideración de que es un error asumir que los posibles abusos sobre las obligaciones dimanantes de los contratos quedan confinados a sus modificaciones

¹²⁷ Max FARRAND (edited by): *The Records of the Federal Convention of 1787*, *op. cit.*, vol. II, p. 636.

¹²⁸ Douglas W. KMIEC and John O. MCGINNIS: “The Contract Clause: A Return to the Original Understanding”, *op. cit.*, p. 529.

¹²⁹ Steven R. BOYD: “The Contract Clause and the Evolution...”, *op. cit.*, p. 533.

¹³⁰ Richard A. EPSTEIN: “Toward a Revitalization of the Contract Clause”, *op. cit.*, pp. 723-724.

retroactivas. Los casos extremos confirman esta perspectiva. Si la *contract clause* no limita el poder del Estado para regular el derecho a hacer futuros contratos, entonces es perfectamente aceptable para el Estado aprobar una ley prohibiendo a cualquier individuo participar en cualquier contrato, sea para la transferencia de propiedad o para la prestación de servicios. Y como de nuevo escribe Epstein¹³¹, una vez admitido que ciertas limitaciones prospectivas sobre los contratos se hallan excluidas por la *contract clause*, ya no es posible erigir una pared de hierro (“an iron wall”) frente a su aplicación prospectiva. No faltan quienes, como Tribe, han atacado la aplicación prospectiva de esta cláusula con base en que sólo protegería “expectativas establecidas” (“settled expectations”), que surgen de contratos existentes u otros derechos adquiridos (“vested rights”). Pero la conclusión de que la cláusula debe confinarse a los contratos existentes no se sigue de esa premisa¹³².

Sin ánimo de entrar ahora en grandes detalles jurisprudenciales, sí queremos decir que la Corte Suprema, incluso en la época de Marshall, iba a modular sus interpretaciones en torno a esta cuestión. Y así, si en *Sturges v. Crowninshield* (1819), sin ningún *dissent* registrado, la Corte decidía que la *contract clause* prohibía la liberación de deudas contraídas con anterioridad a la promulgación de una ley de quiebras, en *Ogden v. Saunders* (1827), en una decisión decidida en una votación 4-3, con la sorpresa de Marshall formalizando una *dissenting opinion*, la Corte decidía que un Estado era libre de eximir a sus propios ciudadanos de las obligaciones que contrajeran después de que la ley fuera aprobada.

En su *dissent*, Marshall parte de la idea de que los individuos no derivan del gobierno su derecho a contratar, sino que llevan ese derecho con ellos a la sociedad; la obligación (dimanante de un contrato) no es otorgada a los contratos por el Derecho positivo, sino que es intrínseca y es conferida por el acto de las partes. La consecuencia que de ello se desprendía, y que Marshall iba a apoyar en la argumentación del célebre abogado Webster, para el que el propósito de los *Framers* con esta cláusula había sido no simplemente proteger derechos adquiridos (“vested rights”) sino “establecer la confianza, el crédito y el comercio”, parecía ser, como señala Currie¹³³, que la *contract clause* garantizaba una libertad de contrato (“a freedom of contract”), pareciéndose a lo que posteriores *Justices* tenían que descubrir en la *due process clause*: un Estado menoscababa la obligación de los contratos no sólo cuando destruía un deber contractual preexistente, sino cada vez que negaba efecto jurídico a las intenciones de las partes. Marshall estaba, pues, defendiendo la operatividad de la cláusula incluso frente a las leyes de efectos prospectivos, aunque ciertamente matizaría su posición. Frente a tal postura, la mayoría de la Corte iba a poner de relieve que nadie había dudado nunca de que los Estados podían aprobar leyes prospectivas de fraudes o de usura, o de cláusulas de sanciones en futuros contratos. Si la totalidad de la facultad de “to pass prospective laws, affecting contracts, was denied to the states - --afimaba el Justice Washington, en la posición mayoritaria--- it is most wonderful, that not one voice was raised against the provision... by the jealous advocates of state rights”¹³⁴.

En definitiva, Washington y en cierto modo también Marshall, con los matices que expresa en su *dissent*, van a sustentar la premisa común de que si la *contract clause* se aplicase prospectivamente, entonces funcionaría como una prohibición absoluta sobre los Estados de regular los contratos. Cuando la Corte deje claro que la limitación de la *just compensation clause* se halla implícita en la cláusula de los contratos, entonces, como escribe Epstein¹³⁵, llegará a ser posible escapar a los problemas que planteaba el *Ogden case*: la siempre dificultosa opción entre una prohibición absoluta y otra circunscrita a la legislación de efectos retroactivos, opción esta última que, desde luego, incrementaba las oportunidades del abuso legislativo.

¹³¹ *Ibidem*, p. 725.

¹³² *Ibidem*, p. 726.

¹³³ David P. CURRIE: *The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years 1789-1888*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1985, p. 152.

¹³⁴ *Apud* David P. CURRIE: *The Constitution in the Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 153.

¹³⁵ Richard A. EPSTEIN: “Toward a Revitalization of the Contract Clause”, *op. cit.*, pp. 744-745.

E) ¿Qué se entiende por “obligación” de un contrato y cuándo ha de considerarse que hay un “menoscabo” (“impairment”) de la misma?

Dos cuestiones relevantes pueden plantearse bajo el interrogante que da rótulo a este epígrafe. Una es la de si la cláusula tan sólo proscribía las leyes que permitan a quienes han contraído una obligación liberarse de la misma o si, por el contrario, protege la totalidad de los derechos y obligaciones de las dos partes de la relación contractual. Y la otra, por supuesto por entero diferente de la primera, es la cuestión de si la protección constitucional de los derechos adquiridos al hilo de un contrato se extiende también a la protección de los remedios procesales.

I. Comenzando por la segunda cuestión, cabe recordar que hace bastante más de un siglo (en 1875), Hutchinson se hacía eco¹³⁶ de que, a los efectos de la *contract clause*, se había intentado establecer una distinción entre la legislación que afecta simplemente al remedio y la que incide sobre la obligación del contrato, considerándose la primera, en algunos casos, permisible, aunque no la segunda, estrictamente prohibida por la previsión constitucional. Este autor terminaba haciendo suya la tesis, que consideraba prevalente, de que “the obligation of a contract is something entirely different from the remedy for its enforcement”, aunque reconocía que esta posición no siempre se había admitido. Este posicionamiento tenía inexcusablemente que matizarse. Y así lo hacía Bunn cuando escribía¹³⁷, que cuando una legislación estatal, no obstante ir dirigida a regular los recursos procesales, se traducía en un cambio real de derechos sustantivos surgidos de un contrato existente, tal legislación vulneraba la cláusula que examinamos.

Conviene comenzar recordando que la distinción entre la obligación de un contrato y los remedios o recursos disponibles por un acreedor, si el deudor deja de cumplir la obligación, pudo subyacer tras la reforma del texto relativo a la *contract clause* que llevó a cabo la Convención Federal. Recordemos que el Informe del *Committee of Style* negaba a los Estados el poder de “altering or impairing the obligation of contracts”. La eliminación por la Convención de las palabras “altering or” pudo significar un tácito reconocimiento por los delegados de que los Estados, legítimamente, podían verificar algunos cambios con tal de que los mismos no incidieran sobre las obligaciones de los contratos¹³⁸, aunque no cabe duda de que el cambio en el texto pudo ser también puramente estilístico.

La *Supreme Court*, como regla general, consideró desde los primeros momentos en que tuvo oportunidad de pronunciarse, que una extensión de la protección que otorga la cláusula a los remedios procesales, en igual forma que a los derechos adquiridos de resultados de un contrato, habría restringido a las legislaturas el ejercicio de sus legítimas facultades para regular el procedimiento a seguir en sus tribunales, aunque la Corte también precisara, que una ley alterando un recurso podía extinguir un derecho existente en no menor medida que una que incidiera directamente sobre el derecho. Las vacilaciones de la Corte al respecto menudearon.

Esa distinción entre legislación relativa al remedio procesal y legislación referente a la obligación propiamente dicha fue propuesta primeramente por uno de los abogados del caso *Sturges v. Crowninshield* (1819), que ofreció el primer test sobre la constitucionalidad de una ley de insolvencia estatal, en el caso, una ley de Nueva York de 1811 que liberaba a los deudores de la prisión por deudas. La distinción a que nos referimos ganó reconocimiento formal en esa misma sentencia al admitir el *Chief Justice* en la misma que tal distinción existía “in the nature of the things”, añadiendo que, sin menoscabar la obligación del contrato, el remedio podía ser modificado como considerara más oportuno la legislatura estatal. Vale la pena transcribir la reflexión de Marshall:

¹³⁶ R. HUTCHINSON: “Laws Impairing the Obligation of Contracts”, *op. cit.*, p. 421.

¹³⁷ Charles BUNN: “The Impairment of Contracts: Mortgage and Insurance Moratoria”, en *The University of Chicago Law Review (U. Chi. L. Rev.)*, Vol. I, 1933-1934, pp. 249 y ss.; en concreto, pp. 251-252.

¹³⁸ En tal sentido, Steven R. BOYD: “The Contract Clause and the Evolution...”, *op. cit.*, p. 546

“The distinction between the obligation of a contract, and the remedy given by the legislature to enforce that obligation, (...) exists in the nature of things. Without impairing the obligation of the contract, the remedy may certainly be modified as the wisdom of the nation shall direct. (...) Imprisonment is no part of the contract, and simply to release the prisoner does not impair its obligation”¹³⁹.

Otros miembros de la Corte no iban desde luego a compartir el punto de vista de Marshall, lo que se visualizó claramente en *Ogden v. Saunders* (1827), donde tal interpretación fue dejada de lado en relación a las leyes de quiebras estatales que afectaban a contratos celebrados después de su aprobación. En *Ogden*, la mayoría consideró que si un Estado aprueba una ley de quiebras (“bankruptcy act”), esa ley se convierte en una parte implícita del contrato, afectando por tanto a los remedios o recursos disponibles por el acreedor si el deudor deja de cumplir su obligación. Marshall, en *Sturges v. Crowninshield*, había interpretado que la distinción entre obligación y remedios justificaba la abolición de la prisión por deudas. A partir de este razonamiento, el *Justice* Washington, en *Ogden*, consideró que la exoneración podía incluir no sólo el cuerpo de un deudor, sino también sus ingresos futuros, pues dicha exoneración no dañaba la obligación de un contrato. En su *dissent*, Marshall volvió a sostener la misma tesis, aduciendo que la obligación y el remedio se originan en momentos diferentes, que la obligación dimanante de un contrato no es otorgada por el Derecho positivo, sino que es intrínseca y deriva del acto de las partes, que la obligación se origina con el contrato mismo, mientras que el remedio surte efecto a partir de la ruptura de un contrato y hace valer una obligación preexistente. De todo ello, Marshall concluía que “the laws pertaining to the remedy do not enter into the contracts of parties at all, but that insolvent laws which discharge the debtor, though passed before the contract is made, impair its obligation, which arises and exists independently of all law”¹⁴⁰.

Otros *Justices* tuvieron oportunidad de pronunciarse en torno a esta controvertida cuestión. Y así, en la segunda de las decisiones de la Corte sobre el caso *Green v. Biddle* (1823), quizá el mayor esfuerzo tras *Fletcher v. Peck* para expandir la *contract clause* con vistas a abarcar tanto los acuerdos públicos como privados (en el caso, lo que estaba en juego era un acuerdo de 1792 entre Virginia y Kentucky acerca de cómo decidir la validez de los títulos de tierra de Kentucky, una vez que este territorio, antes de convertirse en Estado, pertenecía a Virginia), el *Justice* Story observaba:

“It is no answer, that the acts.... now in question are regulations of the remedy, and not of the right to lands. If those acts so change the nature and extent of existing remedies, so as materially to impair the rights and interests of the owner, they are just as much a violation of the compact as if they directly overturned his rights and interests”¹⁴¹.

A su vez, y en la misma dirección, el *Justice* Washington, también en la *Green v. Biddle opinion*, argumentaba:

“(A) law which denies to the owner of land a remedy to recover possession of it.... or which clogs his recovery of such possession and profits, by conditions and restrictions tending to diminish the value and amount of the thing recovered, impairs his right to, and interest in, the property”.

Las vacilaciones de la Corte parecieron evanescerse en el caso *Mason v. Haile* (1827). El *dictum* aceptando que las leyes, retroactivamente, puedan librar a los deudores de la prisión, así pareció mostrarlo. Sobre la base de que tales leyes actúan tan sólo sobre el remedio, y eso sólo en parte, el *Justice* Smith Thompson justificó el fallo. De esta forma, aunque mostrando sus dudas acerca de que cualquier cambio en el remedio fuera permisible, la Corte aceptaba la idea de

¹³⁹ *Apud* Robert L. HALE: “The Supreme Court and the Contract Clause” (Part I), en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. LVII, 1943-1944, pp. 512 y ss.; en concreto, p.535.

¹⁴⁰ *Apud* R. HUTCHINSON: “Laws Impairing the Obligation...”, *op. cit.*, p. 422.

¹⁴¹ *Apud* James L. KAINEN: “Nineteenth Century Interpretations of the Federal Contract Clause: The Transformation from Vested to Substantive Rights Against the State”, en *Buffalo Law Review* (*Buff. L. Rev.*), (State University of New York at Buffalo), Vol. 31, 1982, pp. 381 y ss.; en concreto, p. 453.

Marshall de que “the distinction between the obligation of a contract, and the remedy.... exists in the nature of the things”.

II. En relación a la primera de las cuestiones planteadas, la de si la cláusula protege la totalidad de derechos y obligaciones de las dos partes de la relación contractual, cabe decir que no ha sido objeto de un específico planteamiento hasta tiempos recientes. El término “obligation” puede interpretarse que se refiere a una carga asumida contractualmente, pero también puede entenderse en el sentido que late en el “Derecho de obligaciones”, que engloba la totalidad de la relación jurídica, afectando por ello a las dos partes de la misma y no a una sola de ellas. Ese por lo demás es el sentido con que se maneja el término en el Derecho civil. Así entendido, es claro que cualquier alteración en la relación viene regida por la cláusula.

Históricamente, las posiciones de la doctrina han sido muy genéricas. Así, hace ya casi un siglo (en 1920), Corwin abordaba la cuestión de cuándo una ley incidía sobre las obligaciones de los contratos. A su juicio, una ley “impairing the obligation of contracts” era aquel texto legal que debilitaba materialmente los compromisos de una de las partes o que dificultaba indebidamente su cumplimiento¹⁴². La perspectiva de Corwin era, desde luego, amplia, aunque no entrara a responder la cuestión planteada. Con carácter general, se ha venido entendiendo que lo que no puede hacer una legislatura estatal es aprobar un texto legal que incida sobre los contratos existentes con la intención de ayudar a una parte en detrimento de la otra. En el fondo de este planteamiento, la cláusula pretendería mantener la paridad surgida en la propia relación contractual.

Epstein se ha planteado más frontalmente la cuestión, dando una respuesta a la misma mucho más precisa, y que nos parece perfectamente suscribible. Al efecto, se inclina por una interpretación del término “obligación” que incluya tanto los derechos como los deberes. A su juicio, la *contract clause* exige que la legislatura se vea impedida de liberar de sus obligaciones a quien se ha comprometido a algo. Sin embargo, los peligros del abuso legislativo no se hallan limitados a una actuación inapropiada respecto tan sólo a quienes han asumido un determinado compromiso, pues no cabe descartar que quienes han obtenido de otra parte el compromiso de hacer algo intenten buscar de la legislatura la imposición de obligaciones adicionales de la otra parte. De ahí que, de acuerdo con una interpretación funcional de la cláusula, el concepto de “obligación” deba entenderse que abarca la totalidad de la relación surgida al hilo del contrato y no sólo las obligaciones asumidas por tan sólo una de las partes¹⁴³.

En la anteriormente mencionada segunda decisión sobre el caso *Green v. Biddle* (1823), el *Justice* Washington, que formuló la *opinion of the Court*, en una sentencia unánime, aunque con una *concurring opinion* de Johnson y tres Jueces ausentes, sustentaba esta interpretación, argumentando:

“Any deviation from (a contract’s) terms, by postponing or accelerating the period of performance which it prescribes, imposing conditions not expressed in the contract, or dispensing with the performance of those which are, however minute, or apparently immaterial, in their affect upon the contract of the parties, impairs its obligation”.

A nuestro modo de ver, este entendimiento de la obligación como relación jurídica que abarca a las dos partes de la relación contractual es el que parece más lógico y razonable, y en sintonía con él debe entenderse que la cláusula de los contratos cubre la totalidad de derechos y obligaciones de ambas partes. Por otro lado, esta visión puede entenderse fortalecida si se atiende al hecho de que, en el primer período de interpretación de la cláusula, la Corte interpretó el término “impair” como equivalente a “alter”, a la vista del propósito de la cláusula; menoscabar equivaldría, pues, a alterar¹⁴⁴. Cualquier alteración de la relación contractual existente entre las

¹⁴² Edward S. CORWIN: *The Constitution and what it means today*, Princeton University Press, 12th edition, 2nd printing, Princeton, New Jersey, 1958, p. 83 (first published in 1920).

¹⁴³ Richard A. EPSTEIN: “Toward a Revitalization...”, *op. cit.*, p. 722.

¹⁴⁴ Cabe recordar, anticipando algo sobre lo que volveremos más adelante, que en el célebre caso *Dartmouth College v. Woodward* (1819), Marshall, que escribió la *opinion of the court*, rechazó el argumento del abogado de Woodward de que la ley de la Legislatura de New Hampshire que había alterado el número de fideicomisarios establecido inicialmente en la

partes estaría incidiendo sobre la cláusula constitucional, más aún si se tiene en cuenta que, como recuerda la doctrina¹⁴⁵, en ese primer período, como regla general, la Corte rechazó el argumento de que el interés apremiante del Estado en aumentar el bienestar de algún grupo de ciudadanos (en términos más actuales, el empleo por el Estado de su *police power* para ayudar al bienestar público) pudiera justificar menoscabos contractuales.

F) ¿Alcanza la cláusula tan sólo a las actividades legislativas o limita también al judiciary?

Ha sido Epstein quien se ha planteado esta cuestión¹⁴⁶, apenas suscitada entre el resto de la doctrina, hasta, por lo menos, donde a nosotros nos alcanza. Con todo, brevemente, nos referiremos a ella. Innecesario es recordar los términos con que la disposición constitucional está redactada. Son meridianamente manifiestos, pues la norma se refiere en exclusiva a las leyes estatales (“no state shall.... pass any.... law”). Ello deja bastante claro que las decisiones judiciales no tienen encaje en la *contract clause*. Dos consideraciones adicionales pueden hacerse al respecto. La primera es que la interpretación de la cláusula se ha visto alentada por la preocupación existente sobre las facciones legislativas y sus actividades buscando la escisión. La segunda es que si los tribunales estatales se quedaran fuera del ámbito de la cláusula, el crecimiento rutinario y el desarrollo del *common law* del contrato podría actuar totalmente en el nivel estatal sin la influencia de los principios del Derecho constitucional. Todo ello, al margen ya de que hay que presuponer que la Constitución no estipula un examen o control federal donde ninguno se necesita.

Otros argumentos juegan, sin embargo, en la dirección contraria. El principal lo entresaca Epstein del juego combinado de la *contract clause* y la previsión de la Primera Enmienda en relación a la libertad de expresión (“Congress shall make no law.... abridging the freedom of speech”). Esta disposición aparece frontalmente como un límite tan sólo frente a la acción legislativa. Más aún, el ámbito de la prohibición es más estricto que en el caso de la *contract clause*, pues ésta se refiere al Estado mientras que la Primera Enmienda tiene como destinatario al Congreso. Y sin embargo, la libertad de expresión ha recibido una mucho más amplia interpretación, aplicándose por ejemplo a las citaciones por desacato judicial en *Bridges v. California* (1941). Y en *New York Times Co. v. Sullivan* (1964), la Corte consideró que la Primera Enmienda prohíbe las acciones de difamación del *common law* contra funcionarios públicos a menos que esté probada su verdadera intención delictiva. El principio básico que emerge de casos como esos es que donde la acción judicial es un sustituto cercano de la legislación, una prohibición establecida frente a la última debe alcanzar a la primera.

Epstein, ponderando los argumentos a favor y en contra en juego, se muestra inclinado a extender la *contract clause* a las actividades judiciales estatales del mismo modo que se aplica a las legislaturas, tesis que no nos parece compartible. Ni el origen de la cláusula, ni la regulación constitucional de la misma, ni su interpretación en sede judicial dan pie para ello, y no terminamos de ver la necesidad de esta tan desbordante interpretación.

charter que dio vida jurídica al *Dartmouth College*, no violaba el contrato que entrañaba esa *charter*, pues la Legislatura se había limitado a añadir un número adicional de fideicomisarios o más bien, en ese momento, de administradores, respecto de los previstos originariamente. Marshall interpretó que la palabra “menoscabar” equivalía a “alterar”. “By this contract --escribió Marshall en la sentencia-- the crown was bound, and could have made no violent alteration in its essential terms, without impairing the obligation”. *Apud* Douglas W. KMIEC and John O. McGINNIS: “The Contract Clause: A Return to the Original Understanding”, *op. cit.*, p. 537, nota 56.

¹⁴⁵ Douglas W. KMIEC and John O. McGINNIS: “The Contract Clause...”, *op. cit.*, p. 538.

¹⁴⁶ Richard A. EPSTEIN: “Toward a Revitalization...”, *op. cit.*, pp. 747-750.

G) ¿Se encuentra la cláusula sujeta a ciertos límites implícitos? La limitación del *police power*.

a) Limitaciones en la aplicación de la *contract clause*.

La *contract clause*, como puede fácilmente comprenderse, encuentra límites en su aplicación. Es evidente que la cláusula se halla redactada en unos términos muy amplios, lo que justamente desencadenaría en la Convención la preocupación acerca de que su interpretación literal podía tener un enorme efecto impeditivo sobre la legislación estatal. Es obvio que el texto de la cláusula no alude a límite de ningún tipo, lo que, como también es evidente, no entraña que en sede judicial, con ocasión de su aplicación, no puedan fijársele límites. Así ha acontecido por lo demás. Y esos límites no siempre han sido el fruto del reconocimiento en sede judicial de específicos poderes estatales, como sería el caso del *police power* o del *power of eminent domain*, sino que también pueden considerarse el resultado de la fijación por la Corte de criterios hermenéuticos de notable relevancia, cuyo paradigma sería la doctrina de la *strict construction*.

En los años cuarenta del pasado siglo, Hale constataba¹⁴⁷, que en el ejercicio de su *police power*, la Corte Suprema había frustrado muchos contratos realizados entre particulares, y al hilo de ello se había comprometido en muchos casos, aunque no en todos, en la elaboración de un “Derecho de los contratos” (*contract law*), e interpretado condiciones implícitas en el contrato. Más aún, como se reconoce de modo bastante generalizado¹⁴⁸, alguno de esos límites, en particular el *police power*, llegó a convertir la cláusula de los contratos en prácticamente insignificante (“virtually nugatory”) a inicios de los años ochenta del pasado siglo, de resultas de la amplia autoridad reconocida por la Corte Suprema al *police power* estatal para alterar las relaciones contractuales en orden a favorecer los intereses públicos.

Junto a esta limitación del *police power* podemos encontrar otras, como la ya mencionada *just compensation* o el poder de eminente dominio, éste cercanamente consanguíneo, por utilizar los términos de Merrill¹⁴⁹, a un poder general de regulación, respecto del cual la importancia de su libre ejercicio para la eficiente promoción del bienestar general es clara. Nosotros, en cualquier caso, vamos a circunscribir nuestra exposición al que sin duda es el límite más relevante, el *police power*, lo que tampoco nos va a impedir hacernos puntual eco de algunas decisiones significativas de la Corte que han entrañado una limitación de la *contract clause* con base en otros presupuestos. Por lo demás, tampoco pretendemos ceñir estrictamente nuestra exposición a aquellas sentencias de la *Supreme Court* que nos sitúan ante una relación directa e inmediata entre la *obligation of contract* y el *police power*, como sería el caso, por poner algunos ejemplos, del *Dartmouth College case* (1819), del caso *Charles River Bridge v. Warren Bridge* (1837), de *Thorpe v. Rutland & B. R. Co* (1855), del caso *Beer Co. v. Massachusetts* (1877) o, en fin, del trascendente *Stone v. Mississippi case* (1879). Por el contrario, vamos a tratar la doctrina del *police power* con una mayor perspectiva, sin ningún ánimo, como es obvio, de exhaustividad, pues ello no encajaría en los límites de este trabajo.

b) El límite del *police power* y su conexión con la doctrina de la *dual sovereignty*.

El *police power* de los Estados se ha considerado¹⁵⁰ difícil de entender y aún más difícil de definir y de colocarlo dentro de algunos límites. A inicios del pasado siglo, en *Atlantic Coast Line Co. v. Goldsboro* (1914), la Corte Suprema aludía al poder de policía en los siguientes términos: “It is settled that neither the contract clause nor the due process clause has the effect of overriding the power of the State to establish all regulations that are reasonably necessary to secure the

¹⁴⁷ Robert L. HALE: “The Supreme Court and the Contract Clause” (Part III), en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. LVII, 1943-1944, pp. 852 y ss.; en concreto, p. 872.

¹⁴⁸ Así, por ejemplo, en HARVARD-NOTE: “Rediscovering the Contract Clause”, en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. 97, 1983-1984, pp. 1414 y ss.; en concreto, p. 1414.

¹⁴⁹ Maurice H. MERRILL: “Application of the Obligation of Contract Clause to State Promises”, en *University of Pennsylvania Law Review* (*U. Pa. L. Rev.*), Vol. 80, 1931-1932, pp. 639 y ss.; en concreto, p. 667.

¹⁵⁰ Collins DENNY, Jr.: “The Growth and Development of the Police Power of the State”, en *Michigan Law Review* (*Mich. L. Rev.*), Vol. XX, 1921-1922, pp. 173 y ss.; en concreto, p. 173.

health, safety, good order, comfort, or general welfare of the community”¹⁵¹. Así pues, la regulación de la salud, la seguridad, el buen orden, la comodidad o el bienestar general de la comunidad constituían para la Corte el *police power* estatal. Y en sintonía con ello, puede sostenerse con carácter general, que la *Supreme Court* ha admitido reiteradamente, que una legislatura estatal goza de amplia discreción a la hora de discernir los objetivos que pueden llevarla a interferir sobre las bases de la preservación de la salud y la seguridad públicas, como también de la moral, admitiendo el Tribunal que el Estado puede escoger qué asuntos ha de regular.

Existe una cierta convergencia por parte de la doctrina en que la expresión *police power* se emparejó con la palabra *state* con el fin de aludir al residuo de poderes gubernamentales (“the residuum of governmental powers”) dejado a los Estados después de sustraerles lo que delegaban a la autoridad nacional; la expresión ha continuado teniendo ese significado en cada ocasión en que se ha sujetado a un minucioso análisis. Así interpretado y aplicado, ha llegado a ser ni más ni menos lo que el *Chief Justice* Roger B. Taney, en una clarividente afirmación hecha en los *License cases* (1847)¹⁵², identificó como “los poderes de gobierno inherentes en cada soberanía a la extensión de sus dominios.... el poder de dirigir y gobernar los hombres y las cosas dentro de los límites de sus dominios”¹⁵³.

En la misma dirección, se ha considerado¹⁵⁴ que la idea del *state police power* está personificada en la teoría de la “soberanía dual” (“dual sovereignty”). Los *Framers* habían estudiado de cerca el pensamiento de Blackstone, y de él aprendieron la lección de la soberanía divisible. En cuanto que sólo los intereses comunes se confiaron al gobierno general, cuyos poderes son expresamente delegados y por tanto enumerados, la soberanía residual (“residual sovereignty”) que permaneció en los Estados fue la semilla de la que iban a nacer y crecer los inmensos poderes del “*eminent domain*” y del “*police power*”. Tan vinculada llegó a estar la idea de la existencia de un poder de policía estatal a la soberanía, que Roettinger recuerda¹⁵⁵ que la expresión *police power* llegó a ser ampliamente usada como sinónimo de los “*powers of sovereignty*”. El polémico Calhoun no usó la frase en su Resolución de 1847, pero reclamó para los Estados un exclusivo y único derecho sobre sus propias instituciones internas y un poder de policía. En cualquier caso, el concepto también se ha vinculado con la idea de protección de los individuos frente al Estado. En su monumental trabajo sobre el *police power*, Hastings lo considera como “an outgrowth of the American conception of protecting the individual from the state”¹⁵⁶.

La enorme popularidad del concepto de *police power* sólo puede explicarse en función de las circunstancias de los años subsiguientes a la desaparición de Marshall (1835): el radical cambio que la Corte va a experimentar con la llegada a la *Chief Justiceship* del sureño Taney, el arribo al poder en 1828 del nuevo partido Jacksoniano (Andrew Jackson sería Presidente entre 1829 y 1837), con la definitiva desaparición de los últimos indicios de los Federalistas, los nuevos problemas económicos que hicieron acto de presencia y, por encima de todo, el recrudecimiento del

¹⁵¹ *Apud* Edward S. CORWIN: *The Constitution and what it means today, op. cit.*, p. 84.

¹⁵² Los *License cases* fueron tres casos (*Thurlow v. Massachusetts; Fletcher v. Rhode Island, y Peirce v. New Hampshire*), decididos en marzo de 1847 por unanimidad (9-0). Concernían a la legalidad de sendas leyes de Massachusetts, Rhode Island y New Hampshire que imponían impuestos sobre la venta de bebidas alcohólicas importadas, procediendo a la par a la regulación de otros aspectos. La Corte apoyó la autoridad estatal para esas regulaciones.

¹⁵³ Vale la pena transcribir en su literalidad algunas de las reflexiones formuladas por Taney en la sentencia de los *License cases*: “What are ---se pregunta el *Chief Justice*--- the police powers of a state?” Y así responde de inmediato: “They are nothing more or less than the powers of government inherent in every sovereignty to the extent of its dominion, and whether a state passes a quarantine law or a law to punish offenses, or to establish courts of justice, or requiring certain instruments to be recorded, or to regulate commerce within its own limits, in every case it exercises the same power: that is to say, this power of sovereignty, the power to govern men and things within the limits of its own dominions. It is by virtue of this power that it legislates, and its authority to make regulations of commerce is as absolute as its power to pass health laws, excepting so far as it has been restricted by the constitution of the United States”. *Apud* W. G. HASTINGS: “The Development of Law as Illustrated by the Decisions Relating to the Police Power of the State”, en *Proceedings of the American Philosophical Society (Proc. Amer. Philos. Soc.)*, Vol. XXXIX, N° 163, September, 1900, pp. 359 y ss.; en concreto, p. 382.

¹⁵⁴ Collins DENNY, Jr.: “The Growth and Development of the Police Power of the State”, *op. cit.*, p. 173.

¹⁵⁵ Ruth Locke ROETTINGER: *The Supreme Court and State Police Power. A Study in Federalism*, Public Affairs Press, Washington D.C., 1957, p. 12.

¹⁵⁶ W. G. HASTINGS: “The Development of Law as Illustrated by the Decisions Relating...”, *op. cit.*, p. 360.

problema de la esclavitud. Las radicales posturas de los Jacksonianos iban a tener mucho que ver con el definitivo arraigo del *police power*. Poniendo en duda la teoría federalista de que la voluntad del pueblo, encarnada en la Constitución, es descubrible tan sólo por los jueces, los Jacksonianos insistieron en la idea de la soberanía popular, haciéndola valer en las urnas y en los órganos legislativos. De esta forma, como escribe Mason¹⁵⁷, el *police power*, una amplia autoridad en las legislaturas estatales “to govern men and things”, emergió como la expresión jurídica de la soberanía popular.

El problema de la esclavitud iba a desempeñar igualmente un rol capital en la consolidación del *police power*. A juicio de Denny¹⁵⁸, la verdadera razón para la adopción del concepto, de la noción, del *state police power* descansa en la gran controversia sobre la esclavitud. No muchos años antes, los Estados de Nueva Inglaterra se reunieron en la célebre *Hartford Convention*, en la que se manifestó primeramente una amenaza real de secesión. Sin embargo, durante los años intermedios, el Norte superó numéricamente al Sur, lo que se tradujo en que el control del Congreso pasó del Sur al Norte. Además, electrizados por ese grandísimo abogado y político que fue Webster, el Norte adoptó su doctrina de la “Unión indisoluble”. Así las cosas, era necesario encontrar alguna teoría con la que los norteros pudieran combatir la perniciosa doctrina de los derechos de los Estados (“States Rights doctrine”) tan arraigada en el Sur, no obstante que en el Norte también se creyera en la idea de la soberanía residual de los Estados. En este marco contextual, cuando la Corte Suprema ofreció su idea del *police power* para pacificar el “disturbing spirit of slavery”, el Norte la adoptó como propia.

En enero de 1842, la Corte decidió el polémico caso *Prigg v. Pennsylvania*, expresando Story la *opinion of the Court*, una sentencia aprobada casi por unanimidad (8 votos frente a uno en *dissent* del Justice McLean). Fue este el primer caso en que se vieron implicadas las disposiciones constitucionales relativas a los esclavos fugitivos. En el mismo se abordó la conflictiva *Fugitive Slave Law* de 1793, cuya constitucionalidad se reafirmó, a la par que se declaraba la inconstitucionalidad de una ley del Estado de Pennsylvania (la *Personal Liberty Law*, de 1826), interpretándose que la obligación de asegurar el retorno a su lugar de origen de los esclavos huidos recaía sobre el gobierno federal, no sobre los Estados. En tal momento, el concepto del *state police power* ya se hallaba bien establecido.

En 1868, Thomas M. Cooley publicaba su clásica y trascendental obra *Constitutional Limitations*, cuya aparición llegó a equipararse en trascendencia a la aprobación de la XIV Enmienda, que había tenido lugar ese mismo año¹⁵⁹. Cooley se hacía eco del nuevo concepto, observando que el *police power* se extiende a cada departamento de negocios y alcanza cualquier interés y cualquier asunto de provecho o diversión, tras lo que procedía a caracterizarlo del siguiente modo: “La policía de un Estado, en un sentido amplio, abarca su sistema de reglamentación interna a cuyo través se busca no sólo preservar el orden público e impedir infracciones contra el Estado, sino también establecer, a efectos de las relaciones entre ciudadano y ciudadano, aquellas reglas de buenos modos (“good manners”) y buena vecindad (“good neighborhood”) que se hacen con el fin de impedir un conflicto de derechos (“a conflict of rights”) y asegurar a cada uno el ininterrumpido disfrute de lo suyo (“the uninterrupted enjoyment of his own”), en la medida en que es razonablemente coherente con un disfrute semejante de derechos por los demás”¹⁶⁰. Por el contrario, la recepción del *police power* por el importantísimo *Law Dictionary* de Bouvier, sería mucho más tardía. Publicado originalmente en 1839, la obra no definía ni aludía al concepto; habría que esperar a su edición de 1883 (la decimotercera de 1867 tampoco aludía al concepto) para ver recogido el *police power*. Unos años antes, en 1879, había comenzado a aparecer entre las subdivisiones del Derecho constitucional en los suplementos anuales del *United States Digest*.

¹⁵⁷ Alpheus Thomas MASON: “Myth and Reality in Supreme Court Decisions”, en *Virginia Law Review (Va. L. Rev.)*, Vol. XLVIII, 1962, pp. 1385 y ss.; en concreto, p. 1390.

¹⁵⁸ Collins DENNY, Jr.: “The Growth and Development of the Police Power of the State”, *op. cit.*, p. 177.

¹⁵⁹ Refiriéndose a la obra de Cooley, el Decano Stason escribía: “It has been authoritatively written that the appearance of this volume may be accorded significance, so far as American constitutional history is concerned, not far short of another great event of 1868 –the ratification of the Fourteenth Amendment to the American Constitution”. *Apud* Ruth Locke ROETTINGER: *The Supreme Court and State Police Power...*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁰ *Apud* Ruth Locke ROETTINGER: *The Supreme Court and State Police Power...*, *op. cit.*, pp. 13-14.

c) La recepción jurisprudencial del *police power* y de otras limitaciones sobre la *contract clause*: de la *Marshall Court* a la Guerra Civil (1861-1865).

I. Corresponde a Marshall, también en esta materia, el mérito de haber sido quien acuñara en primer lugar la idea, incluso los propios términos, del *police power*, lo que tendría lugar en el caso *Brown v. Maryland* (1827)¹⁶¹. Con todo, antes de este caso, encontramos diversos precedentes significativos. Por un lado, con anterioridad a *Brown*, en la Corte iba a arraigar un punto de vista que se halla en la base del concepto. Nos referimos a la idea de que hay ciertos límites para la validez de aquellas cláusulas por las que se ceden o limitan poderes de gobierno. Tal idea aparece bastante pronto en la *Supreme Court*. Tras ella subyacía el argumento de la inalienabilidad de la soberanía, aunque en otras ocasiones esa argumentación recibió una forma más moderna. En 1821, en el caso *Goszler v. Georgetown*, Marshall sugería que una corporación municipal no podía limitar su propio poder de normación. El litigio versaba sobre una cuestión diferente, y en cualquier caso, la capacidad de una municipalidad para contratar fuera de los poderes que le habían sido delegados, en ausencia por lo mismo de una expresa autoridad legislativa, podía muy bien ser contemplada con una visión más estricta de la que podría mantenerse respecto de actos similares de un órgano legislativo libre de limitaciones constitucionales. En cualquier caso, la idea se habría de expresar con mayor atención y en un lenguaje muy semejante en el caso *Providence Bank v. Billings* (1830).

Por otro lado, la idea del *police power*, aunque no el concepto propiamente dicho, se halla claramente en la mente de Marshall cuando pronuncia su trascendental sentencia en el *Dartmouth College Case* (1819). Esta decisión, asentada en la *contract clause*, fijaría la doctrina de la inviolabilidad corporativa, bien que la misma quedaría limitada por la siguiente, y bien conocida, reflexión de Marshall:

“The Framers of the Constitution did not intend to restrain the states in the regulation of their civil institutions adopted for internal government, and that the instrument they have given us is not to be so construed is admitted”¹⁶².

Y en el celeberrimo caso de *Gibbons v. Ogden* (1824), en el que procedería a sentar la interpretación de la *commerce clause*, Marshall afirmaba:

“Although many of the powers formerly exercised by the States are transferred to the government of the Union, yet the State governments remain and constitute a most important part of our system.... The acknowledged power of the state to regulate its police, its domestic trade, and to govern its own citizens may enable it to legislate on this subject to a considerable extent”¹⁶³.

En *Brown v. Maryland*, tres años después (1827), la Corte consideró que una ley del Estado de Maryland, exigiendo a un importador obtener una licencia estatal antes de que le fuera permitido vender unas mercancías importadas, estaba en conflicto con la disposición constitucional que prohibía a los Estados establecer impuestos sobre los artículos importados, así como con aquella otra que otorgaba al Congreso la potestad de regular el comercio interestatal. Pero a continuación, Marshall dijo: “El poder para dirigir el traslado de la pólvora es una derivación del poder de policía (“a branch of the police power”), que incuestionablemente permanece y debe permanecer en los Estados”. Aquí, por primera vez, encontramos el término *police power*, que como claramente se aprecia, se utiliza para enfatizar la doctrina de la soberanía residual (“residual sovereignty”), aplicándose a aquellos supuestos en que el público, la gente, tiene que ser protegida. Sin embargo, el *Brown case* no iba a ser suficiente para otorgar al concepto del *police power* un uso corriente. De hecho, no se encuentra su utilización inmediata ni

¹⁶¹ Escribe Hastings que, a pesar de una cuidadosa investigación de la frase, no ha conseguido encontrarla en los escritos políticos o jurídicos del país anteriores a ese momento, para añadir, que la combinación de sus términos parece ser aún desconocida al otro lado del Atlántico, no obstante que las dos palabras integrantes del concepto hayan llegado a los Estados Unidos de Francia, y la idea o insinuación que en ellas late sea claramente fácil de encontrar en Montesquieu. W. G. HASTINGS: “The Development of Law as Illustrated by the Decisions...”, *op. cit.*, p. 860.

¹⁶² *Apud* W. G. HASTINGS: “The Development of Law as Illustrated by the Decision...”, *op. cit.*, p. 363.

¹⁶³ *Apud* Ruth Locke ROETTINGER: *The Supreme Court and State Police Power...*, *op. cit.*, p. 11.

por los jueces ni por los políticos, como corrobora el que, como antes se dijo, Calhoun, en su conocida Resolución de diciembre de 1837, no recurriera al mismo.

II. Habrían de pasar diez años hasta que el concepto fuera utilizado nuevamente en el caso *Mayor of the City of New York v. Miln* (1837). El caso llegó primeramente ante la Corte en 1834, aún en vida de Marshall. El *Chief Justice* había anunciado que en casos constitucionales la Corte no se pronunciaría a menos que se hallaran presentes cuatro Jueces, y como tal circunstancia no se daba, el caso quedó pospuesto, no volviéndose a ver hasta tres años después, con el Tribunal presidido ya por Taney. Fue el Juez Philip Barbour quien pronunció la *opinion of the Court*. La cuestión que se suscitó fue la de si una ley del Estado de Nueva York que exigía del capitán de cada barco que llegaba al puerto presentar ante las autoridades de la ciudad, dentro de las 24 horas siguientes a la llegada, una declaración con una serie de datos preestablecidos, fijándose una sanción de 25 dólares a cargo del capitán, de los propietarios del navío o del consignatario, por cada uno de los pasajeros que proviniendo de un país extranjero o de otro Estado no fuere objeto de declaración, debía ser considerada nula de resultas de considerarse incompatible con la facultad del Congreso de regular el comercio interestatal o con países extranjeros. El Tribunal consideró válida la ley y el Juez Barbour se hizo eco en la sentencia de las palabras de Marshall en el *Brown case* en estos términos:

“The court admits the power of a state to direct the removal of gunpowder as a branch of the police power which unquestionably remains and ought to remain with the state”.

A su vez, en su *concurring opinion*, el Juez Smith Thompson sostenía:

“Can anything fall more directly within the police power and internal regulation of the state than that which concerns the care and management of paupers or convicts or any other class or description of persons that may be thrown into the country and likely to endanger its safety or become chargeable for maintenance?”¹⁶⁴.

Era bastante evidente que la finalidad perseguida por la ley newyorkina era impedir la entrada de pobres y criminales en la ciudad, y el medio para alcanzar tal objetivo es apoyado por la Corte, con base en la protección de la seguridad, felicidad, prosperidad y bienestar general de la población. El *Justice* Barbour va a llegar a decir, que toda legislación estatal que tenga en perspectiva este elevado propósito “is complete, unqualified, and exclusive”.

Ese mismo año (1837) la Corte, ciertamente muy dividida (fue una decisión 4-3), dictaba una importantísima sentencia en el caso *Charles River Bridge v. Warren Bridge*, que marca el primer paso en el establecimiento de límites respecto de la doctrina sentada en el *Dartmouth College case*, con base fundamentalmente en la que habrá de ser una trascendente doctrina, la *strict construction*. Expresando la *opinion of the Court*, Taney consideró que aunque una *charter*, esto es, un estatuto de una corporación o sociedad (que Marshall había equiparado a un contrato en *Dartmouth*) era vinculante, no implicaba, sin embargo, un derecho exclusivo más allá de lo que se hallaba expresamente declarado. Los precedentes del *common law* establecían una regla de interpretación estricta para las concesiones públicas, y las mismas consideraciones de interés público que habían llevado a Marshall a considerar en *Providence Bank v. Billings* (1830) que una “corporate charter” no implicaba una promesa de inmunidad fiscal, llevaban a la conclusión de que el mero derecho a cobrar peaje (pues el Estado de Massachusetts, al otorgar una franquicia para la construcción de un puente, no había prescindido en el contrato que era la *charter* de su derecho a autorizar la construcción de otro puente en la misma vecindad) no debía implicar una promesa de exclusividad. El interés de la comunidad en su conjunto, su comodidad y la misma prosperidad pública¹⁶⁵ se hallaban tras el establecimiento de esta doctrina hermenéutica de la

¹⁶⁴ *Apud* W. G. HASTINGS: “The Development of Law as Illustrated by the Decisions...”, *op. cit.*, p. 367.

¹⁶⁵ Vale la pena recordar algunas de las reflexiones llevadas a cabo por el *Chief Justice* Taney en su sentencia: “The whole community are interested in this inquiry, and they have a right that the power of preventing their comfort and convenience, and of advancing the public prosperity, by providing safe, convenient, and cheap ways for the transportation of produce, and the purposes of travel, shall not be construed to have been surrendered or diminished by the state; unless it shall appear in plain words, that it was intended to be done”. *Apud* Raymond T. JOHNSON: “The Contract Clause of

strict construction, conforme a la cual, de ahora en adelante, todas las dudas que planteara la interpretación de una *charter* tenían que ser resueltas en favor del Estado y en contra de la concesión. Piénsese además, en que el ejercicio de la franquicia corporativa entrañaba una restricción de derechos individuales, (“The exercise of the corporate franchise, ---se argumenta en la sentencia--- being restrictive of individual rights, cannot be extended beyond the letter and spirit of the act of incorporation”) lo que aún hacía más necesaria la estricta interpretación de la *charter*. La *contract clause* iba a encontrar así una limitación de especial trascendencia.

Particularmente interesantes son los argumentos del abogado Simon Greenleaf, quien intervino en nombre de los propietarios del “Warren Bridge”. Mientras el gran abogado Daniel Webster, defendiendo a la sociedad propietaria del “Charles River Bridge”, se iba a apoyar en la *contract clause* y en los *vested-rights*, Greenleaf aducía lo que sigue:

“Among the powers of government, which are essential to the constitution and well-being of civil society, are, not only the power of taxation, and providing for the common defense, but that of providing safe and convenient ways for the public necessity and convenience; and the right of taking property for public use.... They are intrusted to the legislature, to be exercised, not bartered away; and it is indispensable that each legislature should assemble, with the same measure of sovereign power, that was held by its predecessors”¹⁶⁶.

La doctrina hermenéutica de la *strict construction*, al margen ya de cualquier otro principio, se ha aplicado en bastantes ocasiones a la *contract clause*, aunque Wright¹⁶⁷ ha detectado pocos casos de aplicación de esta regla interpretativa en la *Taney Court*. Valga como ejemplo adicional el caso *Newton v. Commissioners* (1879), que mencionamos aunque no corresponda al tracto temporal aquí acotado. El litigio se suscitó al hilo de una Ley de 1846 de la Legislatura de Ohio que disponía que la capital del condado de “Mahoning County” sería establecida de modo permanente en Canfield. Los términos de la ley se cumplieron y la capital del condado quedó establecida en Canfield. Sin embargo, a través de una ley ulterior de la Legislatura, tal capitalidad fue suprimida. El abogado Garfield, en nombre de la ciudad, sostuvo que la ley posterior de la Legislatura violaba las obligaciones dimanantes del contrato, fundamentándolo en la doctrina, extraída de anteriores decisiones de la propia Corte Suprema, de que: “The rule that legislative grants and contracts are to be construed most favorably to the State not tolerate the defeating of the grant or contract by any hypercritical construction”. La Corte decidió, sin embargo, que:

“County seat was permanently established at Canfield when it was placed there with the intention that it should remain there. It fulfilled at the outset the entire obligation it had assumed. Keeping it there is another and distinct thing”¹⁶⁸.

La justificación primigenia de esta decisión descansa, por supuesto, en la consideración de que el establecimiento del lugar donde se ha de situar la capital de un condado es una función gubernamental, cuyo libre ejercicio no puede verse limitado por una previa concesión o contrato, lo que podría incluso considerarse como otra limitación frente a la *contract clause*. Con todo, es claro que en la sentencia late también la doctrina de la *strict construction*.

III. La siguiente referencia a la doctrina del *police power* la encontramos en el caso *Prigg v. Pennsylvania* (1842), anteriormente referido. Story pronunció la *opinion of the Court*, y habiendo considerado que la Constitución reconocía la propiedad sobre los esclavos, negó que existiera una competencia concurrente por parte de los Estados, pero iba a admitir expresamente que la Corte reconocía y protegía el *police power*¹⁶⁹. En los *License cases* (1847), como ya

the United States Constitution”, en *Kentucky Law Journal (Ky. L. J.)*, Vol. XVI, 1927-1928, pp. 222 y ss.; en concreto, p. 230.

¹⁶⁶ *Apud* Maurice H. MERRILL: “Application of the Obligation of Contract Clause...”, *op. cit.*, p. 659.

¹⁶⁷ Benjamin Fletcher WRIGHT, Jr.: *The Contract Clause...*, *op. cit.*, p. 65.

¹⁶⁸ *Apud* Raymond T. JOHNSON: “The Contract Clause...”, *op. cit.*, p. 231.

¹⁶⁹ “We are by no means ---razonaba Story--- to be understood in any manner whatsoever to doubt or interfere with the police power belonging to the states in virtue of their general sovereignty. That police power extends over all the subjects within the territorial limits of the states.... and.... is entirely distinguishable from the right and duty of claiming and

expusimos anteriormente y no volveremos sobre ello, Taney procedió a dar una luminosa definición del concepto del *police power*¹⁷⁰. Dos años más tarde, en los *Passenger Cases* (1849), la Corte hubo de resolver la colisión entre el *police power* y el *commercial power*, de competencia del Congreso, como es sabido. Con una Corte muy dividida (la sentencia fue 5-4), el *Justice* John McLean, expresando la *opinion of the Court*, declaró la inconstitucionalidad de sendas leyes de New York y Massachusetts¹⁷¹. Pero de la sentencia, lo que ahora nos interesa es la reflexión que el Juez hace al relacionar el poder de policía y el poder de imposición de impuestos:

“The police power of the state ---sostiene McLean--- cannot draw within its jurisdiction objects which lie beyond it.... In guarding the safety, health and morals of its citizens a state is restricted to appropriate and constitutional means. If extraordinary expenses be incurred an equitable claim to an indemnity can give no power to a state to tax objects not subject to its jurisdiction”¹⁷².

El caso *Moore v. Illinois* (1852) dio pie asimismo para que la Corte retornara al concepto de *police power*. Una ley disponiendo que nadie refugiara a un esclavo o impidiera a su dueño capturarlo fue apoyada por la Corte al considerarla “una regulación para la represión y castigo de los delitos, para la preservación de la salud, la moral y la paz pública”. Los enfrentamientos en el seno de la Corte por el tema de la esclavitud, muy comunes en esos años, conducirían a situaciones un tanto paradójicas. Así, en sus fallos, el Tribunal iba a considerar que una ley que prohíbe refugiar u ocultar a un esclavo era “due exercise of the police power”, mientras que otra norma legal que prohíbe al dueño capturarlo y trasladarlo a la fuerza no estaba amparada por el *police power*.

En fin, en 1855, en el caso *Thorpe v. Rutland & B. R. Co.*, que Denny considera¹⁷³ el primer paso dado por los tribunales americanos para establecer límites sobre la inviolabilidad de los contratos por virtud del *police power*, la Corte consideró que un Estado podía legalmente añadir deberes adicionales a los que ya estaban establecidos en una *charter* de creación de una sociedad¹⁷⁴ con tal que esas restricciones se hicieran por virtud del *police power*.

Al margen ya de la Corte Suprema, es de interés recordar, que en los primeros casos suscitados ante los tribunales estatales, en los que entró en juego la doctrina que venimos tratando, se planteó la interesante cuestión de las circunstancias en las que el *police power* podía utilizarse: ¿podía recurrirse a él sólo cuando viniera exigido por una necesidad dominante, en orden, por ejemplo, a impedir un daño, o podía usarse del mismo con una mayor libertad, para, por poner otro ejemplo, proveer al bienestar general?. Recuerdan algunos autores¹⁷⁵, que en los primeros años se apoyó el *police power* con base en los precedentes ingleses de la doctrina de la

delivering slaves which comes from the general government”. *Apud* Collins DENNY, Jr.: “The Growth and Development of the Police Power of the State”, *op. cit.*, nota 13, pp. 177-178.

¹⁷⁰ Sí creemos del mayor interés hacernos eco de la reflexión inmediatamente subsiguiente a aquella otra ya transcrita más arriba en la que Taney procedía a definir el *police power*. Nos parece claramente tributaria de la doctrina, que más adelante expondremos, establecida por Marshall en *Fletcher v. Peck*. Así razona Taney en los *License cases*: “When the validity of a state law is drawn in question in a judicial tribunal, the authority to pass it cannot be made to depend upon the motives that may be supposed to have influenced the legislature, nor can the court inquire whether it was intended to guard the citizens of a state from pestilence and disease or to make regulations of commerce for the interests and convenience of trade”. *Apud* W. G. HASTINGS: “The Development of Law as Illustrated by the Decisions Relating to the Police Power of the State”, *op. cit.*, p. 382.

¹⁷¹ En los *License Cases* (*Smith v. Turner* y *Norris v. Boston*) estaban en juego una ley de Nueva York por la que se autorizaba el cobro de una tasa a cada persona que desembarcara en la ciudad de Nueva York, tasa cuyo importe iba a sufragar los gastos del hospital de marina de la ciudad, y una disposición de Massachusetts disponiendo que se nombraran funcionarios para impedir a cualquier persona incompetente o tonta (“an idiot or person incompetent”) entrar en el Estado para ganarse la vida, a menos que se dejara una fianza con el fin de que tal persona no llegara a ser una carga pública en los siguientes diez años. La mayoría de la Corte declaró nulas leyes por vulneración de la *commerce clause*.

¹⁷² *Apud* Collins DENNY, Jr.: “The Growth and Development of the Police Power of the State”, *op. cit.*, nota 24, pp. 181-182.

¹⁷³ Collins DENNY, Jr.: “Growth and Development of the Police Power...”, *op. cit.*, p. 184.

¹⁷⁴ La cuestión que se planteó en el caso era la de si un Estado podía exigir a una compañía de ferrocarriles vallar sus vías y poner guardas frente al ganado en todos los cruces, si tales restricciones habían sido establecidas una vez otorgada la concesión a través de la correspondiente *charter*, que no las contemplaba.

¹⁷⁵ W. G. HASTINGS: “The Development of Law as Illustrated by the Decisions...”, *op. cit.*, p. 418. En igual sentido, Ruth Locke ROETTINGER: *The Supreme Court and State Police Power...*, *op. cit.*, p. 13.

necesidad dominante y también con apoyo en la máxima de Lord Coke, *Sic utere tuo ut alienum non laedas* (Utilice lo suyo de manera que no haga daño a lo que pertenece a otro), a la que se recurrió para sostener que donde lo que pertenece a otro no era afectado por el acto de un individuo, ese acto no podía ser regulado de conformidad con el *police power*. Esta interpretación proporcionaba, sin embargo, una demasiado estricta base para un suficiente apoyo de la autoridad legislativa, apremiada, de un lado, por las restricciones federales, y de otro, por las apremiantes disposiciones de las constituciones estatales en defensa de los derechos personales y de propiedad. No ha de extrañar por lo mismo que la interpretación a que aludíamos con anterioridad se viera sujeta a notables excepciones. Valga como ejemplo el caso *Commonwealth v. Alger* (1853), resuelto por el *Chief Justice* Shaw, de la Corte Superior de Massachusetts, en el sentido de apoyar la autoridad estatal para regular los derechos de propiedad en beneficio del interés general (“general welfare”), proporcionando en cierto modo el punto de partida para la más amplia interpretación del *police power*.

De la trascendencia que la doctrina del *police power* había adquirido antes de la guerra civil (1861-1865) da buena cuenta la reflexión de Corwin, para quien las dos principales doctrinas del Derecho constitucional americano que incidían sobre el poder legislativo estatal antes del inicio de la fratricida contienda eran la doctrina de los derechos adquiridos (“doctrine of vested rights”) y la doctrina del *police power*. Ambas doctrinas eran en cierto modo conceptos complementarios, por cuanto, según el ilustre profesor¹⁷⁶, representaban la reacción sobre cada una de las otras tempranas teorías en conflicto con ellas: la teoría de los derechos naturales y la de la soberanía legislativa, respectivamente.

También antes de la guerra la Corte operativizará el *power of eminent domain* como límite de la *contract clause*. De hecho, Wright¹⁷⁷ sostiene que durante la *Taney Court* la principal limitación sobre la *contract clause*, junto al principio de *strict construction*, fue la doctrina de la *inalienability of the right of eminent domain*, cuestión que, por el contrario, parece no haber sido debatida en ninguno de los casos de los que hubo de conocer la *Marshall Court*. Desde el primer período de sesiones de la Corte presidida por Taney, entró en juego la mencionada doctrina. Particular importancia tendrá al respecto el caso *West River Bridge Co. v. Dix* (1848)¹⁷⁸, en el que el Juez Peter Daniel, expresando una muy mayoritaria (7-1) sentencia, decidió que el ejercicio del poder de dominio eminente para extinguir una franquicia no violaba la *contract clause*, considerando que un puente, no obstante ser propiedad de una compañía habilitada por una *charter* estatal para cobrar un peaje a su paso por el mismo y temporalmente aún en vigor, podía ser confiscado y tomado como parte de una vía pública, de conformidad con las leyes del Estado. Del mayor interés nos parecen algunas de las reflexiones del Juez Daniel. De ellas es de subrayar de modo muy particular su idea de que en los contratos se han de presuponer siempre una serie de reglas y principios provenientes del Derecho natural, del Derecho internacional y de los propios principios subyacentes en la comunidad a la que las partes pertenecen; tales reglas vinculan y no necesitan ser reflejadas en las específicas estipulaciones de un contrato. Vale la pena transcribir algunas de esas reflexiones:

“Into all contracts, whether made between States and individuals or between individuals only, there enter conditions which arise not out of the literal terms of the contract itself; they are superinduced by the pre-existing and higher authority of the laws of nature, of nations, or of the community to which the parties belong; they are always presumed, and must be presumed, to be known and recognized by all, are binding upon all, and need never, therefore, be carried into express stipulation, for this could add nothing to their force. Every contract is made in subordination to them, and must yield to their control, as conditions inherent and paramount,

¹⁷⁶ Edward S. CORWIN: “The Basic Doctrine of American Constitutional Law”, en *Michigan Law Review (Mich. L. Rev.)*, Vol. XII, No. 4, February, 1914, pp. 247 y ss.; en concreto, p. 247.

¹⁷⁷ Benjamin Fletcher WRIGHT, Jr.: *The Contract Clause...*, *op. cit.*, pp. 66-67.

¹⁷⁸ En síntesis, los hechos del caso son los siguientes: En 1795, la Legislatura de Vermont confirió a una sociedad el privilegio exclusivo de mantener un peaje sobre el paso por un puente sobre el “West River” durante un centenar de años. Posteriormente, el Estado decidió establecer una vía pública libre de peaje sobre el mismo puente. A la compañía se le concedió una indemnización por la apropiación por el Estado de su propiedad y franquicia, no obstante lo cual la sociedad, representada por Daniel Webster, inició un litigio, aduciendo que la actuación estatal violaba la *contract clause*.

wherever a necessity for their execution shall occur. Such a condition is the right of eminent dominion”¹⁷⁹.

d) “Contract clause” versus “police power”. La evolución jurisprudencial desde el fin de la Guerra hasta la *Blaisdell opinion* (1934).

I. Tras la guerra de secesión y la posterior reconstrucción, hubo un *impasse* en los casos concernientes a derechos contractuales. Sin embargo, en la segunda década posterior a la guerra, la cuestión adquirió una renovada importancia. Así, en 1877, la Corte iba a volver a pronunciarse en torno a este tema. Dos casos iban a plantear la muy relevante cuestión de si la Corte, al otorgar *charters*, estableciendo de esta forma relaciones contractuales, podía echar por la borda, por así decirlo, su *police power*. El primero de ellos fue *Beer Co. v. Massachusetts*, en el que se presentó una cuestión referida al licor, materia fértil en casos ante la Corte en la época. A la compañía le había sido otorgada su franquicia unos años antes como compañía de elaboración de cerveza, y cuando una ley de Massachusetts prohibió el consumo de bebidas alcohólicas la “Beer Co.” planteó un litigio al entender que, con tal ley, el Estado destruía su franquicia al prohibir la venta de su producto en Massachusetts. La Corte decidió que, habiéndose reservado el Estado el derecho a modificar o derogar la franquicia, podía prohibir la venta del producto sin por ello violar la *contract clause*, y además que el Estado no podía en ningún caso renunciar a su derecho a controlar las bebidas alcohólicas, pues tal control caía dentro de su *police power*. Un segundo caso, *Fertilizing Co. v. Hyde Park*, planteó el mismo problema, aunque desde un campo nuevo. A la compañía le fue concedida una *charter* para establecerse y llevar adelante sus negocios durante cincuenta años. Su terreno finalmente quedó dentro del pueblo de Hyde Park, y éste prohibió a la compañía llevar sus productos a través de las calles. Esta ordenanza municipal fue apoyada por la Corte, que consideró que no había ninguna disposición impidiéndola y que si la hubiera habido sería probablemente nula como una limitación ilegal del *police power*.

Dos años más tarde, la Corte iba dictar una decisión verdaderamente fundamental en la cuestión que nos ocupa en el caso *Stone v. Mississippi* (1880). Un sector de la doctrina ha sostenido que esta sentencia representa el inicio del declive de la *contract clause*. Al reconocer la Corte de modo específico la excepción del *police power* frente a la cláusula, esta decisión pavimentó el camino para la que, a la postre, habría de suponer la casi total postergación de la misma, esto es, la sentencia dictada en el caso *Home Building and Loan Association v. Blaisdell* (1934). Una vez que el concepto de *police power* iba a evolucionar en el siglo XX para incluir la facultad estatal de contribuir al bienestar público (“the public welfare”) a través de la redistribución de los recursos, los Estados iban poder legítimamente justificar una amplia variedad de menoscabos de derechos contractuales de carácter retroactivo¹⁸⁰.

El caso se planteó al hilo de la aprobación por la Legislatura de Mississippi de una *charter* por la que se otorgaba una franquicia para dirigir una lotería durante veinticinco años. Justamente el siguiente año la nueva Constitución del Estado prohibía el juego de lotería. La Corte Suprema, mencionando dos casos anteriores, consideró que un Estado no puede hallarse limitado por tal tipo de contrato y que, además, ningún contrato estatal podía limitar el *police power*, que era, pues, irrenunciable. De esta forma, la Corte avaló la proscripción de la lotería. El *Chief Justice* Morrison Waite, expresando con términos vigorosos la *opinion of the Court*, argumentaba:

“No legislature can bargain away the public health or the public morals. The people themselves cannot do it, much less their servants. The supervision of both these subjects of governmental powers is continuing in its nature, and they are to be dealt with as the special exigencies of the moment may require. Government is organized with a view to their preservation, and cannot divest itself of the power to provide for them. For this purpose the largest legislative discretion is allowed, and the discretion cannot be parted with any more than the power itself”.

¹⁷⁹ *Apud* Raymond T. JOHNSON: “The Contract Clause of the United States Constitution”, *op. cit.*, p. 232.

¹⁸⁰ Douglas W. KMIEC and John O. MCGINNIS: “The Contract Clause: A Return...”, *op. cit.*, p. 540.

“But the power of governing is a trust committed by the people to the government, no part of which can be granted away. The people, in their sovereignty capacity, have established their agencies for the preservation of the public health and the public morals, and the protection of public and private rights. These several agencies can govern according to their discretion, if within the scope of their general authority, while in power; but they cannot give away nor sell the discretion of those that are to come after them, in respect to matters the government of which, from the very nature of things, must <vary with varying circumstances>”.

“The contracts which the Constitution protects are those that relate to property rights, not governmental”¹⁸¹.

La sentencia descansa en dos consideraciones básicas, una de las cuales se halla perfectamente reflejada en el texto transcrito. Cada una de ellas sería por sí sola suficiente para otorgar una sólida fundamentación a la decisión. La primera de ellas es que como una legislatura estatal no puede echar por la borda la salud y la moral, por lo que cualquier intento de hacerlo así sería nulo y no crearía ninguna obligación de conformidad con la *contract clause*. La segunda es que el derecho a dirigir una lotería no es un derecho de propiedad sino un privilegio, y por lo mismo no cae dentro del ámbito de los derechos protegidos por la cláusula.

Al margen de lo anterior, la decisión parece declarar categóricamente, que el *police power* es superior a la *contract clause*. Con ello y con ulteriores decisiones del mismo corte, la *Supreme Court* sentará las bases para que a los Estados les sea ahora permitido comprometerse en regulaciones y prohibiciones legislativas que van a afectar a derechos contractuales que, de modo incuestionable, habrían sido declarados nulos en la primera etapa jurisprudencial de la Corte sobre la cláusula de los contratos. Como escribe Johnson¹⁸², la enorme importancia de la limitación descansa en la siempre expansiva definición que se vincula al término *police power*, pues si históricamente éste se contemplaba abarcando la salud, la seguridad y la moral pública, ahora es visionado con una mucho mayor amplitud, incluyendo consideraciones de índole económica.

En el último cuarto del siglo XIX la Corte iba a verse obligada a prestar una atención preferente a los llamados casos de los ferrocarriles. Uno de los primeros fue el caso *Railroad Company v. Fuller* (1873). Una ley del Estado de Iowa exigía a todos los ferrocarriles que operaban en el Estado fijar anualmente (en el mes de septiembre) las tarifas de las mercancías y de los billetes de pasajeros, y fijarlas en anuncios a partir del 1 de octubre en cada estación; la ley establecía una sanción por el cobro de una tarifa superior a la así anunciada. Una ley del Congreso de 1866 hizo de todos los transportes por ferrocarril que llevaran mercancías o pasajeros, a la par, transportes postales o de correos, y les autorizó a hacer negocios y a recibir un pago por ello. Fuller envió unas mercancías de Chicago (Illinois) a Marshalltown (Iowa), y al serle cargada una tarifa superior a la que estaba anunciada, planteó un litigio para recuperar el exceso pagado. La compañía férrea sostuvo que la ley de Iowa era inconstitucional al infringir la competencia exclusiva del Congreso de regular el comercio interestatal. La Suprema Corte del Estado de Iowa consideró que la ley era válida en cuanto que se trataba de una medida de policía. Llegado el litigio a la *Supreme Court*, el Juez Noah Swayne, expresando la *opinion of the Court*, consideró también que la ley de Iowa era un ejercicio legítimo del *police power* del Estado. Vale la pena transcribir algunas de sus reflexiones:

“It is not in the sense of the constitution in any wise a regulation of commerce. It is a police regulation, and as such forms a portion of the <immense mass of legislation which embraces everything within the territory of the state and not surrendered to the general government>, all which can be most advantageously exercised by the states themselves”¹⁸³.

En los años subsiguientes a *Stone v. Mississippi*, y hasta ya próximo el cambio de siglo, otros muchos litigios situaron a la *Supreme Court* ante casos en los que la *contract clause* se vería

¹⁸¹ *Apud* Maurice H. MERRILL: “Application of the Obligation of Contract Clause...”, *op. cit.*, p. 661.

¹⁸² Raymond T. JOHNSON: “The Contract Clause...”, *op. cit.*, p. 233.

¹⁸³ *Apud* W. G. HASTINGS: “The Development of Law as Illustrated by the Decisions...”, *op. cit.*, pp. 450-451.

limitada finalmente por el *police power* estatal. La doctrina¹⁸⁴ ha distinguido en estas sentencias dos tipos de *police power*: de un lado, el que se halla cercanamente conectado con la salud y seguridad públicas y con la moral, que no puede ser echado por la borda (“cannot be bargained away”), y de otro, el que tiene que ver con el bienestar general, que, por contra, puede ser apartado, o lo que es igual, que de él se puede, llegado el caso, prescindir. Esta diferenciación, que como fácilmente se aprecia, se asienta en que se pueda postergar o no el principio del *police power*, iba a comenzar a perder su sentido en 1896, al sentar la Corte la doctrina de la inalienabilidad de todo el poder de policía. Y así, en el caso *Louisville & Nashville R. R. v. Kentucky*, la Corte decidía que la facultad dada a una compañía de ferrocarriles, a través de su *charter*, para comprar una línea paralela no impedía una prohibición posterior, a fin de consolidar la existencia de líneas paralelas y en competencia. En su argumentación la Corte aducía que:

“While the police power has been most frequently exercised with respect to matters which concern the public health, safety or morals, we have frequently held that corporations engaged in a public service are subject to legislative control, so far as it becomes necessary for the protection of the public interests”¹⁸⁵.

Ya en el nuevo siglo, la Corte iba a acentuar aún más esta doctrina, que relegaba a un papel cada vez más secundario a la cláusula de los contratos. Buena prueba de ello la hallamos en su argumentación en el caso *Atlantic Coast Line R. R. v. Goldsboro* (1914), sentencia en la que se puede leer: “Se halla establecido que ni la *contract clause* ni la *due process clause* tienen el efecto de anular la competencia del Estado para establecer todas aquellas regulaciones que sean razonablemente necesarias para asegurar la salud, la seguridad, el buen orden, la comodidad o el bienestar general de la comunidad; que no puede abdicarse de este poder ni echarlo por la borda, y que es inalienable incluso mediante una expresa concesión, y que cualesquiera contratos y derechos de propiedad se consideran sujetos a su ejercicio razonable”.

II. Llegamos al término de este recorrido jurisprudencial, y en él es inexcusable aludir al caso *Home Building and Loan Association v. Blaisdell* (1934), una importantísima sentencia por muchas razones, que, entre otros aspectos, mostraba las profundas divisiones de la Corte acerca del modo de afrontar la crisis económica derivada de la Gran Depresión. En una decisión 5-4, el *Chief Justice* Charles Evans Hughes formulará la *opinion of the Court*. En lo que ahora interesa, el efecto de la sentencia sobre la *contract clause* fue tan radical que ha dado pie a algunos autores a hablar del “destripamiento de la cláusula del contrato” (“the evisceration of the contract clause”)¹⁸⁶, por cuanto con ella la Corte cambió el significado de la cláusula en su punto decisivo. Influenciada por la depresión y por el creciente descontento existente con la jurisprudencia del *substantive due process*, la Corte adoptó un muy indulgente modelo de revisión de la legislación de ayuda al deudor, a pesar del hecho, ya reiteradamente expuesto, de que ese tipo de legislación fue el principal mal que la *contract clause* pretendió en su origen combatir, un modelo además que se separaba de los propios standards anteriores de la Corte en casos similares.

El test de razonabilidad (“the reasonableness standard”), aunque nunca ha sido claramente definido, ha sido utilizado por la Corte para sustituir su propia decisión por la de la legislatura en cuanto a la conveniencia del acomodo de los derechos dimanantes del contrato con los intereses públicos en competencia. Como se ha puesto de relieve¹⁸⁷, el test de razonabilidad permite a la Corte decidir independientemente lo urgente y extendido de un problema social y si su importancia justifica el menoscabo contractual. También permite a los tribunales evaluar independientemente la eficacia de un determinado programa, en el caso en cuestión, de política social.

La legislación cuestionada ante la Corte era una ley de Minnesota de 1933, la *Mortgage Moratorium Act*, que autorizaba a los tribunales estatales, cuando fueren instados a ello por un deudor que atravesare momentos difíciles (“a beleaguered debtor”), a considerar exenta su

¹⁸⁴ Collins DENNY, Jr.: “The Growth and Development of the Police Power...”, *op. cit.*, p. 186.

¹⁸⁵ *Apud* Maurice H. MERRILL: “Application of the Obligation of Contract Clause...”, *op. cit.*, p. 662.

¹⁸⁶ Douglas W. KMIEC and John O. McGINNIS: “The Contract Clause: A Return...”, *op. cit.*, pp. 541-542.

¹⁸⁷ YALE-NOTE: “A Process-Oriented Approach to the Contract Clause”, en *Yale Law Journal (Yale L. J.)*, Vol. 89, 1979-1980, pp. 1623 y ss.; en concreto, pp. 1639-1640.

propiedad de la ejecución de una hipoteca (“foreclosure”) “mientras continúe la emergencia y en ningún caso más allá del 1 de mayo de 1935”. La ley fue aprobada por una legislatura especialmente sensibilizada ante los graves problemas de los granjeros que tenían que hacer frente a la ejecución de sus hipotecas por impago. Aunque pueda admitirse con Wright¹⁸⁸, que el texto legal, cuidadosamente redactado, intentaba proteger los intereses tanto del deudor como del acreedor, era obvio que incidía con efectos retroactivos sobre unas relaciones contractuales cuya existencia alteraba.

En aplicación del test de razonabilidad antes mencionado, el *Chief Justice* Hughes no intentará negar que la ley afectaba frontalmente a la esencia misma de la *contract clause*. Lo que tratará por el contrario es de ver si el texto se encuentra justificado como un razonable ejercicio del poder reservado del Estado. Hughes iba a declarar de modo expreso que la Corte no estaba vinculada por el entendimiento originario de la cláusula. Antes bien, a juicio del *Chief Justice*, el Tribunal debía considerar el caso “a la luz de la completa experiencia adquirida, no meramente de lo que se dijo un centenar de años atrás”, y teniendo en cuenta el creciente reconocimiento de las necesidades públicas, la salvedad del razonable ejercicio del poder protector del Estado puede interpretarse en todos los contratos. Advierte de igual forma Hughes, que la legislatura siempre retiene la facultad de legislar en interés de la salud, moral y seguridad públicas. Si la legislación se dirige a un fin legítimo y las medidas adoptadas son razonables y apropiadas a ese fin, no importa si los contratos se ven afectados incidental, indirecta o directamente. En fin, argumenta el *Chief Justice* Hughes, aunque el poder del Estado no puede ejercerse para destruir la limitación constitucional, pueden surgir circunstancias “in which a temporary restraint of enforcement may be consistent with the spirit and purpose of the constitutional provision and thus be found to be within the range of the reserved powers of the state to protect the vital interests of the community”¹⁸⁹. El razonamiento nos parece impecable, pues los derechos dimanantes de un contrato no pueden sobreponerse a los intereses vitales de una colectividad, mucho menos aún en unos momentos de una crisis económica tan fuerte como la que atravesaban los Estados Unidos en esos años. Lo que nos sorprende es una decisión impregnada de tanta sensibilidad social en una Corte frontalmente enfrentada en esos años al Presidente Franklin D. Roosevelt y a su programa social del *New Deal*, enfrentamiento que no se resolverá, con el triunfo de las tesis más progresistas, hasta que la Corte decida, el 29 de marzo de 1937, la sentencia del caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*.

La Corte, en coherencia con todo lo expuesto, mantuvo la ley de Minnesota, tras constatar que reunía un conjunto de criterios en último término determinantes del fallo: 1) la ley era una legislación de emergencia aprobada a modo de respuesta a una feroz crisis económica; 2) el objetivo del texto legal era la protección de “un interés básico de la sociedad”, y no el otorgamiento de un provecho o trato de favor a individuos particulares; 3) la ayuda concedida a los deudores se acomodaba a unas condiciones razonables, y ello, al menos, por dos razones; de un lado, porque la integridad de la hipoteca no era menoscabada, y de otro, porque a la persona hipotecada se le exigía pagar al acreedor hipotecario una renta razonable durante el período al que se extendía la liberación de la amortización de la hipoteca, y 4) la ley en cuestión era de aplicación temporal.

Se ha considerado por algún autor¹⁹⁰, que en muchos aspectos la sentencia reflejaba la jurisprudencia pragmática de su principal autor, el *Chief Justice* Charles Evans Hughes, quien propiamente percibió que la ley de Minnesota presentaba ante la Corte un clásico problema del federalismo sobre la limitación de los gobiernos estatales. Junto a los relevantes *Justices* Harlan F. Stone (que en 1941 sucedería a Hughes en la presidencia de la Corte) y Benjamin N. Cardozo, Hughes construyó una sentencia imbuida de una serie de ideas progresistas acerca de la autoridad gubernamental y de la interpretación constitucional que, en lo esencial, ponderaron los intereses individuales con los objetivos superiores del Estado de mantener su estructura económica. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, lo realmente destacable de esta sentencia es la opción mayoritaria de la Corte acerca de la necesidad de interpretar flexiblemente la

¹⁸⁸ Benjamin Fletcher WRIGHT, Jr.: *The Contract Clause...*, *op. cit.*, p. 110.

¹⁸⁹ *Apud* Benjamin Fletcher WRIGHT, Jr.: *The Contract Clause...*, *op. cit.*, p. 110.

¹⁹⁰ Samuel R. OLKEN: “Charles Evans Hughes and the *Blaisdell* Decision: A Historical Study of Contract Clause Jurisprudence”, en *Oregon Law Review (Or. L. Rev.)*, Vol. 72, 1993, pp. 513 y ss.: en concreto, p. 601.

Constitución, lo que a la luz de las circunstancias concretas del momento les iba a conducir a atender en mucha mayor medida a las acuciantes necesidades públicas antes que a la intención pretendida por los *Framers* cuando un siglo y medio antes habían diseñado la *contract clause*. De ello extraería la Corte la conclusión de que “the reservation of the reasonable exercise of the protective power of the state is read into all contracts”. Dicho de otro modo, también los contratos privados habían de sujetarse a los superiores intereses públicos.

Por supuesto, no faltaron en la Corte, como recuerda la doctrina¹⁹¹, argumentos contradictorios, como el sustentado en el *dissent* del *Justice* George Sutherland, para quien la mayoría no sólo ignoraba el entendimiento originario de la cláusula de los contratos, sino que adoptaba los argumentos de quienes se habían opuesto a la cláusula en la Convención de Filadelfia y en los debates de ratificación.

La *Blaisdell opinion*, que en modo alguno ha perdido actualidad (basta con atender a algunos problemas similares surgidos en España al hilo de la terrible crisis económica que atravesamos para constatarlo), iba a ejercer un influjo determinante, pues a partir de esta sentencia, no obstante los términos bastante rotundos de la *contract clause*, los tribunales no iban a interpretarla para prohibir cualquier daño o menoscabo causado sobre los derechos contractuales, sino que, por el contrario, iban a proceder a ponderar los derechos privados de los contratantes con el interés público, de un modo que, a algún autor¹⁹², le ha evocado el caso *Lochner v. New York* (1905)¹⁹³, aunque, evidentemente, la filosofía de la Corte y el resultado de una y otra sentencia fueron antitéticos. De esta forma, el *police power*, en su conexión con la *contract clause* iba a propiciar un notable incremento de la discreción judicial, al propiciar que los tribunales llevaran a cabo una tarea de ponderación de los derechos de los contratantes frente a las pretensiones y objetivos de los Estados, con el interés público como último referente.

Hemos de terminar, y lo hemos de hacer subrayando la enorme relevancia del test de razonabilidad, que la Corte va a proyectar sobre las condiciones que se vinculan a la legislación enjuiciada. Podría perfectamente decirse, que la *Supreme Court* interpretó la cláusula de los contratos como si la disposición constitucional estuviera redactada en estos términos: “No state shall pass any law unreasonably impairing the obligation of contracts”¹⁹⁴. Innecesario es decir que los *Framers* en absoluto pensaron en el criterio de razonabilidad a la hora de visualizar la prohibición acogida por esta cláusula, pero conviene añadir que ese criterio no les fue ajeno. Para constatarlo, nos bastará con recordar la Cuarta Enmienda, integrante del llamado *Bill of Rights* (que entró en vigor en noviembre de 1791), que contempla el derecho de los norteamericanos a que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de “unreasonable searches and seizures”, esto es, de registros e incautaciones irrazonables o, si así se prefirere, arbitrarias.

¹⁹¹ Douglas W. KMIEC and John O. MCGINNIS: “The Contract Clause: A Return...”, *op. cit.*, p. 543.

¹⁹² Michael B. RAPPAPORT: “A Procedural Approach to the Contract Clause”, en *Yale Law Journal* (*Yale L. J.*), Vol. 93, 1983-1984, pp. 918 y ss.; en concreto, p. 919.

¹⁹³ No falta quien, como Hale, considera que, con su argumentación, el *Chief Justice* Hughes revivió un siglo después la posición sustentada por el *Justice* William Johnson en su *dissent* en el caso *Ogden v. Saunders* (1827). Recordemos que Johnson, en lo que ahora interesa, argumentó como sigue: “No one questions the duty of the government to protect and enforce the just rights of every individual over all within its control. What we contend for is no more than this, that it is equally the duty and right of governments to impose limits to the avarice and tyranny of individuals, so as not to suffer oppression to be exercised under the semblance of right and justice”. Robert L. HALE: “The Supreme Court and the Contract Clause” (Part III), en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. LVII, 1943-1944, pp. 852 y ss.; en concreto, p. 880.

¹⁹⁴ Douglas W. KMIEC and John O. MCGINNIS: “The Contract Clause: A Return...”, *op. cit.*, p. 544.

INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LA ADQUISICIÓN MEDIANTE SUBASTA

Cristina C. Pascual Brotóns
Secretaria Judicial

Fecha de recepción: 03 de junio de 2013

Fecha de aceptación: 03 de julio de 2013

SUMARIO: I. NATURALEZA DE LA ADQUISICIÓN INMOBILIARIA MEDIANTE SUBASTA JUDICIAL 1. *REGULACIÓN ANTERIOR A LA LEC* 2. *REGULACIÓN LEGAL TRAS LA LEC* II. REQUISITOS DE LA RESOLUCIÓN PARA ACCEDER AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD 1.- *EJECUCIÓN ORDINARIA* A) *ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO* B) *SUBASTA DE BIEN NO ANOTADO EN EL REGISTRO*. 2.- *EJECUCIÓN HIPOTECARIA* 3.- *EL MANDAMIENTO DE CANCELACIÓN* A) *REQUISITOS* B) *INCORPORACIÓN DEL TESTIMONIO DEL DECRETO DE ADJUDICACIÓN* C) *INSCRIPCIONES Y ANOTACIONES CANCELABLES* C.1) *INSCRIPCIÓN EN CASO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO DEL DEUDOR* C.2) *INSCRIPCIÓN ANTERIOR DE UN DERECHO DE USO A FAVOR DEL CÓNYUGE CUSTODIO Y EL HIJO MENOR EN CASO DE SEPARACIÓN O DIVORCIO* C.3) *PREFERENCIA DE CRÉDITOS LABORALES*. C.4) *ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA DE NULIDAD DE LA PROPIA HIPOTECA* C.5) *OTRAS ANOTACIONES*. D) *NECESIDAD DE PAGO PREVIO DEL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES* E) *LA FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN*. F) *EXISTENCIA DE DEFECTOS EN EL TÍTULO*

RESUMEN: Aun tratándose de una enajenación, la subasta pública judicial presenta especialidades respecto de las ventas entre particulares de bienes inmuebles. Pero no deja de ser una venta, en la que al ser forzosa y contraria a la voluntad del dueño, no es éste sino el órgano judicial, el que ha de responder frente al adquirente de la bondad de su adquisición. El documento para inscribir la adquisición en el Registro es además una resolución judicial obtenida tras un procedimiento de ejecución, a diferencia de la escritura pública notarial, y debe reunir determinados requisitos cuya valoración a veces es negativa por parte del Registrador, impidiendo la inscripción. Este trabajo analiza la subasta como enajenación y no como acto procesal, y trata de clarificar los aspectos más controvertidos para su acceso al Registro de la Propiedad.

ABSTRACT: Public sale judiciary presents specialties regarding private sales. But it is still a sale, forced and contrary to the owner's desire, where not the owner but the court must respond to the purchaser of the success of their acquisition. The document to enroll the acquisition in the registry is moreover a judgment obtained after an execution procedure, unlike the notarial document, and it must meet certain requirements which are sometimes assessed negatively by the Registrar. This paper analyzes public sales as an alienation not procedural, and it seeks to clarify the most controversial aspects for its access to the Land Registry

PALABRAS CLAVE: Enajenación forzosa, Escritura pública, Anotación preventiva, Hipoteca, Testimonio, Remate, Adjudicación, Adjudicación en pago, Tipo de subasta, Inscripción de dominio, Cancelación de cargas

KEY WORDS: Public sale, Public instrument, Mortgage, Court Ruling, Precautionary notation, Price, The award as payment, Rate of sale, Registration of ownership, Cancellation of charges, Land Registry

INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LA ADQUISICIÓN MEDIANTE SUBASTA

El tema plantea el análisis de dos cuestiones: en primer lugar, la naturaleza jurídica de la subasta como enajenación, y características de la adquisición que opera a consecuencia de la misma; y en segundo lugar, los requisitos para que dicha adquisición sea inscribible en el Registro de la Propiedad.

I. NATURALEZA DE LA ADQUISICIÓN INMOBILIARIA MEDIANTE SUBASTA PÚBLICA JUDICIAL

La venta en pública subasta, cuya naturaleza sigue siendo discutida, se considera bien como una compraventa de derecho público, o una expropiación forzosa de la facultad de disposición, o de un contrato procesal de venta forzosa, que se perfecciona con la aprobación del remate y posterior adjudicación, marcando el momento a partir del cual la venta es irrevocable; y se consuma cuando se expide el testimonio comprensivo de la resolución en el que se documenta la venta judicial.

1. REGULACIÓN ANTERIOR A LA LEC

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 10/1992 de 30 de abril, sobre medidas urgentes de reforma procesal, dos eran los posibles criterios acerca de la exigencia de otorgamiento de escritura pública para que la mutación jurídica operada por el auto de adjudicación de un inmueble a un tercero, por cesión del ejecutante, dictado en vía de procedimiento de apremio ordinario, para consumir la venta. Un criterio basado en los artículos 1514 y 1515 de la LEC de 1881 exigía en el procedimiento ejecutivo ordinario el otorgamiento de escritura pública si la adjudicación se hacía a un tercero o al acreedor como mejor postor, siendo sólo viable el testimonio del auto cuando se adjudicaban al acreedor en pago de su crédito el inmueble; y otro criterio que consideraba aplicable por vía de analogía las normas correspondientes del proceso judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, hoy derogado, en virtud de la cual era título suficiente para la inscripción registral del cambio de titularidad dominical el testimonio del auto de adjudicación cualesquiera que fueren las vicisitudes que hubieren operado en dicho procedimiento.

Esta equivalencia entre auto y escritura pública no se aceptaba de forma pacífica. La STS de 1 de septiembre de 1997 (Roj: STS 5354/1997), viene a ratificar que la venta *«es por definición un acto de enajenación, puesto que su finalidad es la traslativa de dominio que se consuma mediante la entrega de la cosa. En el supuesto de subasta de bienes inmuebles, la operación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación, en tanto que la escritura, que confiere la “posesión civilísima”, sería la operación de consumación del acto procesal enajenatorio»*.

Sin embargo, la Ley 10/1992 modificó el art. 1514 LEC 1881, eliminando la necesidad de escritura y revalorizando el auto de aprobación del remate al configurar el testimonio del mismo con las circunstancias que expresa, en título bastante para la inscripción registral. Así, la consumación de la enajenación se produce con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos exigidos (art. 1515). No obstante la jurisprudencia entendía que aun tratándose de un negocio jurídico atípico, tenía muchas semejanzas con la compraventa.¹

¹SAP Cantabria de 3 de mayo de 2000, (Roj: SAP S 994/2000): «Aunque podríamos convenir con el recurrente en que no estamos ante un negocio jurídico típico, discrepamos de él en su intento de alejar aquella figura de la disciplina jurídica que es propia del negocio, como si fueran dos realidades completamente distintas. Por el contrario, tan semejantes son las naturalezas de esas dos figuras, que el legislador, al regular el procedimiento de apremio, utiliza los términos propios del negocio jurídico, y concretamente los del negocio de compraventa. Así, al hablar del valor del bien, la LEC utiliza el término precio, vocablo que también es expresivo de la postura que finalmente se aprueba; al referirse al rematante, la ley lo hace con el término comprador; y al hablar de la operación toda, la LEC emplea el término venta. Pero no son sólo razones de tipo nominalista las que abonan la conclusión anterior, sino que el proceso de adjudicación de bienes mediante subasta presenta grandes analogías con el negocio jurídico de compraventa. En ambos supuestos existe un sujeto que se obliga a transmitir el dominio, y otro que adquiere el derecho a recibirlo (es accidental el que, en la vía de apremio, la R.E.D.S. núm. 2, mayo-agosto 2013

A la vista de lo anterior era preciso entender que la expedición del testimonio en el que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica prevista en el art. 1462.2 del Código Civil, análogamente a como sucedía anteriormente cuando se documentaba en escritura pública.

La venta se perfeccionaba con la aprobación del remate y se producía la tradición con la plasmación de la venta en un documento público que antes era una escritura notarial y luego un testimonio expedido por el secretario, con lo que la venta se produciría con la aprobación del remate, plasmándose en el documento público una venta ya perfeccionada.

2. REGULACIÓN LEGAL TRAS LA LEC

Con la LEC 2000, la consumación de la venta mediante subasta pública sigue operando con la adjudicación, ya sea directa, o tras la aprobación del remate en subasta. Según MONTERO AROCA², *«se ha pretendido basar la enajenación forzosa atendiendo exclusivamente al proceso, convirtiéndola en un acto procesal. Esta explicación en su sentido más estricto se reduce a decir que es una operación pura de derecho público emanada de un órgano del Estado que actúa en cuanto tal, con lo que se deja sin aclarar su esencia, y de ahí que el paso siguiente sea matizar que se trata de una transferencia coactiva, esto es, de una transferencia de derechos inter vivos, onerosa, que se realiza sin atender (o en contra) del titular del derecho, y que es unilateral del juzgado, aunque esté condicionada por la existencia de otro acto unilateral, como es la declaración de voluntad del adquirente. En esta línea se llega a definir la enajenación forzosa como el acto procesal por el que el órgano jurisdiccional transmite a un tercero el bien realizado en virtud de su potestad jurisdiccional, como medio para obtener dinero con el que satisfacer la pretensión del acreedor ejecutante. No se trata, desde luego, de un contrato, sino de un acto del proceso de ejecución, y su base no es un negocio jurídico entre el Juez y el adquirente, sino el ejercicio de la potestad jurisdiccional.»*

Pero no debe olvidarse que frente al adjudicatario, el órgano judicial, y en concreto el Secretario como responsable de la subasta, debe garantizar el buen fin de la adquisición. Para ello el art. 668 LEC, tras la reforma dada por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ordena que en los edictos que anuncian la subasta se exprese *«la identificación de la finca, que se efectuará en forma concisa e incluyendo los datos registrales y la referencia catastral si la tuviera, la situación posesoria si le consta al juzgado, la valoración inicial para la subasta, determinada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 666 y los extremos siguientes: 1. Que la certificación registral y, en su caso, la titulación sobre el inmueble o inmuebles que se subastan está de manifiesto en la Oficina judicial sede del órgano de la ejecución. 2. Que se entenderá que todo licitador acepta como bastante la titulación existente o que no existan títulos. 3. Que las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes y que, por el sólo hecho de participar en la subasta, el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllos, si el remate se adjudicare a su favor. Asimismo la subasta se anunciará en el portal de subastas judiciales y electrónicas existentes y dependiente del Ministerio de Justicia. En la publicación del anuncio se hará expresa mención al portal y a la posibilidad de consulta más detallada de los datos.»*

Se refuerza la información que se ofrece al futuro adjudicatario. Pero debe además hacerse referencia en el edicto a la situación posesoria de la finca, y existencia o no de arrendatarios (art. 661.1 LEC). Y aunque no se disponga en la LEC, debe mencionarse en su caso la posible existencia de adquirentes preferentes, como ocurre en el caso de subastarse una parte del inmueble; y entonces comunicar expresa e individualmente a cada copropietario la fecha de la

voluntad del primero esté intervenida por el órgano judicial); y en ambos casos hay un acuerdo entre demanda y oferta sobre las respectivas prestaciones -entrega del bien y pago del precio-, aunque el modo de conformarse las voluntades sea distinto (directamente, en un caso, y a través de un procedimiento público, en el otro). Y si en la compraventa ordinaria es la entrega del bien al comprador la que opera la transmisión del dominio, no se entiende por qué en la subasta deba serlo la mera coincidencia de voluntades (que eso es, y no otra cosa, el acto de aprobación del remate).»

² MONTERO AROCA, FLORS MATIES, *Tratado de proceso de ejecución civil*, Vol. II, Valencia 2004, p. 1726
R.E.D.S. núm. 2, mayo-agosto 2013

subasta para que puedan acudir y pujar con preferencia al resto de licitadores en caso de que se ofrezca la misma postura. Lo mismo si hay colindantes que ostenten derecho preferente de adquisición, lo que ocurrirá de hecho únicamente si se trata de fincas rústicas.

Remate y adjudicación son dos conceptos diferentes pero complementarios. El remate es la mejor postura ofrecida en subasta aprobada por el órgano judicial. La adjudicación puede hacer referencia a dos supuestos: en primer lugar, adjudicación como transmisión directa al ejecutante del bien subastado, sin necesidad de pujar ni aprobación de remate alguno, en los casos y con las formalidades, que establece la ley, lo que se conoce como adjudicación en pago y se regula en el art. 671 LEC; en segundo lugar, adjudicación como final del proceso de realización forzosa que tiene lugar cuando, una vez aprobado el remate, es consignado el resto del precio dentro del término legal.

En la regulación anterior a la reforma operada por la Ley 13/2009 de 13 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, adjudicación y remate quedaban perfectamente diferenciados, sin que existiera una adjudicación posterior a la aprobación del remate, bastando simplemente la expresión, en el testimonio expedido, de que se han cumplido los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria para que el título tenga acceso al registro, lo que venía refrendado en el supuesto que recoge la ley de la necesidad en que puede verse el rematante que para pagar el resto del precio necesita constituir hipoteca sobre la finca que se le adjudica. En tal caso se permitía al Secretario expedir inmediatamente testimonio del auto de aprobación del remate, aun antes de haberse pagado el precio.

Tras la ley 13/2009 de 3 de noviembre, vuelve a exigirse una resolución de adjudicación posterior a la aprobación del remate. Ambos se adoptan mediante decreto del Secretario Judicial, por lo que será el decreto de adjudicación y no el decreto aprobatorio del remate, la que tenga acceso al registro mediante testimonio al que se acompañará el mandamiento de cancelación de cargas.

A pesar de que se ha querido distinguir entre aprobación inicial del remate y aprobación definitiva del mismo, una vez se ha consignado el precio, la LEC no acoge esta doble vertiente del remate, y distingue claramente en los arts. 670.1 y 670.4 párrafo segundo LEC entre aprobación del remate y posterior adjudicación, o adjudicación directa al acreedor, como dos figuras válidas para tener acceso a la transmisión dominical.³

Ambas formas de adquirir el dominio tienen reflejo en el art. 670.7 LEC «En cualquier momento anterior a la aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor...», y en el art. 674: «Será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el Secretario Judicial, del decreto de adjudicación, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor...», siempre y cuando se haga constar en su caso, que se ha consignado el precio así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria.

A la vista de lo expuesto, el ejecutante puede adjudicarse el bien subastado bien tomando parte en la subasta o bien solicitando la adjudicación en determinados supuestos.

Para su viabilidad se exige, por una parte, que en la subasta pública no se alcancen posturas que satisfagan tanto el interés del ejecutado como de la propia ejecución, de modo que el resultado fuera el malbaratamiento del bien subastado; por otra parte, es preciso que el acreedor solicite para sí la adjudicación de los bienes para evitar consecuencias más perjudiciales para él, como podría llegar a ser el levantamiento del embargo. Tiene lugar la adjudicación en pago:

³ MONTERO AROCA, FLORS MATIES, *Tratado de proceso de ejecución civil*, cit., p. 1869: «la diferencia fundamental con la enajenación forzosa reside en que en la adjudicación se entrega el bien al ejecutante en cuanto tal, mientras que en la enajenación la transmisión se produce a favor del rematante, sea éste quien fuere, normalmente un tercero, pero también puede serlo el ejecutante, aunque no en cuanto tal, sino en cuanto mejor postor.»
R.E.D.S. núm. 2, mayo-agosto 2013

- por el 70% del valor de salida cuando se hicieren posturas que superen el 70% del valor del bien, pero ofreciendo pagar a plazos (art.670.3)

- por el mismo porcentaje o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos cuando la mejor postura sea inferior a esta cantidad y el ejecutado no presente persona que ofrezca cantidad superior al 70% o, siendo inferior, resulte suficiente para satisfacer al ejecutante superando la mejor postura (art.670.4)

- por el 70% del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, o si la cantidad que se le debe por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60%, si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, siempre que se trate de vivienda habitual del ejecutado.

- por el 50% de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, si en la subasta no hubiere ningún postor y el bien inmueble sea diferente a la vivienda habitual del deudor (art. 671, tras la reforma operada por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

La adjudicación produce la transmisión de la propiedad de los bienes al ejecutante, siendo inscribible el testimonio del decreto aprobando la adjudicación de acuerdo con las normas generales. El título a los efectos del art. 2 LH es el acto traslativo de dominio del bien inmueble consistente en una decisión judicial consecuencia de aplicar las normas procesales. Formalmente, a los efectos del art. 3 LH, el título es el decreto de adjudicación, cuyo original se incluirá en el Libro de decretos definitivos (art. 213 bis LEC), accediendo testimonio del mismo al Registro de la Propiedad para la inscripción.

II. REQUISITOS DE LA RESOLUCIÓN PARA ACCEDER AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La seguridad jurídica que pretende el Registro de la Propiedad se basa en la presunción de exactitud de los datos que contiene, por lo que se impone un proceso de estudio por el Registrador de la documentación presentada y su posterior calificación, ya que sólo el título válido y perfecto puede tener acceso al Registro.

En el derecho registral español el principio de legalidad se proyecta de una doble manera, como sometimiento a la legalidad vigente y como función del Registrador de velar por esa legalidad, garantizando que la inscripción de practique conforme a derecho, y sin que ello suponga una intromisión en la función jurisdiccional de los tribunales.

Si bien el Registrador no puede revisar en principio el contenido de la resolución judicial que pretende acceder al Registro, sí es cierto que debe hacer una calificación global del documento judicial, sin entrar en el fondo del mismo, resultando bastante difuso el límite entre calificar o analizar, y entrar en el fondo o supervisar la labor del juzgado.

Así lo dispone el art. 100 RH al establecer que *«La calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro»*.

De todas formas es pacífico que el Registrador resulta competente para apreciar defectos esenciales en la tramitación del procedimiento, como la ausencia en la resolución judicial de la práctica de las citaciones o notificaciones legalmente exigidas, o cuando la acción ejecutiva se dirige a persona diferente del titular registral, o las formalidades del documento.

También ha de supervisar que el juzgado sea competente, sobre todo en materia de cancelaciones, de manera que ha de ser el juzgado que mandó una anotación el competente para cancelarla; la congruencia con el mandato judicial, como por ejemplo considerar que un interesado que aparece en el mandato no ha sido parte, y las formalidades extrínsecas del documento, como la relación del procedimiento con los titulares registrales, que la descripción de la finca sea correcta; que se indique el número de inscripción de la hipoteca que se ejecuta. Y en referencia concreta a la ejecución hipotecaria, se determina por el art. 132 LH que la calificación del registrador se extenderá a los extremos siguientes:

1. Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento.

2. Que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación.

3. Que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no exceden del límite de la respectiva cobertura hipotecaria.

4. Que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor, o en caso de haberlo superado, que se consignó el exceso en establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores.

Resulta evidente que la resolución judicial de la adjudicación de la finca incorporada al mandamiento deberá incorporar todos los extremos descritos, y su inobservancia producirá la suspensión de la inscripción, con devolución al órgano judicial del documento para que sea adicionado incorporando los defectos que el Registrador advierta.

Para llevar a cabo estas adiciones, deberá ser nuevamente acordado en otra resolución, que ya no será incorporada al mandamiento, sino que al amparo de ella el Secretario hará la correspondiente adición. Y ello es así porque el documento ya ha sido objeto de asiento de presentación y ha sido manipulado por el Registrador, no pudiendo el juzgado expedir un mandamiento nuevo con las rectificaciones oportunas, sino extender, en el propio documento físico, la adición correspondiente referida sólo a los defectos observados, con expresión de la nueva fecha, firma y sello del Secretario.

Hasta lograr la inscripción de la adquisición es preciso seguir un iter procesal cuya vulneración supondrá que se frustre el acceso al registro. En el proceso de ejecución hipotecaria los trámites se simplifican al no existir embargo previo del bien ni su garantía.

1.- EJECUCIÓN ORDINARIA

a) Anotación preventiva de embargo

En las ejecuciones ordinarias, el camino que culmina en subasta judicial comienza por el embargo o traba del inmueble, que se garantiza a través de la anotación preventiva de embargo contemplada en el art. 629 LEC.

El mismo día de su expedición se remitirá el mandamiento por fax desde la Oficina judicial al Registro de la Propiedad, donde se extenderá el correspondiente asiento de presentación, quedando en suspenso la práctica de la anotación hasta que se presente el documento original en la forma prevista por la legislación hipotecaria.

La medida pretende, de una parte, impedir que el deudor pudiera sustraer el bien a la ejecución enajenándolo a un tercero, que lo haría irreivindicable.

Pero también, la anotación preventiva busca que el deudor no pueda gravar el bien afectado con otras cargas de carácter real que puedan disminuir su valor económico, pues aunque constituya tales cargas, serán de rango posterior a la anotación preventiva practicada y por tanto no afectarán al buen fin de la ejecución.

Una vez emitido el mandamiento al Registro, su titular debe calificarlo, examinando la competencia del órgano judicial, las formalidades del documento y obstáculos que puedan surgir de la propia inscripción. Si observa vicios insubsanables denegará la inscripción de la anotación preventiva, y si aprecia un vicio subsanable, la suspenderá pero podrá extender una anotación preventiva de suspensión a tenor de los arts. 65 LH y 164 RH.

La anotación preventiva no goza de carácter constitutivo en relación al embargo que ya se ha realizado y consumado como acto procesal, dado que sus efectos se manifiestan con independencia de su posterior anotación. Sin embargo este aseguramiento posee importantes efectos, ya que se garantiza al ejecutante y frente a todos el derecho a hacerse cobro de su crédito con el producto de la enajenación pública del inmueble.

La anotación preventiva de embargo tiene una vigencia temporal de cuatro años a partir del momento en que la misma fue practicada, caducando una vez transcurrido dicho plazo. Pero a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que la decretaron, podrá prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento (art. 86 LH), pudiendo practicarse sucesivas prórrogas en los mismos términos. La constancia de la caducidad en el Registro se realizará a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado.

Esta anotación preventiva sirve de llamada a futuros adquirentes o interesados en conocer el estado y situación de la finca, y tras el avalúo del bien, y la certificación de cargas que regula el art. 656 LEC, deja el camino libre a que salga la finca en pública subasta, igualándose a partir de entonces los trámites entre ambos tipos de ejecución, ordinaria e hipotecaria.

b) Subasta de bien no anotado en el Registro.

En este orden de cosas, se plantea si puede producirse la venta de un bien inmueble en procedimiento de apremio, con acceso al registro, con un embargo previo no anotado preventivamente.

La cuestión planteada requiere partir de una premisa incuestionable: la anotación preventiva de embargo no es constitutiva, afirmación que puede observarse en las Resoluciones de la DGRN de 12 de julio de 1999 y 7 de enero de 1992, entre otras.

Es decir, el embargo ya existe desde que el Secretario Judicial lo decreta (art. 551.3.1º LEC), o desde que por la Comisión Judicial se reseña el bien en la correspondiente diligencia (art. 624 LEC). Y así, el procedimiento de apremio puede seguir adelante aunque no se produzca la anotación preventiva de embargo (STS de 24 de febrero de 1995, Roj: 10262/1995).

No obstante, esta posibilidad es peligrosa, y en la práctica nada frecuente. Si accede por ejemplo al Registro de la Propiedad una compraventa en la que el adquirente es tercer adquirente, la adquisición judicial mediante subasta producto del apremio no anotado no podrá ser inscrita, con la consiguiente frustración del principio de seguridad jurídica para todo aquél que adquiere mediante subasta pública judicial un bien.

En otro caso, si accede al Registro alguna hipoteca o derecho real limitado, la compraventa judicial derivada de embargo no anotado podrá inscribirse, aunque subordinada al derecho real limitado inscrito con anterioridad, siempre que su titular sea tercero hipotecario.

2.- EJECUCIÓN HIPOTECARIA

En los casos de subasta en ejecuciones hipotecarias no existe la anotación preventiva de embargo como garantía de afección de esa finca en concreto a una determinada vía de apremio; la llamada de atención registral se plasma en la nota marginal (antigua nota de la regla 4ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria) que el Registrador extiende junto a la inscripción de hipoteca, y que sirve de aviso a terceros interesados.

Otra cuestión es si en una ejecución ordinaria en la que se persiguen bienes hipotecados, debe embargarse el inmueble sobre el que se constituyó hipoteca, cuando el crédito que se ejecuta es el mismo, y el acreedor opta por la vía ordinaria en lugar de acudir a la ejecución hipotecaria. MONTERO AROCA⁴ discrepa de la corriente mantenida por distintas Resoluciones de la DGRN que entendían que debía practicarse el embargo, como son las de 10 de diciembre de 1997 y 26 de junio de 1999; y comparte el criterio mantenido por el AAP de Madrid de 28 de abril de 1998 (ROJ: AAP M 602/1998), que considera que tratándose de un bien especialmente hipotecado no procede su embargo ni consiguiente anotación preventiva en el Registro, debiendo remitirse directamente por el juzgado mandamiento de certificación de cargas, que deberá ser objeto de nota marginal junto a la inscripción de hipoteca.⁵

Se comparte la opinión doctrinal y jurisprudencial, sobre todo por razones de economía procesal y del principio de adecuación de la realidad extrarregistral al contenido del Registro de la Propiedad. Resulta confuso para el tercero de buena fe que acude al Registro el hecho de que en relación a una misma deuda exista una inscripción de hipoteca y posteriormente una anotación de embargo en ejecución por la vía ordinaria o común de la garantía hipotecaria. Desde luego a primera vista parecerían cargas diferentes, y sólo de una lectura detenida de ambas se observaría que se trata de la misma deuda, por lo que lo que parece una carga posterior en realidad no lo es. Otro problema que surgiría de compartir la necesidad de embargo y su anotación preventiva radica en la cancelación de las cargas. Así, tras la subasta en el proceso de ejecución ordinaria, el mandamiento de cancelación ordenaría cancelar la carga que se ha ejecutado (la anotación preventiva de embargo) y todas las anotaciones posteriores, por lo que como carga anterior la hipoteca subsistiría, lo que no se ajustaría a la realidad al haber sido pagado el crédito y satisfecho la deuda que originó la constitución de hipoteca.

Sin embargo, tampoco es complicada la solución si por cualquier causa el órgano judicial ha embargado en una ejecución ordinaria el bien garantizado con hipoteca; ya que en tal caso bastaría con acordar en el mandamiento de cancelación de cargas, y previamente en el decreto de adjudicación, que además de cancelar la anotación preventiva de embargo se cancela también la hipoteca constituida en garantía de la misma deuda por haber sido pagada. En este caso el Secretario Judicial actúa como emisor de carta de pago que se plasma en el documento público que es el testimonio del Decreto, de la misma manera que de forma ordinaria lo hacen las

⁴ MONTERO AROCA, *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Madrid 2012, p. 308

⁵ El auto de la AP de Valladolid de 5 de noviembre de 2007 (Roj: AAP VA 933/2007) corrobora esta solución y considera que «La controversia que subyace en este recurso es la relativa a si es necesaria la afección por medio de embargo del bien sujeto a ejecución ordinaria o común cuando este está ya hipotecado y el crédito garantizado con dicha hipoteca es el que se ejecuta. El Juez de Instancia así lo entiende, y de dicha convicción resulta su negativa a reclamar la certificación de dominio y cargas de un bien que no ha sido embargado a resultados del procedimiento. Esta Sala por el contrario se inclina en el sentido expuesto por numerosa doctrina que entiende innecesario y a menudo perturbador el embargo de la finca ya hipotecada y afecta a determinadas responsabilidades, pues ante la existencia de la afección que la hipoteca publica "erga omnes", no añade ninguna garantía más el embargo, ni su anotación preventiva, sino que al contrario, si se traba el embargo y del mandamiento de anotación no se desprende claramente que se está ejecutando un crédito hipotecario podrían producirse importantes disfunciones cuando se dicta el auto de adjudicación y se pretenden cancelar la hipoteca finalmente ejecutada y todas las cargas posteriores.»

entidades bancarias mediante escritura pública cuando se paga el crédito y para que sea cancelada la hipoteca (art. 136 LH).

3.- EL MANDAMIENTO DE CANCELACIÓN

a) Requisitos

El art. 133 de la Ley Hipotecaria, en sede de ejecución hipotecaria, establece que *«El testimonio expedido por el Secretario Judicial comprensivo del auto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio, será título bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicado a favor del rematante o adjudicatario, siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»*

«El mandamiento judicial de cancelación de cargas y el testimonio del auto de remate o adjudicación podrán constar en un solo documento en el que se consignará, en todo caso, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo anterior» (requerimiento a deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores; notificación a acreedores y terceros inscritos o anotados posteriormente; que lo entregado al acreedor no excede del límite de la cobertura hipotecaria, y relación de lo adjudicado con el valor del crédito del actor) y «las demás circunstancias que sean necesarias para practicar la inscripción y cancelación.»

Con referencia al procedimiento ejecutivo ordinario, el Reglamento Hipotecario establece también en su artículo 224 que *«Será título bastante para la inscripción del remate o de la adjudicación el testimonio previsto en el artículo 1514 de la LEC»*, que hay que entender como el actual art. 674 LEC.

A instancia del adquirente (no se plantea emitirlo de oficio cuando es preciso liquidar el correspondiente impuesto y abonar la inscripción en el Registro) se expedirá el mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen, así como la cancelación de todas las anotaciones e inscripciones posteriores.

Por aplicación del art. 233 RH, el mandamiento cancelatorio habrá de contener la relación detallada de las cargas y gravámenes que se extinguen, con referencia al número o letra, folio y tomo donde conste la inscripción.⁶ Sí cabrá un mandamiento de cancelación genérico con respecto a los asientos posteriores a la nota marginal del art. 656 LEC (art. 233 RH).

Para el conocimiento de estas cargas, el órgano judicial se basa en los datos que ofrece la certificación de cargas que expide el Registro como trámite previo de la subasta, no debiendo expresar tal detalle el mandamiento en cuanto a las cargas anotadas o inscritas con posterioridad

⁶ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y MARIN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, Navarra 2002, p.707, matizan que, no obstante, por expresa disposición legal subsistirán las declaraciones de obras nuevas y divisiones horizontales posteriores, cuando de la inscripción de la hipoteca resulte que ésta se extiende por ley o por pacto a las nuevas edificaciones (art. 134 LH). Además subsisten más inscripciones y anotaciones: 1) No se cancelan las que, aun siendo posteriores a la hipoteca han sido antepuestas en virtud de algún negocio de modificación del rango, y viceversa, puede haber inscripciones anteriores que por haber sido pospuestas a la hipoteca que se ejecuta, deban ser canceladas (art. 233 RH); 2) Tampoco se cancelan los asientos posteriores a la hipoteca que se deriven de asientos anteriores, como la adquisición dominical por ejercicio de una opción de compra inscrita antes que la hipoteca; 3) El art. 131 LH dispone expresamente que se «cancelan las anotaciones de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedaren canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. No se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la citada nota marginal, mediante mandamiento judicial al efecto»; 4) Tampoco se cancelan las notas marginales posteriores en las que se hagan constar afecciones urbanísticas; 5) No se cancelan las inscripciones posteriores que no perjudican la hipoteca, como el exceso de cabida (art. 215 RH); 6) Tampoco se cancela la modificación de una hipoteca anterior, pues fue consentida por el acreedor o no necesitó serlo porque la modificación no le causaba perjuicio.

a la expedición de dicha certificación, que se cancelarán por el propio registrador con una simple alusión genérica a la cancelación de las mismas (art. 674.2 LEC).

Así, la cancelación registral puede operar de dos formas: bien mediante consentimiento del titular registral o bien mediante resolución judicial firme, siendo en este último caso título bastante el mandamiento de cancelación, entendiendo por mandamiento una clase o tipo de acto de comunicación del tribunal de los contemplados en el art. 149 LEC, empleado cuando el órgano judicial ordena el libramiento de certificaciones o testimonios y la práctica de cualquier actuación cuya ejecución corresponda a los registradores de la propiedad, mercantiles, y otros.

Es necesario que el mandamiento concrete el Registro al que va dirigido, el órgano ordenante y el procedimiento de referencia, siendo suficiente la firma del Secretario Judicial en el mandamiento, como encargado de los actos de comunicación en el proceso, que certifica y da fe de que el mandamiento librado se expide en virtud de resolución judicial.

Otra formalidad específica del mandamiento se recoge en el art. 257 LH, que prescribe la presentación por duplicado. Entendemos que este requisito en caso de omitirse sería subsanable, y no impediría su extensión como asiento de presentación en el Diario, gozando de la preferencia correspondiente, como ocurre de igual modo con los mandamientos de anotaciones de embargo, a resultas de completar el mandamiento con el duplicado correspondiente.

En el mandamiento deberá hacerse constar si el importe de lo vendido o adjudicado fue igual, inferior o superior al importe total del crédito del actor, y si fue superior, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados.

Es práctica es común incorporar los requisitos del mandamiento en el decreto de adjudicación que se remite testimoniado junto con el mandamiento, que simplemente expresa que se lleve a efecto lo acordado en el mismo. Es necesario que consten los datos de identidad de las partes, sus documentos, domicilio, circunstancias personales, y si adquiere una persona física, si está o no casado y adquiere para su sociedad de gananciales.

b) Incorporación del testimonio del decreto de adjudicación.

El documento con el que se procede a la inscripción del dominio es el testimonio del decreto de adjudicación. En principio, por esta razón no sería de aplicación el art. 257 LH que exige mandamiento por duplicado, pues no se trata de un mandamiento sino del testimonio o certificación de la resolución, que equivaldría a la escritura pública como documento acreditativo de la adquisición. Pero el art. 133 LH tras la redacción dada por la LEC 2000 (Disp. Final 9ª), aunque reconoce que será título bastante dicho testimonio para la inscripción de la adquisición, añade que eso será así *«siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el art. 674 LEC.»*⁷

No se entiende la razón de exigir que ambos documentos se presenten juntos, cuando su contenido es diferente. El testimonio es una declaración de dominio, equivalente a la escritura pública, que de por sí debería ser suficiente para inscribir el dominio a favor del adquirente. Hay que tener en cuenta que el mandamiento debe expresar contenidos que no pueden conocerse en el momento de la adjudicación, dilatando en el tiempo que esa adquisición pueda acceder al Registro, contraviniendo el principio de adecuación del registro a la realidad extrarregistral.

⁷ RIVERA FERNÁNDEZ, *La Ejecución de la Hipoteca Inmobiliaria*, Madrid 2004, p. 479, entiende que no es posible a día de hoy, como sí se planteó en alguna ocasión bajo la regulación anterior, llevar a cabo la inscripción de la adjudicación sin la simultánea cancelación, o viceversa, la cancelación sin la previa inscripción del dominio a favor del adjudicatario o rematante. Ni el testimonio se puede inscribir sin acompañar el mandamiento cancelatorio, ni el mandamiento se puede inscribir sin la previa inscripción del testimonio, no bastando la presentación conjunta de ambos documentos, sino la idoneidad de ambos para acceder al registro, se hayan presentado en documentos separados o en uno solo, tal y como permite el art. 133 LH.

Así, el mandamiento debe incorporar la declaración de que el precio de adquisición ha sido superior o inferior a las responsabilidades reclamadas, y para conocerlas es preciso que tras la subasta, si el precio es superior al principal (o el importe de la adjudicación), se practique la liquidación de los intereses devengados tras la interposición de la demanda, y las costas causadas en el procedimiento. Para que sean aprobadas ambas cantidades por el correspondiente decreto (artículos 715 y siguientes LEC respecto de los intereses, y 241 y siguientes LEC respecto de las costas), debe darse traslado por diez días al deudor, que muchas veces se encuentra en paradero desconocido, y debe ser notificado por edictos en el tablón de la Oficina Judicial. Todos estos trámites dilatan la expedición del mandamiento de cancelación de cargas, que puede llegar a meses si el deudor impugna intereses o costas, o ambos, debiendo tramitarse el correspondiente incidente. Y más aún si solicita el beneficio de justicia gratuita para realizar la impugnación, con la consiguiente suspensión de plazos procesales (art. 16 Ley 1/1996 de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita).

El problema se solventaría si se eliminara «de lege ferenda» el requisito de que ambos documentos se presentaran juntos, pudiéndose inscribir el dominio en el momento de la adjudicación, con la presentación del testimonio del decreto de adjudicación, y posteriormente se practicara la cancelación de cargas con la presentación del mandamiento, cuando se conocieran los datos que debe comprender. Con ello se tutelaría el derecho dominical del adquirente otorgándole la protección registral a la que tiene derecho.

c) Inscripciones y anotaciones cancelables

El art. 674.2 LEC se refiere a la cancelación de «todas» las inscripciones y anotaciones posteriores, sin detallar más, lo que debe llevar a la conclusión de que se comprenden en la cancelación también las inscripciones de dominio posteriores a la carga que se ejecuta, ya sea anotación preventiva de embargo en la ejecución ordinaria, o inscripción de hipoteca en la ejecución hipotecaria. Subsisten las cargas anteriores y las preferentes, subrogándose el adquirente en la responsabilidad de las mismas, sin destinar a su satisfacción el precio del remate y sin que dicho adquirente pueda alegar desconocimiento de las mismas, por la publicidad y eficacia frente a terceros de los datos registrales.

c.1) Inscripción en caso de declaración de concurso del deudor

La Ley Concursal pone fin a esta ejecución especial y separada del ámbito del concurso de los acreedores hipotecarios. Así, el art. 56 LC establece la paralización de ejecuciones de garantías reales al disponer que *«Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación (...) Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Sólo se alzarán la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor».*

Es el juez del concurso quien debe determinar si el bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Estos acreedores, que posteriormente el art. 90 LC califica como acreedores con privilegio especial, abandonan el privilegio especial de separación para someterse a limitaciones que no soportaban anteriormente, y que se concretan fundamentalmente, en una suspensión del inicio o

de la continuación del procedimiento de ejecución de su bien efecto, lo que supone una cesión a favor de la buena gestión del proceso concursal y la mejor realización de los bienes del deudor, suspensión que es necesaria para no perturbar el diseño de soluciones colectivas o de realización colectiva de los bienes del deudor.

No es dable que a los pocos meses de la declaración de concurso, el acreedor hipotecario acuda a la enajenación forzosa del patrimonio, trastornando el resto de líneas de solución, venta en bloque o negociación con posibles compradores. En resumen, se ha querido sujetar a los acreedores con privilegio especial a la buena gestión del concurso.

PÉREZ DEL BLANCO⁸ estima que *«con carácter general la Ley Concursal establece la vis atractiva de la declaración de concurso sobre los procesos de ejecución de garantías reales, en tanto en cuanto el Juez del concurso conocerá en el marco del concurso de tales procedimientos»*, apoyándose no tanto en los arts. 56 y 57 LC como en el art. 8 LC que establece la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso sobre toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado. Esta afirmación es clara al atribuir la LC al juez de lo mercantil la competencia para declarar la afectación o no del bien que sale a subasta a la actividad comercial del ejecutado, declaración que a su vez determina si la ejecución se inició o no, o si se reanuda en caso de suspensión de la ya iniciada.

La ley matiza y distingue entre bien «afecto» a la actividad del concursado para proceder a la paralización de la ejecución real o no inicio de la misma, y entre «bienes o derechos necesarios para la continuidad de su actividad» para suspender aquellas ejecuciones en las que el anuncio de la subasta haya sido publicada, diferencia de concepto que ha de resultar difícil de aplicar en la práctica, pero necesaria para salvar la dicción de la Ley.

Es importante destacar que tras la reforma operada por la Ley 38/11 de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal, este precepto ya no exige para la suspensión de las ejecuciones hipotecarias que exista una declaración de que el bien esté afecto a la actividad empresarial del deudor. Esta afectación se presume ahora y por ello la ejecución hipotecaria debe suspenderse de manera inmediata cuando conste la declaración de concurso del ejecutado, y sólo se alzarán cuando el Juez de lo mercantil que conoce el concurso declare expresamente que el bien no está afecto a la actividad empresarial del deudor, so pena de que, en caso de no proceder a la suspensión, el Registro de la Propiedad no inscribirá la adjudicación de la finca al que la adquirió en la subasta, a pesar de que se libre Mandamiento al respecto por el Secretario Judicial, acompañado del correspondiente Decreto de adjudicación.⁹

PÉREZ DEL BLANCO¹⁰ considera que a la vista de la *vis atractiva* de la declaración de concurso, *«la demanda de ejecución de la garantía real se interpondrá ante el juez del concurso, siendo este el que aprecie de oficio la afectación para, en su caso, excluir la posibilidad de iniciar el*

⁸ PÉREZ DEL BLANCO, GILBERTO; *Efectos procesales de la declaración de concurso: la vis atractiva concursal*, Madrid 2007, p. 314

⁹ Dice al respecto la Resolución de la DGRN de 12 de septiembre de 2012: «La Ley 38/2011, de 10 de octubre, al modificar entre otros el artículo 56.2 de la Ley Concursal de 2003, pretende reforzar las competencias objetivas del juez de lo mercantil que entiende del concurso. Muy especialmente pretende que la apreciación de la posible afectación a la actividad profesional o empresarial de la finca ejecutada y del hecho de que resulte o no necesaria en el patrimonio del deudor para continuar la actividad del concursado, –factor que determina la posibilidad o no de la ejecución singular pretendida en el Juzgado de Primera Instancia correspondiente–, sea exclusiva competencia del juez que entiende del concurso. A tal fin se paraliza la ejecución, desde que la declaración de concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque estuvieran ya publicados los anuncios de subasta del bien o derecho, y en tanto en cuanto no se produzca la correspondiente declaración por parte del juez competente. Testimonio de su resolución deberá incorporarse al procedimiento» No constando ni en el Registro ni en los títulos presentados la calificación del Juez de lo mercantil sobre la habilidad sobre la habilidad de los bienes concernidos para ser ejecutados individualmente, en forma separada del procedimiento concursal por no estar afectos ni ser precisos en la continuación de la actividad de la deudora, el Registrador suspende la inscripción de la adjudicación acordada, así como la cancelación de las cargas contenidas en el correspondiente Mandamiento de Cancelación, calificación que es confirmada en la citada Resolución.

¹⁰ PÉREZ DEL BLANCO, GILBERTO; *Efectos procesales de la declaración de concurso: la vis atractiva concursal*, Madrid 2007, p. 322-328
R.E.D.S. núm. 2, mayo-agosto 2013

procedimiento denegando el despacho de ejecución en base al genérico art. 552.1 LEC». En cuanto al control de la competencia del juez del concurso a instancia de parte, «dado que en la legislación procesal no hay instrumento alguno que de modo expreso permita impugnar la jurisdicción o competencia del órgano jurisdiccional que haya despachado la ejecución, la única opción que le queda al concursado o a la administración concursal es plantear oposición a la ejecución por defectos procesales basándose en el art. 559 LEC».

c. 2) Inscripción anterior de un derecho de uso a favor del cónyuge custodio y el hijo menor en caso de separación o divorcio.

Partimos del error por parte de los Registradores de inscribir tal atribución de uso (que no derecho real en sí como viene regulado en el Código Civil, y permitido su acceso por la Ley Hipotecaria) a resultas de una separación o divorcio.

Si se entiende que ha de prevalecer dicho uso inscrito anteriormente frente al adjudicatario de la finca, se incurriría en la desigualdad de que el menor hijo de padres separados o divorciados que permanece en el domicilio conyugal que luego es subastado goza de un privilegio, el de poder permanecer en el uso de la vivienda, que no goza el menor hijo de padres que continúan en constante matrimonio, en cuyo caso la familia entera ha de abandonar el domicilio que ha sido realizado en subasta pública.

Esta postura ha sido ratificada por la STS de 8 de octubre de 2010, Roj 5062/2010, que por una parte elimina toda posibilidad de considerar como derecho real el uso atribuido a la madre y los hijos bajo su custodia en supuestos de separación conyugal¹¹, y por otra parte, con muy buen criterio, no considera digno de protección frente al adjudicatario la posesión atribuida a los menores, ya que en este caso resultaría una discriminación respecto de los menores hijos de padres casados, que en este caso han de abandonar la vivienda sin ningún miramiento: *«en el caso de que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, argumento que lleva a afirmar que no pueden alterarse las reglas de la ejecución hipotecaria en el caso en que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges que por otra parte, había consentido en su momento el acto de disposición. Porque, además, no se trata de la buena o mala fe del adquirente, dado que la hipoteca existía y era válida como consecuencia del consentimiento prestado por el cónyuge no propietario antes de la atribución del uso en el procedimiento matrimonial».*

Por ello ha de concluirse que ese uso es una atribución consecuencia de la disolución conyugal, pero no un derecho de uso tradicional, y por ello no puede tener acceso al Registro por la vía del testimonio expedido por el Secretario judicial de la resolución judicial que atribuye dicho domicilio, de manera que, en caso de ser subastada la vivienda, tanto el menor como el progenitor custodio, habrán de abandonar la finca si el adjudicatario solicita la posesión de la misma.

¹¹ Esta Sala ha declarado en las sentencias a que se refirió la recurrente en el acto de la vista oral, que el derecho a la vivienda acordado judicialmente en la sentencia de separación o de divorcio no tiene carácter de derecho real. Las sentencias de 14 y 18 enero 2010 coinciden en la misma doctrina en relación a la naturaleza del derecho atribuido al cónyuge adjudicatario de la vivienda y señalan que: *"De la ubicación sistemática de este precepto [art. 96 CC] y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)".* La sentencia antes citada, de 18 enero 2010 dice que *"el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el Art. 83.3 CF y el Art. 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la propiedad".*

En caso de duda, siempre puede acudir a la vía del art. 675 LEC y celebrar una comparecencia para ventilar la suficiencia del título del ocupante para permanecer en el uso de la vivienda, que en el caso analizado no podría prosperar.

c. 3) Preferencia de créditos laborales.

Ha sido cuestionado si a la hora de cancelar las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca que se ejecuta, han de cancelarse también ciertos créditos con la consideración de privilegiados, como son los laborales, o los que tienen su origen en deudas tributarias, según las normas reguladoras de los mismos.

En este sentido el art. 32.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que *«Los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca»*.

En principio, con la inscripción de las garantías reales, además de su publicidad, nace un gravamen oponible *erga omnes* que otorga -entre otros- el derecho a realizar el bien cuando se incumpla la obligación garantizada, sin que otro crédito o gravamen posterior pueda anteponerse a aquel. Esta regla se quiebra únicamente frente al crédito laboral porque al gozar de un "superprivilegio" este no solo se antepone a cualquier otro crédito, sino que está en capacidad de posponer la eventual ejecución de una garantía real a favor del acreedor financiero (hasta la total satisfacción del crédito laboral), siempre que obtenga una resolución judicial que ampare una tercería preferente de pago.

Lo que resulta claro es que la preferencia del crédito laboral es una preferencia de carácter civil, es decir, para nada se dice que la preferencia lo sea de rango registral. Por ello las partes implicadas podrán hacer valer su privilegio mediante la reclamación correspondiente ante la jurisdicción civil, pero ello no obsta a que, en caso de hallarse anotado posteriormente a la hipoteca que se ejecuta una sentencia reconociendo determinados salarios, que en trámite de ejecución de la misma accede al Registro mediante anotación preventiva de embargo de la finca propiedad del empleador, pueda esta anotación ser cancelada.

Así se establece de forma clara y tajante por el art. 134 LH, al decir que *«El testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, determinarán la inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, sin excepción, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento»*.

Tan sólo subsistirán las declaraciones de obras nuevas y divisiones horizontales posteriores, cuando de la inscripción de la hipoteca resulte que ésta se extiende por ley o por pacto a las nuevas edificaciones.»

El precepto menciona de forma concisa las excepciones a la regla general de la cancelación, sin expresión de las anotaciones en ejecución de créditos laborales, que por tanto habrán de ser canceladas.

c.4) Anotación preventiva de demanda de nulidad de la propia hipoteca

Teniendo en cuenta que el art. 131 LH dispone que *«Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas»*, la anotación practicada en garantía de conservar la finca en manos del propietario ante la ejecución de la hipoteca por parte del acreedor

no habrá servido de nada, y la realidad es que aunque el ejecutado obtenga sentencia estimatoria en el declarativo, la subasta se habrá realizado y por el juego del art. 34 LH que protege al tercer adquirente de buena fe, habrá perdido la finca aunque obtenga la indemnización correspondiente. En definitiva, no se cumple la tutela judicial efectiva que ampara el art. 24 CE puesto que es imposible con las leyes procesales actuales que se mantenga al ejecutado en la propiedad y posesión de su finca cuando se alega la nulidad del título que sirve a la ejecución hipotecaria.

La cuestión ha dado un giro importante tras la publicación de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo Europeo, Sala Primera, el 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11. Esta Sentencia ha abierto la posibilidad de que dentro de la ejecución hipotecaria puedan plantearse causas de oposición basadas en nulidad del título que sirve a la ejecución sin necesidad de acudir al declarativo ni adoptar anotaciones preventivas de demanda que posteriormente son canceladas deviniendo por tanto ineficaces¹²; y ha desencadenado la reforma del art. 695 LEC mediante la Ley 1/2013 de 14 de mayo (*cit.*), que incluye los intereses abusivos como causa de oposición a ventilar en la propia ejecución, sin necesidad de acudir al declarativo.

c.5) Otras anotaciones.

Siguiendo a RIVERA FERNANDEZ¹³, la no cancelación además de afectar a las inscripciones enumeradas en el art. 134 LH, obra nueva y división horizontal, deben entenderse como no cancelables la inscripción referente al exceso de cabida, o aquellos asientos en los que voluntariamente se subrogue el adjudicatario.

d) Necesidad de pago previo del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

El art.254.1 LH dispone que «*Ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que se establecieron por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir*».

Matizando seguidamente el art.255.1 que «*No obstante lo previsto en el artículo anterior, podrá extenderse el asiento de presentación antes de que se verifique el pago del impuesto; mas, en tal caso, se suspenderá la calificación y la inscripción u operación solicitada y se devolverá el título al que lo haya presentado, a fin de que se satisfaga dicho impuesto*» Queda claro por tanto que es preciso el pago del impuesto, pero es un defecto subsanable y queda extendido el asiento de presentación, de la misma manera que sucede con las identificaciones de las partes y sus circunstancias.

e) La firmeza de la resolución.

A este respecto señala el art. 83 LH que «*Las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria.*

Si los interesados convinieren válidamente en la cancelación, acudirán al Juez o al Tribunal competente por medio de un escrito, manifestándolo así, y después de ratificarse en su contenido, si no hubiere ni pudiere haber perjuicio para tercero, se dictará providencia ordenando la cancelación».

CARRASCO PERERA¹⁴ sostiene que hasta que la inscripción de hipoteca no sea cancelada, la presunción de exactitud y legitimidad registral que resulta del art. 38 LH impedirá al registrador denegar la práctica de cualquier asiento relacionado con la hipoteca extinguida extrarregistralmente. Es más, ni siquiera podrán el Juez o el Notario negarse a dar curso a la

¹² Cfr. ACHON BRUÑEN, «Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013» *Diario La Ley*, n° 8050, 25 marzo 2013

¹³ RIVERA FERNÁNDEZ, MANUEL, *La Ejecución de la Hipoteca Inmobiliaria*, Madrid 2004, p. 485

¹⁴ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ *Tratado de Derechos de Garantía*, Navarra 2002, p. 652
R.E.D.S. núm. 2, mayo-agosto 2013 ISSN: 2340-4647

ejecución de una hipoteca cuya extinción no conste en el registro, hecho que, además, sólo podrá ser eficazmente opuesto por el ejecutado durante el curso del procedimiento si la extinción de la hipoteca se debe a la extinción por pago de la obligación asegurada si consta en escritura pública.

Por su parte el art. 174 RH dispone que «*La misma escritura en cuya virtud se haya hecho la inscripción será título suficiente para cancelarla si resultare de ella o de otro documento fehaciente que el derecho asegurado ha caducado o se ha extinguido*».

Será necesaria nueva escritura para la cancelación, con arreglo al párrafo primero del art. 82 LH, cuando, «*extinguido el derecho inscrito por voluntad de los interesados, deba acreditarse esta circunstancia para cancelar la inscripción*».

Los títulos aptos para obtener la cancelación de la hipoteca son la sentencia firme, escritura pública o documento auténtico y la ley. En el caso de la sentencia, se parte de la existencia de un proceso cuyo objeto es la extinción del derecho de hipoteca, y consecuentemente la cancelación de la inscripción de ese derecho. Si se declara la nulidad de la hipoteca llevará consigo la cancelación de la misma. También puede ordenar al condenado que efectúe por sí mismo la cancelación como una obligación de hacer, o de emitir una declaración de voluntad, entrando en juego el art. 708 LEC, en el que se tiene por emitida la declaración de voluntad, con constancia directa en el registro de la Propiedad, para el caso de que de forma voluntaria el ejecutado no emita la declaración objeto de condena.

La extinción y cancelación de la hipoteca puede tener lugar también por escritura pública u otro documento auténtico en el que preste su consentimiento el acreedor. No resulta muy coherente que para la inscripción del derecho de hipoteca no se precise una voluntad adicional de las partes de practicar la correspondiente inscripción en el Registro, bastando la voluntad concurrente de las partes en cuanto al negocio jurídico del concierto del préstamo y su garantía, y en cambio para cancelar la inscripción de hipoteca no baste la misma voluntad de las partes en cuanto a la del préstamo y de la garantía, exigiéndose además la voluntad del acreedor de que sea cancelado el asiento inscrito a su favor. Aunque el consentimiento que requiere el art. 82 LH sea necesariamente causal, no es preciso que el documento contenga la causa de la cancelación, que se presume.¹⁵

f) Existencia de defectos en el título

A tenor de lo dispuesto en el art. 65 LH, cuando el defecto sea subsanable el Registrador acordará la suspensión de la inscripción, pudiéndose extender anotación preventiva si así lo solicitare el que presentó el título. Si la deficiencia es insubsanable, se denegará la inscripción y no procederá efectuar anotación alguna.

La decisión se comunicará al legitimado para presentar el título inscribible, a quien se devolverá el título con nota suficiente que indique la causa o motivo de la suspensión o denegación, y en su caso, el tomo, folio, finca y letra de la anotación de suspensión que se hubiese practicado, salvo que hubiesen solicitado la devolución del documento sin otra nota que la expresiva de haber sido presentado.

En caso de decisión registral negativa surge la posibilidad de utilizar un recurso bien gubernativo, bien judicial a través del declarativo que corresponda, entendiéndose por tal el juicio ordinario.

¹⁵ cfr. CARRASCO PERERA, *Tratado de los derechos de garantía*, Navarra 2002, p. 661; y Resoluciones de la DGRN de 2 noviembre 1992, 27 de septiembre de 1999, 12 de septiembre de 2000.
R.E.D.S. núm. 2, mayo-agosto 2013

BIBLIOGRAFÍA

- ACHON BRUÑEN, MARIA JOSÉ, «Modificaciones del proceso de ejecución por la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social: deficiencias y problemas prácticos», *Diario La Ley*, n° 8087, 21 de mayo 2013; «Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013» *Diario La Ley*, n° 8050, 25 marzo 2013
- AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL, «La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada», *Hipotecas y Seguridad Jurídica*, Centro de Estudios Registrales, Madrid 1991
- BAZ IZQUIERDO, FERNANDO; *Derecho Inmobiliario e Hipotecario Inglés*, Ed. EDESA, Jaén 1980
- CARRASCO PERERA, ANGEL; CORDERO LOBATO, ENCARNA y MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS; *Tratado de los Derechos de Garantía*, Ed. Aranzadi, Navarra 2002
- CASADO ROMÁN, JAVIER, «Los procedimientos de ejecución hipotecaria tras el Real Decreto Ley 8/2011», *Revista La Ley*, 19/09/2011, n° 7697
- CHICO Y ORTIZ, JOSE MARÍA, *Estudios sobre derecho hipotecario*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2000
- DIEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Thomson Civitas, Navarra 2008
- DOMINGUEZ HUELMO, ANDRES «Caducidad y prórroga de las anotaciones preventivas en el art. 86 LH», *Revista Actualidad Civil* n°19, 7 al 13 de mayo 2001
- FLORES MATIES, JOSÉ Y JUAN MONTERO AROCA «*Tratado de Proceso de Ejecución Civil*», Tirant lo Blanch, 2004
- GARCÍA GARCÍA, JOSE MANUEL, *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Ed. Civitas, Madrid 1994
- GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, *La segunda hipoteca en el derecho español*, Ed. Bosch, Barcelona, 1966
- LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, RIVERO HERNANDEZ, RAMS ALBESA, *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001
- LASARTE ALVAREZ, CARLOS, *Derechos reales y Derecho hipotecario*, Ed. Marcial Pons, Barcelona 2010
- LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, (Director), *La Protección del consumidor de inmuebles*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2013
- LÓPEZ LIZ, JOSÉ, *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria*, 2.ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1998
- MARTINEZ DE LOS SANTOS, ALBERTO *Cuestiones prácticas sobre la vía de apremio en el proceso de ejecución civil*, Ed. La Ley, Madrid, 2010

- MONTERO AROCA, JUAN; *La ejecución de la Hipoteca Inmobiliaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2012
- MONTERO AROCA, JUAN y FLORS MATIES, JOSE, *Tratado de proceso de ejecución civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2004
- MONTSERRAT VALERO, ANTONIO *Derecho Inmobiliario registral*, Ed. Civitas, Madrid, 2000; *El Procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1998
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1986
- PÉREZ DEL BLANCO, GILBERTO; *Efectos procesales de la declaración de concurso: la vis atractiva concursal*, Madrid 2007
- PIZARRO MAQUEDA, MARIA JOSÉ, «Pronunciamiento del TJUE sobre la normativa española en materia de ejecución hipotecaria», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n^o1, Abril 2013, p.213-215
- RIVERA FERNÁNDEZ, MANUEL, *La Ejecución de la Hipoteca Inmobiliaria*, Ed. Dilex, Madrid 2004
- ROBLEDO VILLAR, ANTONIO «*La subasta judicial: el remate*», Barcelona 1998
- ROCA SASTRE, RAMON MARIA, *Derecho Hipotecario*, Ed. Bosch, Barcelona, 7^a Edición de 1979; 8^a Edición de 1998, y 9^a Edición de 2008
- SANCHEZ GARCIA, JESÚS, y PÉREZ DAUDÍ, VICENTE *La adjudicación del inmueble hipotecado al ejecutante por un valor inferior al de tasación. Aspectos problemáticos y propuestas de reforma*, Revista El Derecho, 23 marzo 2011
- SOSPEDRA NAVAS, FRANCISCO JOSÉ (Director), *La Ejecución Hipotecaria*, Autores: MANUEL FERNANDEZ ROZADO, JUAN PANISELLO MARTINEZ, CARLOS SANCHEZ MARTIN , Ed. Civitas, Madrid 2012

EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES Y LA NECESIDAD DE SU ACTUALIZACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL CUBANO.

Ms C. Arnel Medina Cuenca

Profesor Titular de Derecho Penal y Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Vicepresidente de la Sociedad cubana de Ciencias Penales.

Si el agua es una fuerza de la naturaleza,
la emigración es una fuerza de la historia.
El desafío no es cómo detenerla, sino cómo dirigirla.

George Alagiah

Fecha de recepción: 22 de agosto de 2013
Fecha de aceptación: 10 de septiembre de 2013

SUMARIO: 1.- EXPANSIONISMO PENAL, GLOBALIZACIÓN, DELINCUENCIA ORGANIZADA Y TRÁFICO DE PERSONAS. 1.1.- EL EXPANSIONISMO PENAL Y SU INCIDENCIA EN EL TRÁFICO Y LA TRATA DE SERES HUMANOS. 1.2.- GLOBALIZACIÓN Y TRÁFICO DE SERES HUMANOS. 1.3.- LAS DIFERENCIAS ENTRE EL TRÁFICO Y LA TRATA DE PERSONAS. 1.4.- LAS MIGRACIONES LATINOAMERICANAS HACIA LA UNIÓN EUROPEA Y ESPAÑA. 2.- UNA BREVE MIRADA AL DERECHO POSITIVO DE TRES PAÍSES IBEROAMERICANOS. 2.1.- ESPAÑA. 2.2.- EL SALVADOR. 2.3.- GUATEMALA. 3.- EL FENÓMENO MIGRATORIO EN CUBA UN ANÁLISIS IMPOSIBLE DE ELUDIR. 3.1.- LOS PRIMEROS AÑOS. CAMARIOCA Y EL PUENTE AÉREO. 3.2.- LA CRISIS DE LOS OCHENTA. EL MARIEL Y LOS ACUERDOS MIGRATORIOS DE 1984. 3.3.- LA CRISIS DE LOS BALSEROS Y LOS ACUERDOS MIGRATORIOS DE 1992. 3.4.- LA VIGENCIA DE LA LEY DE AJUSTE CUBANO. 3.5.- LA REFORMA MIGRATORIA DE 2012. 4.- ENTRADA Y SALIDA ILEGAL DEL TERRITORIO NACIONAL Y TRÁFICO DE PERSONA EN EL CÓDIGO PENAL CUBANO. ALGUNAS DIFERENCIAS COMO PUNTO DE PARTIDA. 4.1.- LA CONFLUENCIA DE FIGURAS. DIFERENCIAS ENTRE LOS DELITOS DE ENTRADA Y SALIDA ILEGAL DE PERSONAS Y TRÁFICO DE PERSONAS EN EL CÓDIGO PENAL CUBANO. 4.2.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. 4.2.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. 5.- EL DELITO DE TRÁFICO DE PERSONAS LA LEGISLACIÓN PENAL CUBANA. 5.1.- EL TIPO PENAL. 5.2.- EL SUJETO ACTIVO. 5.3.- EL REQUISITO DEL TERCER PAÍS. 5.4.- OTRAS MODALIDADES DEL TRÁFICO DE PERSONAS. 6.- UNA PERSPECTIVA DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA A VALORAR PARA CUBA. 7.- CONCLUSIONES.

RESUMEN : En los últimos veinte años se ha producido un incremento significativo del tráfico ilegal de personas, por aire, mar y tierra, lo que ha llevado a la Comunidad Internacional y a los Estados a adoptar medidas para combatir este flagelo de la humanidad, que al vincularse a las redes del crimen organizado transnacional constituye, en la actualidad, una de las actividades más lucrativas, junto al tráfico de drogas y el de armas.

Cuba ha adoptado medidas legislativas para prevenir y combatir con mayor eficacia el tráfico ilícito de migrantes, a partir de la vigencia de la Ley No. 87 de 1999, que le añadió al Código Penal el Título XV sobre los Delitos Contra el Normal Tráfico Migratorio, que ha servido para enfrentar con éxito los crecientes hechos de salidas ilegales vinculadas a redes criminales, que se aprovechan de los beneficios de la Ley de ajuste cubano y de la política del Gobierno de los Estados Unidos de favorecer la emigración ilegal y dificultar las vías legales.

En el trabajo se analizan los criterios doctrinales y de la jurisprudencia, en relación con los tipos penales regulados en los artículos 347 y 348 del Código Penal cubano y se realizan las recomendaciones correspondientes para su perfeccionamiento, en futuras modificaciones legislativas.

ABSTRACT: In the last twenty years, there has been a significant rise in migrant smuggling by air, sea and land, which has led l States and the International Community to take action in order to fight this scourge of the human race, one of today's most profitable activities when combined with international organized crime, drug trafficking and the arms trade.

Cuba has adopted legislative measures to prevent and counter migrant smuggling more effectively ever since Act No. 87 of 1999 came into force and supplemented our Criminal Code with Title XV on Crimes Against the Normal Migratory Traffic, a very useful step to deal successfully with the increasing number of illegal departures organized by criminal rings decided to seize on the benefits of the Cuban Adjustment Act and the U.S. Government's policy in favor of illegal emigration and against the legal migration procedures.

The jurisprudence and doctrine regarding the criminal figures laid down in Articles 347 and 348 of the Cuban Criminal Code are discussed, and relevant recommendations are made with a view to their improvement in future legislative modifications.

PALABRAS CLAVES: Tráfico de personas, Trata de personas, Delincuencia organizada transnacional, bandas criminales, intervención mínima, protección de las víctimas, migraciones internacionales, inmigración ilegal.

KEY WORDS: Migrant smuggling, Traffic in persons, Transnational Organized Crime, criminal gangs, minimum intervention, protection of victims, international migration, illegal migration.

1.- EXPANSIONISMO PENAL, GLOBALIZACIÓN, DELINCUENCIA ORGANIZADA Y TRÁFICO DE PERSONAS.

1.1- El expansionismo penal y su incidencia en el tráfico y la trata de seres humanos.

Los primeros años del Siglo XXI se han caracterizado por un expansionismo acelerado e irracional del Derecho penal, amparado en la necesidad de perfeccionar la lucha contra el crimen organizado transnacional, por la aparición de nuevas modalidades delictivas, el incremento de las penas y un mayor rigor penitenciario, mientras que cada día se habla menos de la necesidad de prevenir el delito, con la aplicación de políticas de inclusión de los excluidos de siempre y de los nuevos que se les incorporan, como consecuencia de las frecuentes crisis económicas y del incremento de las desigualdades entre el norte desarrollado y el sur empobrecido.

Para combatir a los traficantes de armas, drogas y seres humanos, que junto al terrorismo, la corrupción y otros males, se encuentran en el centro de la preocupación de los gobiernos, los partidos y la sociedad civil, un sector de la doctrina penal y criminológica, considera necesaria la promulgación de normas penales de mayor severidad, con la inclusión de nuevos delitos y un sistema de justicia penal que coloque en el centro de su actividad la defensa de la sociedad, en detrimento de las garantías penales y procesales, por las que la humanidad ha luchado durante siglos y que cuentan con reconocimiento universal.

Los últimos años parecen caracterizarse por un desmedido protagonismo del Derecho Penal, nos señala con acierto el profesor CARBONELL MATEU que: “Basta asomarse a los medios de comunicación para comprobar que un elevadísimo porcentaje de sus contenidos está relacionado de manera más o menos directa con jueces, tribunales, crímenes, delitos, penas, policías, sobornos, prevaricaciones, etc. La vida política depende de sentencias judiciales y la amenaza con recurrir a los tribunales es constante...Allí donde la pena resulta innecesaria, es injusta, como se viene diciendo desde Beccaria y reconoce la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. No sólo no debe intervenir el Derecho Penal allí donde no es necesario, bien porque puede ser el bien jurídico tutelado por otros mecanismos menos costosos, bien porque no necesita de tutela alguna, sino que hay que proclamar que la intervención ha de ser también la mínima imprescindible; por consiguiente, la consecuencia jurídica, la pena, ha de ser la menor de las posibles”¹.

Al respecto MORILLAS CUEVAS, coincide con SILVA SÁNCHEZ, en destacar como se constata “la existencia de una tendencia claramente dominante hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los existentes, que puede enclavarse en el marco general de la restricción o la reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho Penal sustantivo y del Derecho procesal penal; creación de nuevos bienes jurídicos-penales, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía que proyectan una clara tendencia hacia un desorbitado expansionismo que se manifiesta en diversos niveles de preocupación garantista y científica”².

El profesor ZAFFARONI ha expresado, que “Las garantías penales y procesales penales no son producto de un capricho, sino el resultado de la experiencia de la humanidad acumulada en casi un milenio, en lucha constante contra el ejercicio inquisitorial del poder punitivo, propio de todas las

¹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad, Salamanca, Cuenca, 2001, p. 129 y 131. Disponible en:

http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/reflexiones%20sobre%20el%20abuso%20del%20derecho%20penal%20y%20la%20banalizacion%20de%20la%20legalidad.pdf. Consultado el 28/5/2013, a las 13:00

² MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “El Derecho Penal Mínimo o la Expansión del Derecho Penal”, *Revista Cubana de Derecho*, No.25, Enero-junio, 2005, p. 75.

invocaciones de emergencias conocidas en todos estos siglos, en que el poder punitivo descontrolado emprendiendo empresas genocidas causó más muertes y dolor que las propias guerras”³.

En la primera década del nuevo siglo y los años siguientes, como resultado de los cambios ocurridos en el mundo a partir del 11 de septiembre de 2001, se ha producido un proceso creciente de elevación de las penas de prisión y la pobreza o el desarraigo social hacen que los delincuentes eviten por todos los medios ingresar en prisión, aun a costa de eliminar los testigos. Sus delitos son cada vez más violentos, innecesariamente violentos, salvo para evitar identificaciones posteriores y destruir pruebas como consecuencia de una política de castigo penitenciario desmesurado incluso para delitos mínimos, que tiene como resultado una ampliación de la violencia en la sociedad y la aparición de una delincuencia ultraviolenta, lo que se traduce en un mayor hacinamiento carcelario y más presión sobre los gobiernos desde la empresa privada y la sociedad, para buscar soluciones, que no siempre se corresponden con una estrategia de enfrentamiento a las bandas criminales científicamente elaborada y coherente con la realidad social.

Las dantescas escenas del pasado que nos narraban nuestros profesores, en los inolvidables años de estudiantes, sobre las crueldades cometidas por los traficantes de esclavos de los siglos XVIII y XIX, cuando la flota inglesa abordaba los navíos que se dedicaban a la trata negrera y sus tripulantes lanzaban la carga humana al mar, sin el menor escrúpulo, han retornado de la mano de los traficantes de personas en la era de la globalización, desde las últimas décadas del pasado siglo, los que ante el peligro de ser abordados en alta mar lanzan por la borda a los traficados, para eliminar las pruebas en su contra.

1.2.- Globalización y tráfico de seres humanos.

Con el surgimiento de nuevas y complejas formas de criminalidad y especialmente las relacionadas con la denominada criminalidad organizada, se justifica que junto al proceso de discriminación de determinadas conductas de escasa peligrosidad social, exista en la actualidad una tendencia a criminalizar otras, como el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas, que han sido recogidos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁴. Se trata de conductas que por el perfeccionamiento del modo de actuar de sus comisores, en la era de la globalización, requieren de frecuentes modificaciones de los tipos penales y en ocasiones de un mayor rigor en el sistema de sanciones y de una especial dedicación de la comunidad internacional y de los Estados nacionales.

En un sentido estricto, desde una perspectiva funcionalista, la delincuencia organizada es la que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestido de las siguientes características: carácter estructurado, permanente, auto renovable, jerarquizado, destinado a lucrarse con bienes y servicios ilegales o realizar hechos antijurídicos con intenciones de influir en esferas de poder; empleo de la disciplina y la coacción en relación con sus miembros y toda clase de medios frente a terceros, con el propósito de alcanzar sus objetivos⁵.

En relación con el tráfico y la trata de personas, se destaca el hecho de que aunque se trate de conductas que han existido en diferentes épocas con determinadas características, lo cierto es que el incremento de las desigualdades entre los países ricos y los menos desarrollados ha alterado la composición, fluidez e intensidad de las migraciones y ha modificado su distribución geográfica, con la participación creciente de redes criminales, en un mundo globalizado donde por un lado se promueve la libre circulación de mercancías y de capitales entre los Estados y al propio tiempo se restringe, cada vez más, la circulación de la fuerza de trabajo.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Globalización y Crimen Organizado”, Conferencia de clausura de la primera Conferencia Mundial de Derecho Penal, organizada por la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) en Guadalajara, Jalisco, México, pronunciada el 22 de noviembre de 2007. Disponible en:

http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/globalizacion_crimen_organizado.pdf Consultado el 26/4/2011 a las 11:00

⁴ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos”. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de noviembre del 2000. Disponible en:

<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>. Consultada el 28/5/2013, a las 11:30

⁵ DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, “Crimen Organizado. Tráfico de Drogas y Lavado de Dinero”. Ediciones ONBC. 2001 p.32.

La globalización, contrario a lo que pudiera esperarse por algunos ingenuos que en determinado momento, vieron en ella la solución de todos los males de la humanidad, no va a atenuar los flujos migratorios, pues como comenta RODRÍGUEZ MESA: “La mayoría de las migraciones modernas tienen sus raíces en la actual estructura del sistema económico, que al fomentar la concentración del capital en determinadas áreas, contribuye al mantenimiento del subdesarrollo en otras menos favorecidas. La globalización, lejos de ser un paso para conseguir la protección de los derechos y libertades fundamentales de los individuos, ha supuesto 'la concentración de poder y beneficio en torno a tres polos –Unión Europea, Estados Unidos y Japón–, con la inevitable consecuente depauperación de quienes, individuos o colectivos, quedan al margen'. (...) Y frente a la necesidad, de poco sirve la impermeabilización de las fronteras. La imposibilidad de acceder a los recursos esenciales en gran parte del planeta, y la imposición de criterios excesivamente restrictivos para el acceso y permanencia legal en los países llamados 'del primer mundo', interaccionan entre sí constituyendo el principal factor determinante del tráfico ilegal de personas”⁶.

En el siglo XXI, como bien señala PÉREZ CEPEDA: “La esclavitud no es una monstruosidad del pasado de la cual nos hayamos definitivamente liberado, se trata de un negocio que en el mundo está más en auge que nunca. La globalización, la pobreza, el aumento demográfico de los países de origen, la violencia social, la inestabilidad política de los Estados, los conflictos étnicos o religiosos, el ejercicio autoritario del poder, la modernización de la agricultura, etc, tienen gran impacto en la permanencia de la esclavitud, además se trata de un fenómeno favorecido por la inmigración económica y la vulnerabilidad de los inmigrantes”⁷. El mundo es testigo de que en los últimos 20 años se está produciendo un crecimiento preocupante del tráfico de personas y también de la trata de seres humanos para su explotación sexual, laboral, extracción de órganos corporales y otras modalidades⁸.

Coincidimos con TERRADILLOS BASOCO, en que “la globalización, lejos de constituir una palanca de ampliación de estrategias penales de aplicación igualitaria, consagra la desigualdad, sobre todo como efecto de procesos de desregulación cuya consecuencia fundamental es la impunidad del poderoso en entornos débiles”⁹ y en el tema que nos ocupa, provoca que las bandas criminales se aprovechen de las penurias que sufren los más desfavorecidos con la distribución de la riqueza y encuentren en el tráfico y la trata de seres humanos una vía para obtener fáciles ganancias aprovechándose de la debilidad y en ocasiones de la falta de interés de los Estados para combatir este flagelo, a pesar de los esfuerzos que desde la comunidad internacional y desde la sociedad civil se desarrollan para enfrentar a la delincuencia organizada y proteger a las víctimas.

En su reciente informe sobre el Estado de los Derechos Humanos en el mundo de 2013, Amnistía Internacional ha afirmado que: “La carrera por los recursos no es más que un aspecto de nuestro mundo globalizado. Otro es la circulación de capitales, que cruzan fronteras y atraviesan océanos para llegar a los bolsillos de los poderosos. Sí, la globalización ha conllevado prosperidad y crecimiento económico para algunas personas, pero la experiencia de los pueblos indígenas se está

⁶ RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pag. 22-23. Véase también en: “Las razones del Derecho Penal. Modelos de Fundamentación y Legitimación”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007, donde afirma que...“la pérdida de capacidad estatal derivada del proceso de globalización, o al menos su inconsistencia en el campo de producción y aplicación del Derecho, determina la incapacidad del sistema penal para controlar las nuevas relaciones sociales”. Consultado el 26 de mayo de 2013, a las 11.00 p.m. en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf>

⁷ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Algunas Consideraciones político-criminales previas a la incriminación del tráfico de personas”. *REDUR* No. 0. Junio de 2002. pag. 110. En: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero0/perez.pdf> consultado el 27 de mayo de 2013 a las 10.00.

⁸ Véase BAUCELLS LLADÓS, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes “La armonización de las normas penales en materia de Trata”, I Jornada de acción contra la trata, Asociación en Defensa de los Derechos de las Mujeres, Barcelona, 27 de junio de 2008. Consultado 26 de mayo de 2013 en: <http://www.genera.org.es/archivo/Trata1.pdf> y PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal”, Granada, Comares, 2004, pag. 1.

⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Sistema penal y criminalidad internacional”, en NIETO MARTÍN (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero santos. In Memoriam*, vol. I, Cuenca, 2001, pag. 309.

repetiendo en otras comunidades que ven cómo los gobiernos y las empresas se benefician de las tierras en donde viven y pasan hambre”¹⁰.

Al abordar este fenómeno GARCÍA VÁZQUEZ afirma con razón que: “Europa estaba orgullosa de que la esclavitud se erradicara aquí antes que en cualquier otro continente. Lamentablemente, la esclavitud está volviendo bajo formas igualmente repulsivas que generan ganancias exorbitantes”¹¹.

En la configuración del fenómeno migratorio debemos tener en cuenta, que la delincuencia organizada también se globaliza y se ha visto estimulada, en los últimos años, a participar en el tráfico de inmigrantes a escala global, como resultado del aumento de los controles fronterizos en los países receptores y del incremento de las desigualdades y la desesperanza en los países pobres.

Coincidimos con MIRÓ LLINARES, en que el tráfico ilegal de personas, la esclavitud del siglo XXI, bien para la posterior prostitución o bien simplemente para su posterior entrada en un país rico, resulta una actividad delictiva que aporta cada vez más beneficios, por lo que empieza a ser monopolizada por las mismas mafias que se dedican también al tráfico de armas, drogas o, incluso al terrorismo internacional, mientras que, por otra parte, al extremarse los controles migratorios en los países más desarrollados, en busca de posibles potenciales terroristas, se perciben en la opinión pública como relacionados fenómenos que, en el fondo, son muy diferentes entre sí¹².

El creciente incremento de las migraciones ilegales ha llevado a muchos países, entre ellos a Cuba¹³, a partir de la vigencia de la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999, a adoptar medidas legislativas para prevenir y combatir con mayor eficacia el tráfico ilícito de migrantes, que en la actualidad aparece vinculado a los grupos delictivos organizados, los que desarrollan sus actividades por aire, mar y tierra, poniendo en peligro la vida y la seguridad de las personas.

Al valorar la trascendencia del tráfico de personas y la necesidad de combatirlo con métodos efectivos, debemos tomar en consideración el hecho de que esta actividad, en la actualidad, ocupa el tercer lugar en la cadena delictiva internacional: primero el tráfico de drogas, después el de armas y en tercer lugar el tráfico de seres humanos.

Aunque últimamente se aprecia una tendencia de los Estados a penalizar o a agravar las penas para los autores del tráfico ilícito de personas, la realidad hasta hace relativamente poco tiempo era bien diferente, como se expresa con claridad en la resolución adoptada en la Cumbre Mundial contra el Racismo, efectuada en Durban, Sudáfrica, entre el 28 de agosto y el 7 de septiembre del 2001, refiriéndose a la trata de personas: “los tratantes rara vez son detenidos y casi nunca procesados. Las penas impuestas por la trata de personas son relativamente leves cuando se las compara con el contrabando de drogas o de armas. Una de las razones por las que la trata de personas no es objeto de una mayor represión es el escaso número de casos documentados. Esto se explica fácilmente porque, en la mayoría de los casos, las víctimas de la trata son consideradas simplemente como delincuentes por las autoridades del Estado receptor y, a menudo, son detenidas, procesadas y deportadas.

¹⁰ AMNISTÍA INTERNACIONAL, “El Estado de los Derechos Humanos en el mundo”, Edición y traducción al español: Editorial Amnistía Internacional (EDAI) Valderribas, 1328007 Madrid España. 2013, pág. 16. Consultado el 26 de mayo de 2013, en: http://files.amnesty.org/air13/AmnestyInternationalAnnualReport2013_complete_es.pdf

¹¹ GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, “Inmigración ilegal y Trata de personas en la Unión Europea: La desprotección de las víctimas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 5, Número 10, julio-diciembre de 2008. pág.2. Consultado el 26 de mayo de 2013, a las 10.00 p.m., en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/06SoniaGarciaVazquez.htm>

¹² MIRÓ LLINARES, Fernando, “Política comunitaria de inmigración y política criminal en España”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No.10, 2008, pp. 6-7. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-05.pdf>. Consultado el 12/8/2013 a las 09:40 Al valorar la incidencia de la sensación de seguridad que produce la sociedad de riesgo el tema migratorio, añade que: “En la actualidad, tanto a nivel popular, como en los medios de comunicación, es frecuente considerar que el crecimiento de la delincuencia es un fenómeno debido en gran parte al aumento de la inmigración”. A modo de ejemplo refiere los resultados de una encuesta realizada a la población castellano-leonesa, en la que más del 60% de los ciudadanos relacionan inmigración y tráfico de drogas, más del 75% prostitución e inmigración, y casi un 60% inseguridad ciudadana e inmigración (ANTÓN PRIETO, José. Ignacio. (2004): “Inmigración y delito en el imaginario colectivo. Alternativas a una relación perversa”, en Pérez Álvarez, F (Ed.). *Serta in memoriam Alexandrii Baratta*, Ediciones Universidad Salamanca. Salamanca, p.253. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1029339> Consultado el 16/8/2013, a las 18.00.

¹³ ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR “Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999” Modificativa del Código Penal, Ley No. 62 de 1988, *Gaceta Oficial Extraordinaria*, No. 1 de 15 de marzo, pág. 10

Si a lo anterior se le suma el temor a las represalias de los traficantes, se comprende que las víctimas del tráfico de personas no se sientan inclinadas a cooperar con las autoridades policiales en los países de destino. La ignorancia de sus derechos y protecciones legales, los obstáculos culturales y lingüísticos y la ausencia de mecanismos de apoyo hacen que las mujeres víctimas de la trata se sientan aún más aisladas e impiden que busquen justicia o que reciban respuesta de las autoridades judiciales”.¹⁴

El miedo que generan las propias crisis económicas también incide en la situación de víctimas del tráfico de seres humanos, debido a que las crisis económicas engendran miedo a no poder mantener el nivel de vida deseado, a perder el trabajo, por muy precario que sea, a no encontrar un nuevo empleo, a perder las prestaciones por desempleo, al empobrecimiento, etc. Miedo significa mayor sentimiento de incertidumbre, mayores niveles de angustia. Ante la amenaza se observan respuestas contrarias; solidarias e insolidarias. Una respuesta a la amenaza consiste en unir esfuerzos, en compartir recursos. La unión fortalece. Pero cuando el miedo domina, la persona no percibe al otro como un aliado, sino como competidor, adversario, enemigo. Con miedo se trata de hacer frente a la amenaza solo o con la ayuda de un grupo restringido, cerrado¹⁵.

La trata de personas es, sin atisbo de duda, la actividad criminal de mayor crecimiento en la Unión Europea, y las medidas tomadas hasta la fecha para reducir este fenómeno aún no han producido resultados tangibles. El tráfico crece con la globalización económica y la apertura de fronteras interiores. La demanda de una mano de obra barata e indocumentada contribuye al comercio ilegal de seres humanos, reduciendo costes; sin embargo, esta deflación se hace a costa de la dignidad humana y menoscaba las normas internacionales básicas de derechos humanos, laborales, de salud y de seguridad”¹⁶.

Al propio tiempo, en épocas de crisis se produce en, determinados sectores de los países receptores de los migrantes, un cambio de percepción sobre la valoración social de la inmigración y de pronto aquellas personas útiles al sistema económico, que ocupan empleos en el nivel más bajo de la escala social, realizan trabajos recios, se adaptan a horarios y condiciones laborales que no aceptan los trabajadores autóctonos, reciben salarios bajos, y en general protestan poco, pasan a ser considerados, bajos los efectos de las dificultades económicas, como mera mano de obra, herramientas de trabajo, casi objetos de usar-y-tirar, con un discurso que afirma que los emigrantes solo deben residir en sus países, en época de “vacas gordas”, y se deben marchar en momentos de recesión económica o de “vacas flacas”. “Y proponen una ecuación para solucionar el problema del paro: cinco millones de parados menos cinco millones de inmigrantes igual a pleno empleo. Evidentemente tan sencilla ecuación es totalmente falsa”¹⁷.

Al analizar las perspectivas de la inmigración ilegal MUÑOZ CONDE comenta que: “El problema de la inmigración ilegal se está convirtiendo en un problema muy grave en todos los países de alto nivel económico y tendrá difícil solución mientras existan los niveles de pobreza actualmente existentes en otros muchos países, principalmente africanos y latinoamericanos. Las medidas administrativas restrictivas tienen incluso un efecto criminógeno, pues prácticamente arrojan a los

¹⁴ Véase “Resolución sobre Migración y discriminación. La doble discriminación, por motivo del género y racial. Racismo y pueblos indígenas. Los Estados multiétnicos y la protección de los derechos de las minorías. La dimensión racial de la trata de personas, especialmente mujeres y niños”. Tomado del sitio: www.un.org/spanish/CMCR/gender/htm. Al referirse al modo en que tiene lugar la trata, esta resolución afirma que: “Los tratantes utilizan diversos métodos para reclutar a sus víctimas, que van desde el rapto liso y llano a la compra de la persona de manos de su propia familia. Sin embargo, en la mayoría de los casos, la víctima potencial de la trata ya está buscando una oportunidad de emigrar cuando se le acerca un conocido o es atraída por un anuncio. A algunas se les hace creer que son reclutadas para trabajar legalmente o casarse en el extranjero. Otras saben que se les recluta para la industria del sexo, e incluso que serán obligadas a trabajar para devolver lo mucho que ha costado su reclutamiento y transporte, pero son engañadas acerca de sus condiciones de trabajo. Se teje así una compleja red de dependencia en la cual los tratantes generalmente intentan adueñarse de la identidad jurídica de la víctima, confiscando su pasaporte o sus documentos. Su entrada o permanencia en el país de destino suele ser ilegal, lo cual no hace más que aumentar su dependencia de los tratantes. Está muy extendida la servidumbre por deudas, que permite controlar a las víctimas de la trata y garantizar su rentabilidad a largo plazo. Según se ha informado, con frecuencia los tratantes recurren a la coerción física y a actos de violencia e intimidación”.

¹⁵ Superar Fronteras, *op. cit.*, p. 7.

¹⁶ GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, *op. cit.* p.2.

¹⁷ Superar Fronteras. *op. cit.* p. 11.

extranjeros que no tienen posibilidad de entrar, atravesar o residir en España, en manos de los traficantes”¹⁸.

1.3.- Las diferencias entre el tráfico y la trata de personas.

Con frecuencia se confunden el tráfico y la trata de personas, debido a que aunque el primero puede incluir a la trata, ambas figuras delictivas, tiene sus propias características, por lo que desde la comunicad internacional, las leyes penales y la doctrina se han precisado los elementos comunes que las caracterizan y también los que marcan las diferencias.

Como pone de manifiesto GARCÍA VÁZQUEZ¹⁹,... “siempre se han separado por una ambigua línea sombreada, la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes son delitos distintos, pero representan problemas, en parte, coincidentes, y es por ello que sus definiciones jurídicas contienen elementos comunes. No obstante, hay que delimitar el concepto de tráfico de personas, distinguiendo entre: trata de personas y tráfico ilícito de personas”²⁰.

El “tráfico ilícito de migrantes” es definido en el artículo tres del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, como la “facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente, con el fin de obtener, directa o indirectamente un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”. Por “entrada ilegal” se entenderá, conforme al propio artículo: “el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor”²¹.

El artículo tres del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, define la trata de personas como “la captación, transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza, o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación”²².

Con el nombre de trata de seres humanos, nos dice Muñoz Conde, se denomina una actividad criminal, universal, que se caracteriza por el abuso de una situación de superioridad y de la necesidad económica que padecen personas cuya pobreza genera el tráfico y el transporte a otros países distintos al de origen, para aprovecharse de ellas como mano de obra barata, en condiciones muy parecidas a la “esclavitud”; para explotarlas sexualmente o extraerles sus órganos corporales²³.

Las modalidades de trata más frecuentes son:

a. La trata sexual, que es un acto sexual comercial que se comete mediante la fuerza, el engaño, el fraude o la coacción, o en el que la persona inducida a realizar tal acto es menor de 18 años.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, “Derecho Penal. Parte Especial. Decimoséptima edición, revisada y puesta al día. Tirant lo Blanch. 2010. Valencia. España, p. 356.

¹⁹ GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, *op. Cit. p.3*.

²⁰, *Ídem. p. 3*.

²¹ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos”, 2004, *op. cit. pág. 57*.

²² *Ídem. pág. 44*. El propio artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, define como requisitos mínimos de la explotación, que tenga como fin la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre y la extracción de órganos, con la precisión de que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que tenga la intención de realizar las conductas descritas en el inciso a) de este artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho inciso, lo que se corresponde con el hecho de que por lo general los autores de estos delitos obtienen por vías engañosas, el consentimiento de las víctimas.

²³ MUÑOZ CONDE, Francisco. (2010): “Derecho Penal. Parte Especial”. Decimoséptima edición, revisada y puesta al día. Tirant lo Blanch. Valencia. España, p. 206 y s.

b. La captación, acogida, transporte, provisión u obtención de una persona con fines de trabajo o servicios, recurriendo al uso de la fuerza, el engaño, el fraude o la coacción con el propósito de someterla a servidumbre involuntaria, cautiverio por endeudamiento o esclavitud.

c. Reclutar, dar refugio, transportar, aprovisionar u obtener de una persona trabajo o servicios, mediante el uso de la fuerza, el engaño, el fraude o la coerción, con el propósito de sujetarla a servidumbre involuntaria, trabajo forzado, trabajo forzado en pago de deudas o esclavitud.

Estas definiciones no requieren que una víctima de la trata sea transportada físicamente de un lugar a otro. Se aplican sencillamente a la captación, acogida, provisión u obtención de una persona con algunos de los fines anteriormente enumerados.

En ambas modalidades va a estar presente el movimiento de seres humanos para obtener algún beneficio, en el tráfico siempre se incluye el elemento de ayuda para el cruce de fronteras y la entrada de ilegales al territorio de un determinado país, lo que lo relaciona con elementos de carácter transnacional, con la entrada y residencia de personas y la fuente principal de ingresos de los traficantes es el precio pagado por el inmigrante; mientras que en la trata lo fundamental es la intención de explotar a la víctima, con independencia de la forma en que arriba al lugar de destino, que puede ser legal o ilegal y la fuente principal de los ingresos es producto de su explotación posterior.

La trata siempre tiene como objetivo el obtener algún beneficio, especialmente el económico, mientras el tráfico puede tener motivaciones humanitarias²⁴.

MARTOS NUÑEZ, considera a la trata como una modalidad del tráfico de personas, al señalar que "... el tráfico de mujeres con fines de explotación sexual es un fenómeno criminológico relacionado con el incremento de la inmigración ilegal y una variante del tráfico de seres humanos (TSH). Es un proceso que empieza con el reclutamiento de las personas en sus países de origen y acaba en los países de destino con la obtención de importantes beneficios económicos por la explotación sexual de las personas objeto de tráfico; el trabajo ilegal; la adopción de menores (como fuerza de trabajo para su venta); la pornografía infantil; el tráfico de órganos u otros, etc."²⁵.

La trata de personas implica una finalidad para la explotación que no tiene el tráfico de inmigrantes. El tráfico de inmigrantes presupone una libre voluntad mientras que la trata resulta de la constricción y de la violencia.

Los términos "trata de seres humanos" y "tráfico de migrantes" han sido usados como sinónimos pero se refieren a conceptos diferentes. **El objetivo de la trata** es la explotación de la persona, en cambio **el fin del tráfico es la entrada ilegal de migrantes**. En el caso de la trata no es indispensable que las víctimas crucen las fronteras para que se configure el hecho delictivo, mientras que éste es un elemento necesario para la comisión del tráfico²⁶. La víctima de la trata puede ser nacional. Una persona puede ser trasladada de una región a otra para ser explotada, dentro del mismo país.

²⁴ DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, "Delitos de trata y tráfico de personas". *Revista Cubana de Derecho*. No. 30. Julio – diciembre, 2007, p.46.

²⁵ MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio, "El delito de trata de seres humanos: Análisis del artículo 177 bis del Código Penal". *Revista Estudios Penales y Criminológicos*. 2012. Universidad de Santiago de Compostela. Vol. XXXII. Disponible en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/896> Consultado el 10/8/2003, a las 11.00 p.m.

²⁶ Debido a cuestiones idiomáticas y dadas la relativa juventud de estos conceptos, existen confusiones respecto a los términos tráfico y trata de migrantes. En idioma inglés, el primero es designado como "*smuggling*", cuya traducción más exacta podría ser "contrabando". Sin embargo, las autoridades migratorias de países hispanoparlantes utilizan comúnmente el término "tráfico" y no "contrabando" para designar este tipo de actividades. En cuanto a la trata, concepto empleado tradicionalmente para referirse al traslado de personas entre países con propósitos de explotación (trata de esclavos, trata de blancas), es designada en inglés como "*trafficking*", lo cual establece una confusión con la versión hispana del primer concepto. Así, los equivalentes correctos deberían ser tráfico o contrabando para "*smuggling*" y trata para "*trafficking*".

El tráfico de inmigrantes es objeto de políticas migratorias y de inmigración clandestina, no así la trata de personas que es una violación de los derechos del hombre.

A manera de resumen, podemos afirmar, que el tráfico ilícito de personas puede contener elementos de la trata, pero con un alcance más amplio, que presupone la libre voluntad de los traficados y el consentimiento de los emigrantes va a resultar evidente, con la finalidad de cruzar las fronteras sin cumplir los trámites migratorios correspondientes, mientras que en la trata las víctimas o nunca lo han dado o si lo hicieron carece de valor jurídico por la presencia del engaño, el uso de la fuerza, la violencia u otras formas de coacción, que se ejerce sobre ellas con fines de explotación.

El tráfico de personas está directamente relacionada con la **criminalidad organizada**: Esta última, en un sentido amplio del término, debe entenderse como una actividad, ejecutada estructurada y planificada - de acuerdo con códigos internos de organización criminal por individuos que hacen de la actividad delictiva una forma de vida.

En un sentido estricto, desde una perspectiva funcionalista, la delincuencia organizada es la que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestido de las siguientes características: carácter estructurado, permanente, auto renovable, jerarquizado, destinado a lucrarse con bienes y servicios ilegales o realizar hechos antijurídicos con intenciones de influir en esferas de poder; empleo de la disciplina y la coacción en relación con sus miembros y toda clase de medios frente a terceros, con el propósito de alcanzar sus objetivos.²⁷

1.4.- Las migraciones latinoamericanas hacia la Unión Europea y España.

En los últimos años, como consecuencia de la crisis económica en la denominada zona Euro, el tema migratorio ha adquirido nuevos matices, fundamentalmente en los países más afectados, como Grecia, España, Irlanda, Portugal, Italia y Chipre, donde el flujo de emigrantes ha disminuido y se reportan incrementos de migraciones, en busca de trabajo, desde esos territorios, hacia países en desarrollo, como Argelia, Brasil, Argentina, México y otros.

Investigaciones recientes evidencian que en el primer lustro del siglo XXI el número de inmigrantes latinoamericanos era creciente, hasta alcanzar los 400 mil en 2006, pero luego la tendencia se revirtió y en 2009 solo entraron a los países de la Unión Europea 229 mil personas²⁸. Se trata de una disminución significativa de las migraciones desde varios países de América Latina, hacia Europa, lo que está relacionado con la crisis económica en Europa, con la situación favorable que reportan varios países Latinoamericanos²⁹ y también de las políticas de inclusión social y los profundos cambios que se están produciendo en importantes países de la región, en los que ya se aprecian los resultados de las políticas de integración regional y de las encaminadas a mejorar las

²⁷ De la Cruz, Ochoa Ramón de la. Crimen Organizado. Tráfico de Drogas y Lavado de Dinero. Organización Nacional de Bufetes Colectivos. p.32.

²⁸ Según el Informe sobre Rutas y dinámicas migratorias entre los países de América Latina y el Caribe, y entre América Latina y la Unión Europea, de la Organización Internacional de las Migraciones de abril de 2012, actualmente residen en Europa cuatro millones 290 mil latinoamericanos, fundamentalmente en el Reino Unido, Países Bajos, Italia, Francia y España, que a pesar de la crisis económica continúa siendo el principal destino. En el presente residen en América Latina un millón 250 mil europeos, 107 mil de los cuales abandonaron sus países en 2008 y 2009 para instalarse fundamentalmente en Brasil, Argentina, Venezuela y México. Las principales naciones del viejo continente emisoras de migrantes hacia Latinoamérica fueron España con 47 mil 700, Alemania 20 mil 900, Países Bajos 17 mil 100 e Italia 15 mil 701. Disponible en:

http://www.ba.unibo.it/NR/ronlyres/922B6554-A053-486F-81A8-FD20BD9DBD0B/257877/Rutas_MigratoriasCAP_1.pdf,

Consultado el 21 de mayo de 2013, a las 08.00

²⁹ Véase PÉREZ HERRERO, Pedro. (2012): "Las Conferencias Iberoamericanas. Una reflexión desde 2012". *Publicado por el Real Instituto Elcano*. Disponible en:

http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/america-latina/dt14-2012_perez-hierro_cumbres_iberamericanas_2012. Consultado el 21/5/2013 a las 11.00

"En 2012 la situación de América Latina, España, la UE y EEUU ha cambiado con respecto a 1991. Las sociedades latinoamericanas han evolucionado; sus economías están creciendo; los destinos de las exportaciones se han diversificado a los mercados asiáticos; y las formas democráticas se han consolidado. Brasil se ha convertido en la sexta potencia económica mundial; el PIB per cápita de Chile se acerca al de la UE; y Perú crece a ritmos elevados. Obviamente, siguen quedando retos importantes: hay que perfeccionar el funcionamiento de las instituciones, mejorar la distribución del ingreso, avanzar en la seguridad ciudadana, reducir la violencia y la corrupción, erradicar el narcotráfico, trabajar en la implementación de reformas fiscales y desarrollar las estructuras productivas para producir más y mejor en un mundo competitivo evitando caer de nuevo en un proceso de reprimarización".

condiciones de vida de sus habitantes y a reducir las desigualdades sociales, que, como conocemos, constituyen la causa principal de las migraciones ilegales.

España, que ha sido tradicionalmente el mayor receptor de migrantes latinoamericanos, según reporta el Instituto Nacional de Estadística (INE), por primera vez, en los últimos 42 años perdió población al cierre del año 2012, desde que se dispone de datos anuales, en 1971, con un decrecimiento de 113.902, como resultado de un saldo vegetativo positivo (nacimientos menos defunciones) de 48.488 personas y un saldo migratorio negativo de 162.390 personas³⁰ (314.358 inmigrantes procedentes de otros países menos 476.748 emigraciones con destino al extranjero, de ellos 59.724 españoles, el 12,5%).

La crisis económica ha tenido un efecto sustancial en la emigración de las Américas, en particular hacia España, con una reducción del 38% entre el período 2005 - 2007 y el 2008 - 2010. En cifras absolutas se produjo un descenso de alrededor de 860.000 a 550.000 para los periodos indicados³¹. Al valorar estas cifras no podemos olvidar que el 92% de los emigrantes de las Américas, se concentran en los Estados Unidos y España³².

Las oportunidades de trabajo son ahora mucho más escasas y la competencia entre los trabajadores nacidos en los países receptores y los inmigrantes es más intensa. Las afectaciones en el sector de la construcción, donde trabajan muchos inmigrantes han tenido su incidencia negativa en la inserción laboral de los trabajadores emigrantes³³.

Las políticas migratorias aplicadas en Europa, en los últimos años también han incidido indiscutiblemente en la disminución de las migraciones hacia los países de la Unión Europea³⁴ y en España.

En 2008 el tema migratorio fue abordado en reiteradas ocasiones durante la campaña electoral en España y formaron parte importante de los debates televisivos entre Zapatero y Rajoy, en los cuales el Presidente del Gobierno formuló las tres fuentes de su política de inmigración, la que quedó enunciada de la siguiente forma: “Nuestra política de inmigración tiene un principio: sólo pueden venir y quedarse los que puedan trabajar de acuerdo con la ley... Y eso hay que hacerlo en tres frentes. Primero, que no salgan de sus países de origen, personas empujadas por la desesperación. Segundo, que el control de fronteras impida la entrada de inmigrantes que no tengan contrato de trabajo garantizado. Y Tercero, que se pueda devolver a los países de origen a las personas que entren ilegalmente aquí”³⁵.

Numerosos autores y organizaciones defensoras de los Derechos Humanos, han abordado críticamente esta política migratoria, entre ellos Rafael LARA, quien la resumió con las siguientes palabras: “Que no salgan, si salen que no lleguen, si llegan que sean inmediatamente detenidos y

³⁰ Instituto Nacional de Estadística 2013, *op. cit.* pp. 1 y ss. Este saldo migratorio negativo se ha mantenido en los últimos tres años, con - 42.675 en 2010 y - 37.699 en 2011. En el 2000 España contaba con 40 millones de habitantes, mientras que en la siguiente década, caracterizada por el incremento de la inmigración y el crecimiento económico, llegó hasta los 46,1 millones. A 1 de enero de 2013 se reportan 46.704.314 habitantes en España. La inmigración de los españoles desde el exterior en 2012 procedía principalmente de Cuba, Venezuela, Francia y Reino Unido; con un incremento de los procedentes del Ecuador (37,1%) y un descenso de los provenientes de Cuba (- 31,9%). España mantuvo un saldo migratorio positivo en 2012 con Cuba, República Dominicana, Reino Unido y Venezuela, mientras que los mayores saldos negativos fueron con Rumania, Ecuador, Marruecos y Bolivia.

³¹ Migración Internacional en las Américas. (2012): Segundo Informe del Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas (SICREMI 2012). Disponible en: http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/estadisticas/G48952_WB_SICREMI_2012_SPANISH_REPORT_LR.pdf_consultado_el_14/8/2013, a las 18.00, p. 10.00.

³² Ídem, p. 28.

³³ Ídem, p. 28.

³⁴ Véase la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimiento comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentran ilegalmente en su territorio. En el ámbito español se le conoce como la Directiva de la vergüenza.

³⁵ LARIO BASTIDA, Manuel. (2008): “Crónica crítica al debate sobre políticas migratorias en España 2008”. *Discurso & Sociedad*. Grupo de Estudios Críticos sobre la comunicación (ECCO), España, p.781 Disponible en:

<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/138050/188695>

Consultado el 21/8/2013, a las 23.00 El debate televisivo se produjo el 3 e marzo de 2008.

repatriados³⁶, que hoy clasifican entre las más citadas por los estudiosos de los temas migratorios en España y América³⁷.

En noviembre de 2008 el Gobierno español puso en marcha un programa de retorno asistido para extranjeros desempleados, con un discurso oficial que insinuaba que esta medida iba a resultar clave para atajar la crisis económica, revertir los flujos migratorios y lograr la estabilidad social. “En los primeros quince meses de funcionamiento del programa solo se habían acogido al mismo 8.500 personas, de las que más de 5.000 eran de nacionalidad ecuatoriana, lo cual es, obviamente una cifra irrisoria comparado con los cerca de cinco millones de extranjeros que residen en España”³⁸.

“Una vez más se había identificado inmigración con crisis, sembrando la sospecha de que los inmigrantes eran responsables del desempleo, sugiriendo que la solución pasaba por el regreso a sus países de origen, sembrando el germen de la posible conflictividad social, reforzando una mirada utilitarista de las personas migrantes y distrayendo la atención de otras cuestiones más importantes. Un discurso irresponsable, que ni resuelve el problema del desempleo, ni ayuda a cohesionar la sociedad de un modo que afronte los problemas comunes con más fuerza³⁹”.

2.- UNA BREVE MIRADA AL DERECHO POSITIVO DE TRES PAÍSES IBEROAMERICANOS

2.1.- España.

En la legislación española a partir de la vigencia de la Ley Orgánica No.4 de 11 de enero del año 2000, con la introducción del Título XV bis, denominado “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” se tipificó como delito el tráfico ilegal de personas⁴⁰, que incriminaba como conducta integradora del tipo básico a los que lo promuevan, favorezcan o faciliten, con lo que incluyeron en un solo apartado del artículo 318 bis del Código penal, las tres posibles modalidades de esta tipicidad delictiva: es decir, la salida, la entrada con destino al país y en tránsito hacia un tercer país⁴¹.

Con anterioridad, el Código Penal Español, en su artículo 313, en el título correspondiente a los delitos contra los derechos de los trabajadores, había tipificado como delitos tanto la inmigración como la emigración ilegal de trabajadores.

La Ley Orgánica No. 11/2003, de 29 de septiembre⁴² incorpora al artículo 318 bis del Código Penal Español elementos de dos importantes iniciativas del Consejo de la Unión europea, la Decisión

³⁶ LARA, Rafael. (2008): “¿Regulación de flujos”? 20 años de muerte en las fronteras”. *Asociación Pro Derechos Humanos en la Frontera Sur*. Disponible en:

www.publicacoescademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/.../1433

Consultado el 21/8/2013, a las 22.00.

³⁷ Véase, entre otros, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. (2009): “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta donde estamos dispuestos a llegar?”. *Revista para el Análisis del Derecho. InDret*. Barcelona, FUENTES RODRÍGUEZ, Catalina. (2010): “El debate entre Zapatero y Rajoy: Estudio Argumentativo”. *Revista de Estudios Filosóficos*. No. XX, Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA). *Derechos Humanos en la Frontera Sur*. (2010) y el *Servicio Jesuita de Migrantes (SJM)*, en *Superar Fronteras* (2011).

³⁸ *Superar Fronteras*. (2011): “Crisis Económica, Inmigración y miedo”. *Servicio Jesuita de Migrantes (SJM). España - Abril*, p. 12. Disponible en: www.alboan.org/docs/articulos/Superarfronteras.pdf
Consultado en 14/8/2013, a las 15.00.

³⁹ *Superar Fronteras. op. cit*, p.12.

⁴⁰ Con anterioridad, con la introducción del artículo 499 bis por la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, que incluyó un nuevo capítulo en el Código Penal, de los “delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo”, se tipificó como delito, por primera vez, en España, una conducta de tráfico ilícito de personas, al castigar “al que trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra o intervenga en migraciones fraudulentas”. Posteriormente en el Código Penal de 1995, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE No. 281 de 24 de noviembre) se incluyó en el Título dedicado a los derechos contra los trabajadores, en el artículo 312 la figura del “tráfico ilegal de mano de obra” y en el artículo 313, “la promoción o el favorecimiento de la inmigración clandestina en España”.

⁴¹ El legislador español tanto en la reforma de once de enero de 2000, como en las sucesivas transformaciones de que ha sido objeto el referido artículo 318 bis, ha dejado para una figura agravada del apartado dos el requisito del ánimo de lucro, conjuntamente con el empleo de violencia o intimidación, engaño o abuso de una situación de especial vulnerabilidad de la víctima; entre otras circunstancias de agravación que se han ido incorporando en sucesivas modificaciones; mientras que en el apartado cinco se agrava la sanción cuando se trate de casos de delincuencia organizada.

⁴² Boletín Oficial del Estado No. 234 de 30 de septiembre de 2003. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

marco de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI) y la Decisión marco de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares (2002/946/JAI).

En relación con el tipo básico del apartado uno del artículo 318 bis, a la conducta típica de promover, facilitar o favorecer el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España, se le añade el hecho de que la promoción, facilitación o favorecimiento al tráfico o a la inmigración clandestina⁴³ puede ser tanto directa como indirecta. Además se incrementa sustancialmente la pena de prisión, que pasa a ser de cuatro a ocho años⁴⁴.

En el apartado segundo se incluye como figura agravada, castigada con una pena de cinco a diez años de prisión, cuando el propósito del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas⁴⁵, con lo que se produce una mezcla de del tráfico con la trata de personas, que por otra parte deja fuera de la trata los elementos de tipicidad relacionados con la explotación laboral y el tráfico de órganos, lo que pudiera considerarse como una afiliación del legislador español de 2003, a la consideración de que el tráfico es una denominación genérica que comprende tanto la trata de personas⁴⁶ (con fines de explotación), como el contrabando de inmigrantes (traspaso ilegal de fronteras con la anuencia del transportado), que también se corresponde con las tendencias de las normas de la Unión Europea de identificar de concepto de tráfico con el de trata, lo que ha tenido muy poca aceptación en la doctrina, debido a que no obstante las semejanzas existentes entre ambas figuras delictivas, las diferencias también resultan significativas.

Corresponde a la Ley Orgánica 11/2003, el mérito de resolver los problemas de concurso, que se presentaban con frecuencia y que obligaban a los tribunales a acudir al principio de especialidad, al unificar, las tres conductas de tráfico de personas que existían hasta ese momento, en el Código Penal Español⁴⁷, que eran el tráfico de personas general del artículo 318 bis, el tráfico de trabajadores del apartado uno del artículo 313 y el tráfico sexual del artículo 188.2.

En 2007 por medio de la Ley Orgánica No. 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas⁴⁸, se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con el objetivo de declarar competente a la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros, fuera del territorio nacional, en varios delitos relacionados fundamentalmente con el ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, del año 2000⁴⁹, de la que España es Estado Parte desde febrero de 2002, entre las que se encuentran el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, cuya modalidad básica fue nuevamente modificada, en el sentido de precisar que el destino del tráfico o la inmigración clandestina, ya no será solo con destino a España, sino también puede ocurrir hacia también a otro país de la Unión Europea⁵⁰.

⁴³ Resulta muy discutible el hecho de que la conducta típica, fuera sustancialmente ampliada con la introducción de la inmigración clandestina, que va más allá de lo que podemos definir racionalmente como tráfico de personas.

⁴⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, "Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal", *Revista para el Análisis del Derecho*, No.1, Universitat Pompeu Fabra, 2004. En: <http://www.indret.com/pdf/869.pdf> p.198.

⁴⁵ Boletín Oficial del Estado No. 234 de 30 de septiembre de 2003. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. Artículo trece, modificativo del 318 bis del Código Penal Español.

⁴⁶ Véase a HAIRABEDIAN, Maximiliano, *Tráfico de personas. La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional* Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2009. pág. 13.

⁴⁷ LÓPEZ CERVILLA, José María, *Tráfico ilícito de personas. La reforma del artículo 318 bis del Código Penal*. Boletín No. 177. 2003. p. 5. Disponible en:

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344080446?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1> Consultado el 12/8/2013, a las 11.00.

⁴⁸ Boletín Oficial del Estado No. 278 de 20 de noviembre de 2003. Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.

⁴⁹ Ratificada por el Estado Español mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 29 de septiembre de 2003.

⁵⁰ El artículo segundo, apartado 2, de la Ley Orgánica 13/2007 modifica el apartado uno del artículo 318 bis del Código Penal Español en el sentido indicado.

Finalmente por la reforma operada por la Ley Orgánica No. 5/2010, de 22 de junio⁵¹, se suprime el contenido del apartado 2 del artículo 318 bis y los antiguos apartados 2,4,5 y 6, son reenumerados como 2,3,4 y 5, manteniendo sin nuevas modificaciones a la figura básica del delito prevista en el apartado uno⁵², concentrando de esta forma en un solo precepto, las conductas relativas al tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas y ha tipificado de modo específico y separado en el Título VII bis, de nueva incorporación al Código Penal, la trata de seres humanos⁵³.

En el Preámbulo de la referida Ley Orgánica 5/2010, se afirma al respecto: “El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos”⁵⁴.

Por otra parte, con la ubicación de ambas figuras delictivas en títulos diferentes del Código Penal Español, se resuelven también los problemas creados por la reforma del 2003, tales como la no inclusión entre los elementos de tipicidad de la trata de personas, de los casos en que los fines estuvieran relacionados con las diferentes formas de explotación laboral, la esclavitud o prácticas similares y con la extracción de los órganos corporales a las víctimas de la trata y también el problema de que al estar tipificada en un Título del Código Penal, cuyo objeto de protección son los derechos de los extranjeros⁵⁵ no era de aplicación cuando la víctima era un nacional, sin tener en cuenta el hecho de que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada. En cambio, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios⁵⁶.

Otro elemento significativo de la referida reforma penal del 2010, en relación con el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas, resultó la incorporación al apartado cuarto del artículo 318 bis, de un párrafo relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fijando la cuantía de la pena para los casos en que sea responsable de los delitos previstos en el Título XV bis del Código Penal Español⁵⁷.

Una asignatura pendiente en la legislación española sobre el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, continúa siendo la ausencia del requisito del ánimo de lucro, entre los elementos de la modalidad básica del apartado a del artículo 318 bis, exigible solo como modalidad agravada en el apartado segundo de dicho artículo, ya que con independencia de las dificultades que puedan existir en el ámbito probatorio, coincidimos con MAYORDOMO RODRIGO, en que “... parece especialmente difícil de imaginar un supuesto en el que el sujeto activo carezca – tal y como lo exige

⁵¹ Boletín Oficial del Estado No. 152 de 23 de junio de 2010. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵² La Ley Orgánica No. 13/2007, de 19 de noviembre, regula la figura básica del delito de tráfico ilegal o de inmigración clandestina de personas, en el apartado dos del artículo segundo, de la forma siguiente: **Artículo 318 bis:** 1.- El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con pena de cuatro a ocho años de prisión.

⁵³ La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, incorpora el Título VII bis: “De la trata de seres humanos”, cuya figura básica ha quedado redactada de la forma siguiente: **Artículo 177 bis:** 1.- Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluida la pornografía.
- c) La extracción de sus órganos corporales.

⁵⁴ Boletín Oficial del Estado No. 152 de 23 de junio de 2010. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, pág. 54816.

⁵⁵ El Título XV bis.

⁵⁶ Véase el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, pág. 54816, en el Boletín Oficial del Estado No. 152 de 23 de junio de 2010.

⁵⁷ Véase los artículos 31 y 33.7 del Código Penal Español, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, tal y como quedo modificado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

el tipo básico – de ánimo de lucro”⁵⁸, a lo que debemos añadir la contradicción existente con lo regulado en el artículo 54.1.b) de la Ley de Extranjería⁵⁹, que considera ilícito administrativo la ayuda a la inmigración clandestina siempre que exista ánimo de lucro, de manera que para la norma penal no es requisito, mientras que para la administrativa sí lo es.

A lo anterior se une el hecho de que en la definición del “tráfico ilícito de migrantes” del artículo tres del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, se precisa que la referida conducta tenga como fin: “obtener, directa o indirectamente un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.

Otro elemento a considerar es el hecho de que el verbo facilitar incluido en el tipo básico, del apartado 1) del artículo 318 bis, sin el requisito del ánimo de lucro, es muy cuestionable, pues hasta una simple ayuda a entrar irregularmente en España o a emigrar irregularmente desde ese país, o a transitar por él con ese fin, tipifica el delito, lo que ha llevado a algunos autores, como TERRADILLO BASOCO Y MARTÍNEZ ESCAMILLA a afirmar con razón, que se trata de un “delito de solidaridad”⁶⁰. Al respecto la Catedrática de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid, destaca que lo que se castiga con prisión de 4 a 8 años no es la lesión o puesta en peligro de los derechos de los inmigrantes, como reza el Título XV bis del Código Penal español, sino la ayuda, la facilitación de la inmigración irregular en sí misma considerada y señala por ejemplo, la Sentencia de 9 de diciembre de 2003, donde la Audiencia Provincial de Cádiz condenó a tres años de prisión a un policía local por intentar introducir en la península al hermano de su novia⁶¹.

2.2.- El Salvador.

El Código Penal de el Salvador de 1998, en su artículo 367, tipificó como delito el comercio de personas, en el título XIX, dedicado a los delitos contra la humanidad, lo que evidencia la importancia que el legislador salvadoreño, le ha dado a la necesidad de penalizar estas conductas.

A finales del 2001, mediante el el Decreto Legislativo N° 568, del 4 de octubre del 2001 el Salvador incorporó en su Código Penal el delito de Tráfico ilegal de personas⁶², sancionado con penas de prisión de 4 a 8 años a “la persona que por sí o por medio de otra u otras, en contravención a la ley, intentare introducir o introduzca extranjeros al territorio nacional, los albergue transporte o guíe, con el propósito de evadir los controles migratorios del país u otros países”⁶³...y en el año 2004

⁵⁸MAYORDOMO RODRIGO, Virginia, “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”. Revista Estudios Penales y Criminológicos. Universidad de Santiago de Compostela. Volumen XXXI. 2001. Disponible en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/143/77> Consultado el 6/8/2013, a las 11.00

⁵⁹ El artículo 54.1.b) de la Ley de Extranjería considera como una infracción administrativa muy grave: “Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito”. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE No.10 de 12 de enero de 2000, modificada por la Ley Orgánica 2/2009. BOE No. 299, de 12 de diciembre de 2009. <http://aquicabemostodxscentmadrid.wordpress.com/2012/01/07/ley-extranjeria-vigente> Consultada el 6/8/2013, a las 11.30

⁶⁰ TERRADILLO BASOCO, Juan, en Conferencia impartida el 12 de julio de 2013, en la Sesión de clausura de la novena edición de la “Escuela de Verano de La Habana sobre Temas Penales Contemporáneos”. Notas personales del autor.

⁶¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *op cit.* p. 9. Al destacar, el hecho de que en España, afortunadamente la ayuda desinteresada a la permanencia en el país no constituye delito, precisa “... que comete un ilícito penal quien de alguna manera favorece que alguien emigre irregularmente a nuestro país, pero no quien de alguna manera hace posible la permanencia sin autorización en España, por ejemplo aportando alojamiento o manutención”. Más adelante destaca que en Italia el 14 de mayo de 2009 el Congreso aprobó una Ley, que convierte la entrada y permanencia ilegal en un delito, castiga con penas de hasta tres años a quien alquile una vivienda a un inmigrante irregular y obliga a los funcionarios públicos a denunciar a los inmigrantes sin papeles con la única excepción de los médicos y los maestros.

⁶² El artículo 367A fue incorporado por el Decreto Legislativo N° 568, del 4 de octubre del 2001, publicado en el Diario Oficial N° 193, Tomo 353, del 12 de octubre del 2001.

⁶³ *Ídem.* En los párrafos siguientes del propio artículo 367ª penaliza también las conductas siguientes:

Con igual pena, será sancionada la persona que albergue, transporte o guíe a nacionales con el propósito de evadir los controles migratorios del país o de otros países. En igual sanción incurrirán las personas que con documentación falsa o fraudulenta tratasen de hacer o hicieren salir del país a salvadoreños o ciudadanos de cualquier otra nacionalidad; o los que utilizaren documentación auténtica, cuyo titular es otra persona.

Si como consecuencia de la comisión de este delito los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieren por causas violentas, o de naturaleza culposa, la pena se incrementará en las dos terceras partes.

la trata de personas⁶⁴. Nos llama la atención, en sentido positivo, la amplitud de elementos de tipicidad con que se tipificó esta modalidad del tráfico de personas, que incluye la explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, en prácticas análogas a la esclavitud, la extracción de órganos, las adopciones fraudulentas y los matrimonios forzados.

2.3.- Guatemala.

Guatemala es también de los países Latinoamericanos que contiene en su Código Penal de 1973, regulaciones sobre el tráfico de migrantes, relacionadas solamente con una de sus manifestaciones más crueles e inhumanas, la trata de personas⁶⁵, mientras que los delitos relacionados con el tráfico de personas se regulan por la Ley de Migración⁶⁶ de 1998.

En correspondencia con las obligaciones contraídas con la comunidad internacional, en su condición de Estado parte⁶⁷ de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional desde el año 2006, Guatemala cuenta con una Ley contra la Delincuencia Organizada⁶⁸, que en su segundo considerando destaca la necesidad de crear un instrumento legal para perseguir, procesar y erradicar al delincuencia organizada y en el tercero ratifica el compromiso del Estado guatemalteco de adoptar medidas legislativas para combatir la delincuencia organizada, estableciendo métodos especiales de investigación.

En relación con el tráfico de personas considera como grupo organizado u organización criminal, a cualquier grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y

⁶⁴ El delito de trata de personas, como quedo regulado en el artículo 367B, fue incorporado al Código Penal de El Salvador por el Decreto Legislativo N° 457 del 7 de octubre del 2004. Reformas al Código Penal, en el Título XIX, Delitos Contra la Humanidad, Capítulo Único, el que quedo redactado de la forma siguiente:

“Art. 367-B.- El que por sí o como miembro de una organización nacional o internacional con el propósito de obtener un beneficio económico reclute, transporte, traslade, acoja o recepte personas, dentro o fuera del territorio nacional, para ejecutar cualquier actividad de explotación sexual, mantenerlas en trabajos o servicios forzados, en prácticas análogas a la esclavitud, o para extracción de órganos, adopciones fraudulentas o celebración de matrimonios forzados, será sancionado con pena de cuatro a ocho años de prisión.

Todo aquel que facilitare, promoviere o favoreciere cualquiera de las actividades anteriores será sancionado con pena de tres a seis años de prisión.

Cuando las acciones descritas se realizaren en locales comerciales o de cualquier naturaleza que requiera permiso de autoridad competente, ésta deberá revocarlo procediendo al cierre inmediato del mismo”.

⁶⁵ Código Penal de Guatemala. Decreto No. 17-73 de 5 de julio de 1973. Códigos Penales de los países de América Latina. Publicación electrónica ya citada.

⁶⁶ La Ley de Migración de Guatemala fue promulgada el 26 de noviembre de 1998 por el Decreto Número 95-98. En el Título X: De los delitos y las faltas. Capítulo I, tipifica los delitos siguientes:

Artículo 103. Comete el delito de ingreso ilegal de personas, quien promueva o facilite el ingreso al país de una o más personas extranjeras sin cumplir con los requisitos legales de ingreso y permanencia en el país. El responsable de este delito será sancionado con prisión de 5 a 8 años incommutables.

Artículo 104. Comete el delito de tránsito ilegal de personas: quien promueva o facilite el ingreso y tránsito de una o más personas sin cumplir con los requisitos legales de ingreso y permanencia en el país, con el fin de trasladarlas con destino a otro país. El responsable de este delito será sancionado con prisión de 5 a 8 años incommutables.

Artículo 105. Comete el delito de transporte de ilegales, la persona que conduzca o ponga a disposición, cualquier medio de transporte con el fin de transportar a personas extranjeras que hayan ingresado o permanezcan en forma ilegal dentro del territorio guatemalteco. El responsable de este delito será sancionado con prisión de 3 a 6 años.

Artículo 106. Comete el delito de ocultación de ilegales, la persona que permita la ocultación de personas extranjeras que hayan ingresado o permanezcan dentro del territorio guatemalteco, sin cumplir con los requisitos legales, en cualquier bien mueble o inmueble, con el fin de ocultarlo en su tránsito a otro país o para facilitarle su permanencia en el mismo. El responsable de este delito será sancionado con prisión de tres a seis años.

Artículo 107. Comete el delito de contratación de ilegales, la persona individual o jurídica que contrate los servicios de extranjeros que permanezcan en el país sin cumplir con los requisitos legales por no contar con la documentación requerida por la Dirección General de Migración para su permanencia en el país. El responsable de este delito será sancionado con prisión de dos a cinco años.

Artículo 108. Cuando las conductas descritas en los artículos anteriores comprendidos en este título, se realicen respecto de menores de edad, en condiciones o por medios que pongan en peligro la salud, la integridad o la vida de las personas, o bien cuando sean cometidas por funcionario o empleado público, la pena será aumentada en una tercera parte.

⁶⁷ El Estado de Guatemala, suscribió la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el 12 de diciembre de 2000 y la aprobó mediante el Decreto Número 36 de 2003.

⁶⁸ Decreto Número 21 – 2006. Ley contra la delincuencia organizada y su reforma. Decreto No. 17 de 2009. Impreso por Librería Jurídica. 2009. En el Capítulo Primero, Artículo 1, sobre el objeto y naturaleza de la Ley, precisa que: “La presente Ley tiene por objeto establecer las conductas delictivas atribuibles a los integrantes y/o participantes de las organizaciones criminales, el establecimiento y regulación de los métodos especiales de investigación y persecución penal así como todas aquellas medidas con el fin de prevenir, combatir, desarticular y erradicar la delincuencia organizada de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales suscritos y ratificados por Guatemala, y leyes ordinarias”.

actúe concertadamente con el propósito de cometer diferentes delitos, entre los que se encuentran los delitos contenidos en la Ley de Migración⁶⁹ el ingreso ilegal de personas, tránsito ilegal de personas y transporte de ilegales.

3.- EL FENÓMENO MIGRATORIO EN CUBA UN ANÁLISIS IMPOSIBLE DE ELUDIR

3.1.- Los primeros años. Camarioca y el puente aéreo

En las condiciones de Cuba la migración ilegal, fundamentalmente hacia los Estados Unidos, a partir de 1959, ha estado vinculada a la beligerancia de su gobierno frente a la revolución cubana⁷⁰, el que, ha desarrollado una política de estímulo y asistencia a la emigración ilegal desde Cuba, que es el reflejo de una manipulación política, estrechamente vinculada a los mezquinos intereses de las organizaciones contrarrevolucionarias radicadas en el sur de la Florida y sin importarles sus nefastas consecuencias para cientos de cubanos que han perdido la vida en el estrecho de la Florida.

A lo largo de más de cuarenta años, se han firmado diversos acuerdos entre ambos gobiernos para tratar de normalizar el tráfico migratorio entre los dos países, pero los intereses de la ultraderecha conservadora y fundamentalista de ese país, en estrecha alianza con los grupos terroristas y anexionistas de origen cubano radicados en los Estados Unidos, han provocado reiteradas suspensiones e interrupciones, que se han convertido en nuevos estímulos a las salidas ilegales.

A finales de 1962, el Gobierno de los Estados Unidos suspendió los vuelos normales y las salidas legales hacia ese país, lo que de inmediato se convirtió en un estímulo a la emigración ilegal. El primer acuerdo entre ambos gobiernos para organizar el flujo migratorio, denominado *Memorandum* de entendimiento se firmó en el año 1965, como consecuencia de la decisión de nuestro gobierno de habilitar el puerto de Camarioca, al norte de la provincia de Matanzas, para que los emigrados pudieran recoger a sus familiares en la Isla, emigrando por esta vía, entre octubre y noviembre de 1965 cerca de 2700 personas. Este documento se firmó como “*Memorandum* de Acuerdo entre el Ministerio de Relaciones Exteriores del Gobierno de Cuba y la Embajada de Suiza en La Habana, como representante de los intereses del Gobierno de Estados Unidos respecto al traslado a Estados Unidos de Cubanos que deseen vivir en Estados Unidos”, el que propició un puente aéreo por el que emigraron más de 268 000 personas, hasta el año 1973, cuando el presidente Nixon decidió suspender el puente aéreo y los acuerdos que le dieron origen⁷¹.

“Un año después del inicio del puente aéreo a partir del *Memorandum*, se firma en Estados Unidos la Ley de Ajuste Cubano que reafirma el tratamiento particular para la emigración cubana, al concederle asilo político de forma casi automática, eximiéndole de las cuotas por países que establecía la Ley Inmigratoria de ese país desde 1965 y la posibilidad de ajustar es estatus migratorio al año y un día de permanecer en territorio estadounidense optando por la residencia sin tener que salir de Estados Unidos, tal y como lo establece la Ley Inmigratoria para el resto de los inmigrantes”⁷².

⁶⁹ El artículo 2, apartado b, incluye expresamente, entre los delitos incluidos en la Ley el ingreso ilegal de personas, el tránsito ilegal de personas y el transporte de ilegales.

⁷⁰ Al respecto véase la intervención del Ministro de Relaciones Exteriores, en la apertura de la “III Conferencia la Nación y la Emigración”, el 21 de mayo del año 2004, en la que al referirse a los que pretenden presentar la permanente agresión del Gobierno de los Estados Unidos contra Cuba – en alianza con la elite corrupta, ambiciosa y antipatriótica de cubanos residentes en aquel país – como “un problema entre cubanos”, precisó que el problema real, es la decisión del Gobierno del Presidente Bush – heredero de una apetencia imperial por Cuba que data de dos siglos – de negarnos el derecho, reconocido en la Carta de Naciones Unidas, a ser un país independiente y a escoger, sin injerencia externas, nuestro modelo económico, político y social, nuestras leyes y nuestras instituciones.

⁷¹ Véase AJA Antonio y RODRÍGUEZ Miriam, “Ley de Ajuste Cubano. Antecedentes y Particularidades”, *Folleto La Ley Helms- Burton*, publicado por la Unión Nacional de Juristas de Cuba, N° Enero del 2003, pág.61-68. Tomado del sitio www.cubaminrex.cu

⁷² *Ídem*, pág. 64. Los autores incluyen una cita del Presidente de los Consejos de Estado y de Ministros de nuestro país, el Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz, en su discurso del 3 de agosto de 1999, en el acto por la celebración del 26 de julio en la provincia de Matanzas, en la que refiriéndose a esta Ley afirma que: “en su afán de desestabilizar y destruir la Revolución cubana, de cierta forma, esta ley, muy general y confusa, con algunas actualizaciones posteriores, fue lo que sirvió de base al derecho automático a la residencia permanente, después de un año de ingresar en territorio de Estados Unidos, a cuanto

3.2. - La crisis de los ochenta. El Mariel y los acuerdos migratorios de 1984.

En diciembre de 1984, como resultado de la crisis migratoria generada en 1980, se firman acuerdos migratorios, en una etapa en la que la composición y el grado de relación con familiares residentes en los Estados Unidos de la migración cubana habían cambiado radicalmente⁷³. Durante los años 1986 y 1987, el acuerdo quedó suspendido por decisión de nuestro gobierno, en respuesta a la creación por parte de la administración Reagan de la mal llamada radio Martí. En 1988, se puso en vigor nuevamente y hasta el año 1994, el grado de cumplimiento por parte del gobierno de los Estados Unidos fue muy inferior a lo pactado, siguiendo la política provocadora de siempre, de reducir la inmigración legal y ordenada y continuar estimulando la ilegal.

3.3. - La crisis de los balseros y los acuerdos migratorios de 1992.

Entre 1991 y julio de 1994, cuando se desató la denominada crisis de los balseros, Estados Unidos recibió 13 275 inmigrantes ilegales cubanos, mientras sólo aceptaba 3794 solicitudes de entrada legal. El incumplimiento reiterado de las visas prometidas, la Ley de Ajuste Cubano, la grave crisis económica que afectó a nuestro país, provocada por la caída del socialismo en Europa del Este y la desaparición de la URSS, el endurecimiento del bloqueo y la propaganda subversiva procedente de Estados Unidos, estimulando la indisciplina social y las salidas ilegales, junto a la falta de medidas eficaces por parte del gobierno de los Estados Unidos, para evitar la emigración ilegal y eliminar el contrabando de personas, fueron la causa fundamental de esta grave crisis migratoria.

El 9 de septiembre de 1994, se firmaron nuevos acuerdos migratorios⁷⁴, los que a diferencia de los anteriores estuvieron orientados a controlar la emigración ilegal entre los dos países y a la vez, se llegó a un entendimiento para normalizar la migración legal, por lo que a partir de ese momento, los emigrantes ilegales que se capturan en el mar son devueltos a Cuba. Estos acuerdos incluyeron también la suspensión de la práctica de otorgar asilo automático a quienes lograrán arribar por esa vía a territorio norteamericano. Ambos gobiernos acordaron además el regreso a Cuba de los inmigrantes que se encontraban en la Base Naval de Guantánamo y que no cumplían los requisitos para ser admitidos en Estados Unidos.

3.4. - La vigencia de la Ley de Ajuste Cubano.

A pesar de estar incluido en los acuerdos migratorios firmados entre Cuba y los Estados Unidos en 1994, el Gobierno de este país, movido por presiones y factores de carácter político interno, ha mantenido la vigencia de la Ley de Ajuste Cubano, estimulando de esta forma las salidas ilegales, al recibir sin exigencias ni requisito alguno a aquellos que pisan tierra en sus costas, o arriban por vía aérea con documentos falsos, De esta forma personas con antecedentes penales de todo tipo, que jamás

ciudadano saliera ilegalmente de Cuba tan pronto pisara tierra norteamericana, algo que no se concedió jamás a ningún otro país del mundo. De haberlo hecho así con el resto de América Latina y el Caribe, hoy habrían muchos más ciudadanos latinoamericanos y caribeños en Estados Unidos que los nacidos en ese país”.

⁷³ El 12 de diciembre de 1984, luego de la crisis que se gestó a inicios de los años ochenta, cuando 125 mil personas salieron a través del puerto del Mariel, se firmó el Acuerdo de Normalización de las Relaciones Migratorias entre ambos países, que contempló un Comunicado Conjunto y un Acta de Ejecución, mediante los que Cuba aceptó la devolución de 2746 “excluíbles” que vivían en Estados Unidos y éste se comprometió a permitir la entrada anual de hasta 20 000 ciudadanos cubanos que quisieran emigrar legalmente a ese país. La poca seriedad con que el Gobierno de los Estados Unidos acogió este acuerdo se evidencia en el hecho de que de las 160 mil visas que debieron ser concedidas en sus 8 años de vigencia, sólo fueron otorgadas 11 222, es decir, el 7 por ciento, mientras continuaron alentando la emigración ilegal.

⁷⁴ Este Acuerdo Migratorio de 9 de septiembre de 1994, se complementó, posteriormente con las medidas adoptadas como parte de su instrumentación con la Declaración Conjunta de 2 de mayo de 1995, con lo cual quedaron establecidas las condiciones propicias para contribuir a que la emigración entre los dos países se realizara de forma segura, legal y ordenada. En virtud de estos compromisos contraídos por ambas partes, se reconoció el interés común de impedir las salidas riesgosas desde Cuba que ponen en peligro las vidas humanas: los Estados Unidos, descontinuarían su práctica de otorgar la admisión provisional a todos los emigrantes cubanos que lleguen a su territorio por vías irregulares y Cuba tomaría medidas efectivas, en todo lo que esté a su alcance, para impedir las salidas inseguras, usando fundamentalmente métodos persuasivos. Con relación al tráfico de inmigrantes se comprometieron a cooperar para tomar acciones oportunas y efectivas para impedir el transporte ilícito de personas a los Estados Unidos, así como a adoptar medidas efectivas, en todo lo que esté a su alcance, para oponerse e impedir el uso de la violencia por parte de cualquier individuo que intente llegar o llegue a ese país desde Cuba mediante el desvío forzoso de aeronaves o embarcaciones. La realidad es que hasta el presente los Estados Unidos han continuado estimulando la emigración ilegal desde Cuba, las medidas adoptadas contra los traficantes de personas han sido prácticamente nulas, nada ha hecho contra los secuestradores de naves o aeronaves y sólo ha cumplido con el compromiso de expedir cada año 20 mil visas, mediante procedimientos que no han estado exentos de diversas manipulaciones.

reciben visa cuando la solicitan, adquieren el derecho a trabajar de inmediato y a la residencia en territorio norteamericano, desde hace ya más de cuarenta y cinco años.

La Ley de Ajuste Cubano, de 2 de noviembre de 1966, que ha mantenido su vigencia, como una vía de estimular las salidas ilegales, en violación de los acuerdos migratorios vigentes entre ambos países, es la causante directa de elevadas pérdidas de vidas humanas, que pudieran evitarse si el gobierno de los Estados Unidos, se decidiera a mantener una política seria y responsable en el tratamiento a las relaciones migratorias con Cuba, y le diera cumplimiento efectivo a los acuerdos suscriptos entre ambos países⁷⁵.

En época reciente las operaciones ilegales de tráfico de personas desde el territorio estadounidense se han incrementado y han ido ganando en complejidad, con la utilización de lanchas rápidas de matrícula norteamericana. Ya no se trata de actividades aisladas de personas que venían a buscar familiares ante la falta de respuesta a las solicitudes de visas, sino de una actividad delictiva organizada, que le reporta importantes ganancias a los que la practican, que ha llevado a nuestro país a adoptar medidas de índole legislativo, con la penalización a partir de marzo de 1999 del tráfico de personas⁷⁶ y la captura de más de un centenar de traficantes residentes en Estados Unidos⁷⁷.

Esta situación justifica la penalización de estas conductas por el legislador del 99, que posteriormente fueron recogidas en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire, complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

3.5.- La reforma migratoria de 2012.

En el mes de octubre de 2012 el Gobierno cubano dio otra muestra de buena voluntad en la política migratoria al realizarle importantes modificaciones a la “Ley de Migración”⁷⁸, con lo que se ha actualizado la política migratoria de Cuba, que a lo largo de todos estos años de Revolución, se ha basado en el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a viajar, a emigrar o residir en el extranjero y en la voluntad de favorecer las relaciones entre la Nación y su emigración.

Al mismo tiempo se ha fundamentado en el legítimo derecho a defendernos frente a la agresividad de Washington. Las disposiciones para regular los flujos migratorios del país, fueron adoptadas en medio de circunstancias impuestas por las agresiones que en esta esfera se han implementado por las diferentes administraciones norteamericanas, con el estímulo de sus aliados en Miami⁷⁹.

⁷⁵ AJA Antonio y RODRÍGUEZ Miriam, *op. cit.* pág. 66, donde se señala que “la aplicación de los Acuerdos ha detenido de manera significativa las posibles avalanchas de este fenómeno, pero no puede cerrar definitivamente esa puerta en tanto el emigrante cubano que consigue arribar a territorio norteamericano por vía marítima, burlando al servicio de Guarda Costas, tiene ante sí excelentes opciones para no ser enviado de vuelta a Cuba... No importa que estos hechos pongan en peligro la vida de seres inocentes, en especial de niños que dirigidos por sus padres se someten a riesgos incalculables, la campaña propagandística es permanente y es orientada intencionalmente”.

⁷⁶ Código Penal, Ley No. 62 de 1987, actualizado, *Colección Jurídica*. Ministerio de Justicia. La Habana 1999, tal y como quedo modificado con la inclusión del Título XV: Delitos Contra el Normal Tráfico Migratorio, por el artículo 22 de la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999, *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 1 de 15 de marzo de 1999, pág. 10.

⁷⁷ En la sentencia 1652 de 17 de diciembre de 2012 de la Sala de los Delitos Contra la Seguridad del Estado en función de lo Penal del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, en su Cuarto Considerando se expresa al respecto que: “...el delito de tráfico de personas tiene una elevada peligrosidad social y alta incidencia en el mundo de hoy, y afecta no solo el normal tráfico migratorio, sino también la estabilidad de las naciones. De ahí que nuestro país, sometido a una brutal campaña anticubana procedente de Estados Unidos, en la que individuos inescrupulosos incitan a los ciudadanos a abandonar su patria, para acogerse a la Ley de Ajuste cubano, requiera castigar con rigor a quienes, a cambio de altas sumas de dinero, se prestan para entrar al territorio nacional a cumplir esos designios, razonamientos que impiden acoger la pretensión que el acusado DMR, amparada en el ordinal sexto del artículo 69 de la Ley de Procedimiento Penal.

⁷⁸ Véase el Decreto-Ley No. 302 de 11 de octubre de 2012, *Gaceta Oficial Extraordinaria*, 16 de octubre de 2012. Consultada el 16 de octubre a las 11.00 a.m. <http://www.granma.cubaweb.cu/2012/10/16/nacional/Gaceta%20oficial%20de%20Cuba%20modificacion%20ley%20de%20migracion.pdf>

⁷⁹ “Por la voluntad común de la Nación Cubana”, Editorial *Periódico Granma*, 16 de octubre de 2012. Consultado el propio día a las 2.00 p.m. en: <http://www.granma.cubaweb.cu/2012/10/16/nacional/artic12.html> Más adelante en el referido editorial se destaca que: en la despedida a su Santidad Benedicto XVI, el 28 de marzo pasado, el Presidente Cubano expresó:

4.- ENTRADA Y SALIDA ILEGAL DEL TERRITORIO NACIONAL Y TRÁFICO DE PERSONA EN EL CÓDIGO PENAL CUBANO. ALGUNAS DIFERENCIAS COMO PUNTO DE PARTIDA.

4.1.- La confluencia de figuras. Diferencias entre los delitos de entrada y salida ilegal de personas y tráfico de personas en el Código Penal cubano.

El bien jurídico protegido marca la diferencia esencial entre las conductas que ya se recogían en el Código penal y las que introdujeron las modificaciones señaladas, tomando en consideración que el “orden público”⁸⁰ era la plataforma que salvaguarda esa conducta, lo que tenía trascendencia incluso en algunos elementos importantes como el del “ánimo de lucro” que no aparecía expresamente consignado en ninguna de las formulaciones típicas, aunque es de dudosa credibilidad que el que “organizara y promoviera” una de estas conductas no estaba movido por ese afán, mientras que en la figura delictiva del artículo 347 referido al tráfico, sí se incluye el requisito de que la actividad se realice con el propósito de obtener directa o indirectamente un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

En los delitos contra el normal tráfico migratorio el bien jurídico protegido es el normal desarrollo del tráfico migratorio y la protección de los derechos de las personas que son objeto del tráfico ilícito de migrantes, que dada la complejidad y las formas de comisión de este delito están necesitadas de una especial protección por parte del Estado a través de los mecanismos del Derecho penal, que en este caso resulta necesario por tratarse de conductas lesivas a bienes jurídico-penales trascendentes para la seguridad jurídica del Estado, la protección de las fronteras, del transporte aéreo y marítimo y, en especial, de la integridad física y la vida de las personas con singular protección a los niños, adolescentes y personas con discapacidad y de los derechos humanos de los ciudadanos, consagrados constitucionalmente.

Otra diferencia entre el delito de tráfico de personas previsto y sancionado por los artículos 347 y 348 del Código Penal y el de salida ilegal del territorio nacional del artículo 216, consiste en que mientras en el segundo, estamos en presencia de un delito de consumación anticipada, como señalamos anteriormente, en el primero, el legislador decidió incluir en la figura del delito, junto al ánimo de lucro, como verbos rectores, los términos organizar y promover⁸¹, lo que en la práctica significa que en este delito no son de aplicación las regulaciones de la Parte General del Código Penal, sobre la tentativa⁸², porque el delito se consuma con la acción de organizar y promover la entrada o la salida, según proceda, aunque estos resultados no se logren⁸³.

"Reconocemos la contribución patriótica de la emigración cubana, desde el aporte decisivo a nuestra independencia de los tabaqueros de Tampa y Cayo Hueso y todos los que fueron sostén de los anhelos de José Martí, hasta los que se oponen hoy a quienes atacan a Cuba y manipulan el tema migratorio con fines políticos. Hemos realizado prolongados esfuerzos hacia la normalización plena de las relaciones de Cuba con su emigración que siente amor por la Patria y por sus familias y persistiremos en ello por la voluntad común de nuestra Nación".

TITULO IV DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO, CAPITULO XI- ENTRADA Y SALIDA ILEGAL DEL TERRITORIO NACIONAL, SECCION PRIMERA- Entrada Ilegal en el Territorio Nacional

ARTICULO 215.1. El que, sin cumplir las formalidades legales o las disposiciones inmigratorias, entre en el territorio nacional, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas.

2. Está exento de responsabilidad penal el que realiza el hecho descrito en el apartado anterior en busca de asilo.

SECCION SEGUNDA

Salida Ilegal del Territorio Nacional

ARTICULO 216.1. El que, sin cumplir las formalidades legales, salga o realice actos tendentes a salir del territorio nacional, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas.

2. Si para la realización del hecho a que se refiere el apartado anterior, se emplea violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, la sanción es de privación de libertad de tres a ocho años.

3. Los delitos previstos en los apartados anteriores se sancionan con independencia de los que se cometan para su ejecución o en ocasión de ella.

ARTICULO 217.1. El que organice, promueva o incite la salida ilegal de personas del territorio nacional, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años.

2. El que preste ayuda material, ofrezca información o facilite de cualquier modo la salida ilegal de personas del territorio nacional, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas.

⁸¹ Véase el artículo 18, apartado segundo, inciso b del Código Penal cubano, que considera autores a “los que organizan el plan del delito y su ejecución”.

⁸² Código Penal cubano, artículo 12.

⁸³ Código Penal cubano, artículo 12. El que emprenda acciones encaminadas a realizar la acción típica, de la entrada o la salida del sujeto pasivo o inicie cualquier acto encaminado a lograr estos fines, comete ya el delito de tráfico de personas, aunque la salida o la entrada no se produzcan por cualquier motivo, como pudieran ser la falta del medio de transporte o la actuación de las autoridades.

En el tratamiento al sujeto pasivo en el delito de tráfico de personas solo se sancionan, como es la práctica internacional, a los ejecutores, organizadores y promotores del tráfico, pero no a los traficados; que en realidad son víctimas de este lucrativo negocio, mientras que en el de Salida Ilegal del Territorio Nacional, previsto en los artículos 216 y 217 del Código Penal, en el Título IV de los Delitos Contra el Orden Público, se sanciona la simple salida, o el hecho de organizar, promover o incitar, de manera que al no concurrir los elementos para integrar el delito de tráfico de personas⁸⁴, entonces todos los participantes en la salida ilegal serían autores del delito, lo que evidencia una falta de congruencia legislativa, aunque en la práctica, con excepción de los casos que ocurren en el territorio ilegalmente ocupado de la Base Naval de Guantánamo, por razones comprensibles de seguridad nacional, ante situaciones de este tipo la fiscalía no está ejerciendo la acción penal, en correspondencia con los acuerdos migratorios existentes entre los Gobiernos de Cuba y los Estados Unidos⁸⁵.

Resulta evidente que es necesario resolver estas contradicciones y, en consecuencia, unificar en un solo Título del Código Penal ambas figuras delictiva o despenalizar el delito de salida ilegal del territorio nacional, pasándolo a la esfera administrativa, teniendo en cuenta que en las condiciones actuales y luego de la reciente reforma migratoria, nos parece que ya no se justifica su protección por el Derecho penal.

En el artículo 302, apartado tres, inciso a de nuestro Código Penal, en el título correspondiente a los “Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud”, se regula el delito de trata de personas, por lo que cuando la salida se realiza con la finalidad de que las personas que participan en ella ejerzan la prostitución o cualquier forma de comercio carnal, se integraría este delito, en lugar del tráfico de personas, para lo que, a diferencia del tráfico, resulta intrascendente que la entrada o la salida del territorio nacional, se realice de forma legal o ilegal y tampoco se exige el requisito de ánimo de lucro, lo que nos parece adecuado, porque de lo que se trata es de combatir esta modalidad de la trata, donde la ilegalidad consiste precisamente en el fin que se persigue con la acción, que es el ejercicio de la prostitución⁸⁶.

Refiriéndose a la norma penal Argentina CREUS⁸⁷, precisa que “no interesan las motivaciones que ha tenido el agente para promover o facilitar, pues, aunque habitualmente se actúa por lucro, la ley no requiere ese objetivo en la estructura típica (quien facilita la entrada al país de la mujer que ejerce la prostitución para que la ejerza en él, sin recibir nada a cambio, condolido por la miseria que sufre al ejercerla en un país extranjero, también comete el delito).

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona, hombre o mujer, siempre que la salida se produzca con la finalidad de que ejerzan la prostitución o cualquier otra forma de comercio carnal y en el inciso 5) del apartado 2) del referido artículo 302, se define como comercio carnal, a los efectos de este artículo, toda acción de estímulo o explotación de las relaciones sexuales como actividad lucrativa⁸⁸.

⁸⁴ Como ocurre, a modo de ejemplo, cuando se organice una salida familiar en una embarcación rústica.

⁸⁵ Véase AJA DÍAZ Antonio. “Los Estados Unidos-Cuba. Emigración y relaciones bilaterales”. *Revista Temas*. No. 62- 63. Abril -Septiembre de 2010, pág. 116, donde se precisa que en los acuerdos migratorios firmados el 9 de septiembre de 1994, referidos al control de la emigración ilegal por vía marítima hacia los Estados Unidos, ambas partes se comprometieron a impedir el uso de la violencia en el acto de emigrar y el hecho de que por primera vez en más de treinta y seis años los Estados Unidos se comprometieron a devolver a todo cubano interceptado en alta mar con intenciones de entrar en ese país y la decisión de Cuba, de recibirlo sin tomar medida alguna en su contra.

⁸⁶ Véase CREUS Carlos. (1999): “Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I”. 6ta edición actualizada y ampliada, 2da reimpresión. Editorial Astrea, p, 216. En el Código Penal Argentino se le da un tratamiento similar y al respecto CREUS, refiere que es típicamente indiferente el carácter ilegal de la entrada o salida del sujeto pasivo; la entrada o salida legal, es decir cumpliéndose todos los requisitos reglamentarios correspondientes también puede integrar el tipo, ya que lo que fundamentalmente se pune en él es **la ilegal finalidad del desplazamiento**; lo mismo puede decirse del facilitamiento; tan típico es el auxilio o ayuda referido a una entrada o salida ilícita, como a una lícita.

Véase también, en igual sentido, el artículo 177 bis del Código Penal Español, que fue introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que tampoco exige los requisitos de la ilegalidad de la entrada o salida del territorio nacional.

⁸⁷ CREUS Carlos, *op. cit.*, pp. 216 – 217.

⁸⁸ En la legislación española, el inciso b) del apartado 1) del artículo 177 bis, del Código Penal Español, incorporado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el sujeto pasivo, también puede ser cualquier persona y se incluyen entre los elementos de tipicidad la explotación sexual y la pornografía infantil. CREUS, el artículo 127 bis del Código Penal argentino, comenta

Se trata de una ubicación y redacción poco afortunadas, mezclada con el delito de proxenetismo y solo para los casos de entrada o salida en el territorio nacional con fines de explotación sexual, excluyendo los elementos de tipicidad cuando el hecho se comete dentro del territorio nacional y también los casos en que los fines de la trata se relacionen con la protección especial de los niños y las niñas, la adopción ilegal, matrimonios forzados, las diferentes formas de explotación laboral, la esclavitud o prácticas similares, la extracción de los órganos corporales, y la explotación para realizar actividades delictivas, como carterismo, hurto, tráfico de estupefacientes y otros delitos⁸⁹.

En el delito de tráfico de personas y también en la modalidad de la trata de seres humanos, como ocurre también con otras figuras vinculadas a la delincuencia organizada transnacional, como el tráfico de drogas y de armas y el lavado de dinero, el *modus operandi* de las bandas criminales que se dedican a esta actividad se perfecciona constantemente y también amplían sus actividades a nuevas actividades, que obligan a la comunidad internacional y a los Estados a realizar frecuentes modificaciones en el contenido esencial de los instrumentos jurídicos y en los tipos penales.

Una de las definiciones que más ha evolucionado en los últimos años es la de la trata de personas, que como ya hemos analizado se ha incluido en un Título independiente del Código Penal Español, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica 5/2010 y más recientemente con la ya mencionada Directiva 2011/36UE, del Parlamento y del Consejo de 5 de abril de 2011, se amplía el concepto de “trata de seres humanos”, respecto de la normativa anterior, y se incluyen en él otras formas de explotación. Ahora abarca la mendicidad, la protección especial del menor, la extracción de órganos, adopción ilegal, los matrimonios forzados, y la explotación para realizar actividades delictivas, como carterismo, hurto, tráfico de estupefacientes y otros delitos, que supongan lucro y estén penados⁹⁰.

En la propia Directiva 2011/36UE, se precisa que la explotación se produce cuando se ha ejercido una coacción sobre la persona (amenaza o uso de la fuerza, rapto, fraude, engaño, etc.), independientemente de que la víctima haya dado su consentimiento y que cuando la víctima sea un menor de dieciocho años, estos actos de explotación serán muestra automáticamente de la trata de seres humanos⁹¹, aunque no se emplee ninguno de los medios de coacción antes citados.

Otra de las confluencias principales del tráfico de personas, en el Código Penal cubano, que se une a las ya comentadas, de la entrada y salida ilegal del territorio nacional y la trata de personas, es el delito de venta y tráfico de menores⁹², por lo que cuando se trate de un menor de dieciséis años de edad, vendido o transferido en adopción, en la modalidad prevista en el inciso c) del apartado 2) del artículo 316, concurre el delito de venta y tráfico de menores, en lugar del de tráfico de personas y si se tratará de la del apartado 3) del referido artículo 316, entonces no estaríamos en presencia de un delito de trata de personas del inciso a) del apartado 3) del artículo 302, sino en la figura agravada del delito de **venta y tráfico de menores**, que a diferencia de la trata, que como ya apuntamos se

que: “Sujeto pasivo solo puede serlo una mujer – de cualquier edad – o un varón menor de veintiún años, sea que esté ya prostituido o que vaya a prostituirse después de entrar o salir del país. (CREUS, Carlos, *op. cit.*, p. 217.).

⁸⁹ En otras legislaciones como la española, además de la explotación sexual, se añaden la laboral y la relacionada con la extracción de órganos de la víctima de la trata. Véase el artículo 177 bis del Código Penal Español. *op. cit.*

⁹⁰ BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. “Crónica de Legislación Europea”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Año 8, Número 15, enero – junio. 2001. Disponible en:

<http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/16MLBalaguer.htm> Consultado el 10 de agosto de 2013, a las 11.30 p.m. La Directiva considera también la necesidad de que los Estados miembros, a la hora de tipificar estas conductas delictivas, tengan en cuenta aspectos como la edad, la situación de especial debilidad de la víctima, el sexo, el estado de gestación, el estado de salud, y la discapacidad. También la conducta mantenida en la ejecución del delito, como la tortura, el consumo obligado de drogas o medicamentos, la violación física o la violencia psíquica, física o sexual grave.

⁹¹ Con estas precisiones la Directiva 2011/36UE, reitera lo regulado al respecto en el artículo tres del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, complementario de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que en el apartado b) establece que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) de dicho artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado y en el inciso c) del artículo tres, precisa que la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de un niño, menor de 18 años, con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios denunciados en el apartado a) de dicho artículo, que son la amenaza, o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

⁹² El delito de venta y tráfico de menores fue introducido en el Título XI del Código Penal cubano, por el artículo 19 de la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 1 de 15 de marzo de 1999, p.1.

limita únicamente a los fines de explotación sexual, ha sido redactado con una mejor técnica legislativa e incluye entre los elementos del tipo penal el propósito de utilizar al menor en cualquiera de las formas de tráfico internacional, relacionadas con la práctica de actos de corrupción, pornográficos, el ejercicio de la prostitución, el comercio de órganos, los trabajos forzados y actividades vinculadas al narcotráfico o al consumo ilícito de drogas.

4.2.- El bien jurídico protegido.

Al considerar como bienes jurídicos objeto de protección por el Título XV del Código Penal cubano, tanto el normal desarrollo del tráfico, migratorio, en correspondencia con su propia formulación, como la protección de los traficados, estamos afirmando el interés estatal de que las migraciones se desarrollen de forma legal y ordenada y al propio tiempo de proteger los derechos humanos de las víctimas de los traficantes de personas⁹³.

En el ámbito de la Unión Europea la Directiva 2011/36UE, sobre la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la prevención de las víctimas, considera la trata como una infracción de los derechos humanos⁹⁴, con lo cual se abandona en el marco comunitario el criterio sostenido a partir de la Decisión Marco 2002/946 JAI, que la consideraba: “Una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y la dignidad humana”.

Al valorar el bien jurídico protegido por el artículo 318 bis que fue introducido en el Código Penal español, por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, como ya apuntamos, bajo la denominación de “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, MUÑOZ CONDE afirma que: “aunque el bien jurídico protegido parece ser a primera vista, según reza la rúbrica del nuevo Título, los derechos de los extranjeros, éstos, cuando son objeto del tráfico ilegal, quedan prácticamente sin derechos y tienen que contar con una casi inmediata expulsión del territorio nacional, por vía administrativa”⁹⁵.

Como ha expresado también MIRÓ LLINARES⁹⁶, “Al fin y al cabo, el injusto del comportamiento no se relaciona en ningún caso con la infracción de las normas relacionadas con los derechos de los inmigrantes como personas o como trabajadores, sino que se deriva del hecho de la inmigración ilegal...”.

5. EL DELITO DE TRÁFICO DE PERSONAS LA LEGISLACIÓN PENAL CUBANA.

En las condiciones de nuestro país⁹⁷, la migración ilegal, fundamentalmente hacia los Estados Unidos, a partir de 1959, ha estado vinculada a la beligerancia del Gobierno estadounidense frente a la Revolución Cubana, el que ha desarrollado una política de estímulo y asistencia a esta actividad, lo que

⁹³ Véase: LÓPEZ CERVILLA, José María. *op. cit.* p. 11. Quien destaca que en la doctrina y jurisprudencia española se ha producido una división, entre los que consideran que el bien jurídico protegido por el artículo 318 bis, del Código Penal protege el interés estatal en el control de los flujos migratorios y los que buscan un bien jurídico más acorde con la rúbrica del Título XV BIS: “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Una interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sobre el artículo 318 bis del Código Penal Español, número 120/2003 (Sección Cuarta), de 27 de octubre, JUR 2003/271925 indicaba al respecto que “... el bien jurídico protegido es esencialmente, el interés general de controlar los flujos migratorios”.

Otra sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5), de 5 de enero de 2004, JUR 2004/79354, aporta un criterio diferente al señalar que “cuál es el verdadero bien jurídico protegido por el tipo penal de que se trata, que no es otro que la protección adecuada de los derechos de las personas extranjeras que se dirijan, o traten de dirigirse, a España, o estén en tránsito o con destino a este país... Sólo desde estas perspectivas puede entenderse razonablemente lo que significa el término “tráfico” y a que situaciones puede aplicarse el 318 bis, 1, del CP”.

⁹⁴ Directiva 2011/36UE. “Sobre la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la prevención de las víctimas”. Del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 de abril del 2011, que sustituye la Decisión Marco 2002/629JAI del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea. Disponible en:

http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_trafficking_in_human_beings/j10058_es.htm

Consultada el 10/8/2013, a las 09.30.

⁹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.* p. 355.

⁹⁶ MIRÓ LLINARES, Fernando, *op. cit.* p. 18.

⁹⁷ Sobre la incidencia del delito de tráfico de personas en Cuba, véase: *Derecho Penal Especial*. Tomo II. Colectivo de autores, Editorial Félix Varela, La Habana 2003, págs. 291 – 320.

justifica la penalización de estas conductas, por el legislador de 1999, en un título independiente del Código Penal.⁹⁸

5.1.- *El tipo penal.*

El tipo penal se configura con la realización de los verbos rectores de organizar y promover actos de entrada o salida del territorio nacional con la finalidad de emigrar; lo primero que debemos destacar es la redacción del precepto, que utiliza como técnica la de prever conductas penales que pudieran ser consideradas en la teoría general como formas de participación o actos de ejecución, pero aquí se da la peculiaridad de que ellas conforman por sí mismas el tipo penal, y por lo tanto no es obligado que se ejecute el hecho concebido.

Esta técnica es muy utilizada por la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional para redactar algunos de sus preceptos⁹⁹ y lograr con ello la punibilidad de conductas que de otra manera no pudieran penalizarse por no ser típicas.

Requiere entonces de un análisis exhaustivo en cada momento, pues su configuración impide la utilización del artículo 18.2. b) del Código Penal, referido a los que organizan el plan del delito y su ejecución, como forma de participación específica.

Al utilizar el legislador cubano de 1999, los verbos rectores de organizar y promover, que resultan difícil de diferenciar, por tener un significado muy similar¹⁰⁰, otra figura bien definida como la del facilitador, que ni organiza, ni promueve, se queda fuera de la acción típica. Como acertadamente precisa CREUS, refiriéndose al Código Penal argentino, en relación con la diferencia entre promover y facilitar: “**Promueve** el que por propia iniciativa organiza o toma a su cargo la tarea de hacer entrar o salir del país al sujeto pasivo; **facilita** el que presta una ayuda o colaboración en la obra de un tercero emprendida con esa finalidad”¹⁰¹. Se trata, sin dudas de una omisión que deberá ser tenida en cuenta en futuras modificaciones de la legislación penal cubana¹⁰².

El ánimo de lucro forma parte del elemento normativo del delito, pues ello está íntimamente ligado al concepto de tráfico o comercio en el que es imprescindible el beneficio económico o de cualquier otra clase¹⁰³, pero que en definitiva representa un provecho para el sujeto activo.

Se aprecia también a simple vista, que de las conductas previstas en el artículo 347, es precisamente la del apartado dos la que el legislador debió valorar como básica y en consecuencia, presumir que iba a ocurrir con mayor frecuencia, a diferencia de la del apartado uno, porque como ha quedado demostrado en más de catorce años de vigencia de la norma, organizar desde una isla rodeada de mar, el tráfico de personas, que procedentes de otras naciones, viajen a Cuba, con el propósito de emigrar hacia terceros países, constituye una actividad que podríamos calificar, al menos de poco

⁹⁸ Obsérvese que la adición de este título en el Código Penal cubano, a partir de la vigencia de la Ley No. 87 de 1999, es anterior al Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire, complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, cuyo contenido ya hemos comentado en el epígrafe 3.

⁹⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional Organizada. *Ob. cit.*

¹⁰⁰ El promotor inicia, comienza, impulsa la realización de una acción y el organizador es el que prepara lo necesario para que está se pueda realizar, mientras que el facilitador aporta, entrega, suministra, hace fácil la cosa. Véase: Diccionario *one line*. Disponible en: <http://www.diccionarios.com/> Consultado el 20/8/2013, a las 13.00.

¹⁰¹ Véase CREUS Carlos, *op. cit.*, p. 216.

¹⁰² El promotor inicia la acción, mientras que el facilitador colabora con el promotor y también lo puede hacer con los traficados, que no son autores del delito, como ya se ha dicho, lo que en nuestro caso, de haberse incluido la figura del facilitador en el Título XV del Código Penal, pudiera integrarse a la modalidad de autores prevista en el inciso ch) apartado 2) del artículo 18, referido a “los que cooperan en la ejecución del hecho delictivo mediante actos sin los cuales no hubiera podido cometerse”. Se trata de que una interpretación correcta del artículo 347, no incluye, entre los autores del delito al que simplemente facilita la acción, mediante actos como el de transportar a los traficados hasta el lugar por donde se va a producir el desembarco y otros que no estén relacionados directamente con los verbos rectores de organizar o promover. En las legislaciones que tienen prevista la figura del facilitador, como la española en el artículo 318 bis y la argentina en el 127 bis, la autoría de la participación, desplaza los tipos de complicidad de la parte general.

¹⁰³ Resulta frecuente en Cuba el hecho de que algunos de los organizadores, realizan su función, con el objetivo de asegurarse un lugar en el medio de transporte, sin abonar el precio correspondiente, lo que les representa un beneficio económico, por lo que no necesariamente deberá exigirse el pago de dinero en efectivo para que concurra el requisito del ánimo de lucro, pues basta con que el sujeto reciba cualquier tipo de utilidad beneficio, o ventaja.

atractiva, para los ciudadanos extranjeros interesados en emigrar por vías irregulares, con destino a los Estados Unidos o a otros países¹⁰⁴.

Conocemos que han ocurrido casos muy aislados de ciudadanos extranjeros, que han ingresado a Cuba, con el propósito de emigrar hacia los Estados Unidos, tal vez en la creencia errónea de que de esta forma se podrían beneficiar de la Ley de Ajuste Cubano, pero han sido tan escasos, que ponen en duda la necesidad de la existencia de la norma penal, por lo que se podría considerar que un tratamiento administrativo de regulación de visados, podría resultar suficiente.

Al respecto DE LA CRUZ OCHOA, al comentar el contenido del apartado uno del artículo 347, nos dice que: “En este primer artículo que de acuerdo con la técnica legislativa debió servir para redactar la figura básica, en realidad el legislador describe una modalidad especial e independiente, cuando se utilice el territorio nacional como país de tránsito, o sea, el propósito no es residir en el país sino solamente utilizarlo con mayor o menor brevedad como país de tránsito hacia el Estado receptor definitivo”¹⁰⁵.

Es precisamente la figura del apartado dos del artículo 347 la que tiene mayor incidencia, en nuestro país, lo que nos indica la pertinencia de que, con las necesarias precisiones¹⁰⁶, en futuras modificaciones legislativas, se convierta en la figura básica del Título XV de nuestro Código Penal, con la alternativa de considerar como modalidad agravada, la “penetración en el territorio nacional utilizando nave o aeronave ... con la finalidad de realizar la salida ilegal de personas”, con las agravantes, previstas en el inciso 2 del artículo 348, para ambas modalidades¹⁰⁷ y ubicar en el artículo 348, la conducta prevista en el apartado uno del artículo 347, sí se considerará necesario mantenerla como delito, porque, como ya afirmamos, bien pudiera pasar a la esfera administrativa.

En el delito de tráfico de personas y también en la modalidad de la trata de seres humanos, como ocurre también con otras vinculadas a la delincuencia organizada transnacional, como el tráfico de drogas y de armas y el lavado de dinero, el *modus operandi* de las bandas criminales que se dedican a esta actividad se perfecciona constantemente y también amplían sus actividades a nuevas actividades, que obligan a la comunidad internacional y a los Estados a realizar frecuentes modificaciones en el contenido esencial de los instrumentos jurídicos y en los tipos penales.

Una de las definiciones que más ha evolucionado en los últimos años es la de la trata de personas, que como ya hemos analizado se ha incluido en un Título independiente del Código Penal Español, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica 5/2010 y más recientemente con la ya mencionada Directiva 2011/36UE, del Parlamento y del Consejo de 5 de abril de 2011, se amplía el concepto de “trata de seres humanos”, respecto de la normativa anterior, y se incluyen en él otras formas de explotación. Ahora abarca la mendicidad, la protección especial del menor, la extracción de órganos, adopción ilegal, los matrimonios forzados, y la explotación para realizar actividades delictivas, como carterismo, hurto, tráfico de estupefacientes y otros delitos, que supongan lucro y estén penados¹⁰⁸.

Otras dos importantes definiciones de la Directiva 2011/36UE, son la precisión de que la explotación se produce cuando se ha ejercido una coacción sobre la persona (amenaza o uso de la

¹⁰⁴ Si se tratara de otros países como México o Canadá, que son fronterizos con los Estados Unidos, o de determinados estados europeos, entonces sí estaríamos ante una norma que prohíbe una conducta que afecta derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, que ocurren con una alta frecuencia, pero en las condiciones de Cuba, podemos hasta poner en duda la necesidad de tipificar dicha conducta como delito, en virtud del principio de intervención mínima.

¹⁰⁵ DE LA CRUZ OCHOA, Ramón. “Delitos de trata y tráfico de personas”, *op. cit.* p. 519.

¹⁰⁶ Como las referidas al tema de los terceros países, que explicaremos a continuación.

¹⁰⁷ Resulta contradictorio que el legislador de 1999 no previera que circunstancias de agravación tan trascendentes como las relacionadas con la participación de menores o poner en peligro la vida de las personas, incluidas en el apartado dos del artículo 348, debían aplicarse también a los organizadores o promotores de las salidas del territorio nacional.

¹⁰⁸ BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. “Crónica de Legislación Europea”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Año 8, Número 15, enero – junio. 2011. Disponible en:

<http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/16MLBalaguer.htm> Consultado el 10 de agosto de 2013, a las 11.30 p.m. La Directiva considera también la necesidad de que los Estados miembros, a la hora de tipificar estas conductas delictivas, tengan en cuenta aspectos como la edad, la situación de especial debilidad de la víctima, el sexo, el estado de gestación, el estado de salud, y la discapacidad. También la conducta mantenida en la ejecución del delito, como la tortura, el consumo obligado de drogas o medicamentos, la violación física o la violencia psíquica, física o sexual grave.

fuerza, rapto, fraude, engaño, etc.), independientemente de que la víctima haya dado su consentimiento y que cuando la víctima sea un menor de dieciocho años, estos actos de explotación serán muestra automáticamente de la trata de seres humanos¹⁰⁹, aunque no se emplee ninguno de los medios de coacción antes citados.

5.2.- El sujeto activo.

Otro aspecto de la formulación del tipo es lo relacionado con el sujeto, este es de carácter general, es decir, puede ser cometido por cualquier persona, pero “sin estar legalmente facultado”. Esto llama la atención pues si quien comete los actos está facultado, digamos que para realizar trámites migratorios, que en ningún caso serían de organización y promoción con ánimo de lucro, entonces pudiera pensarse en otra figura delictiva relacionada con la especialidad del sujeto.

Esta aclaración es válida porque aquí no estamos ante una norma penal en blanco que envía el conocimiento de la conducta a otro cuerpo legal; en éste la conducta está debidamente establecida, pero debe ser realizada por alguien que no esté facultado para ello y con ánimo de lucro. La redacción del precepto en este particular no es feliz, pues ningún sujeto está legalmente facultado para realizar los actos descritos en el artículo 347 del Código Penal, con ánimo de lucro. Al no incluir el requisito de que la entrada, en su caso, o la salida que se organice o promueva sean ilegales se crea toda esta confusión.

Un elemento a considerar, es si el sujeto activo del delito debe residir en el exterior o en el territorio nacional, en lo que, a nuestro juicio se pueden presentar ambas situaciones, teniendo en cuenta que siempre se referirá a un sujeto que propicie la entrada al país de personas que utilicen el territorio nacional como país intermedio entre el país emisor y el país receptor.

La norma cubana también adolece de una circunstancia de agravación para los casos en que el sujeto activo sea una autoridad, agente de ésta o funcionario público, lo que puede ocurrir, tanto cuando se utilizan naves o aeronaves, como en situaciones, como las que analizaremos más adelante, cuando se utilizan otras vías como las falsificaciones de documentos migratorios. Tampoco hace referencia a los casos, que desde los primeros años del nuevo siglo vienen ocurriendo con frecuencia, en que los autores pertenecen a grupos vinculados al crimen organizado transnacional.

Como ya se ha dicho conforme a la letra de los artículos 347 y 348 los traficados son víctimas del delito y solo pueden ser considerados autores cuando organicen o promuevan la salida, de personas del territorio nacional con ánimo de lucro. En ocasiones se detectan traficados que realizan determinadas actividades de colaboración con los organizadores o promotores, con el objetivo de reducir o quedar eximidos del pago, por lo que en estos casos habría que determinar hasta qué punto esas actividades o aportes, integran el tipo penal o son considerados simples participantes en el tráfico, como pudiera ocurrir con los que aportan el medio de transporte para trasladar a las personas al punto de embarque y al propio tiempo están incluidos en la lista de los que van a salir del país.

En la jurisprudencia española una interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, la número 40/2003, de 21 de febrero, JUR 2003/135644, señala que “esa declaración supone un reconocimiento de los hechos por parte del acusado, aunque él no se considere el patrón de la patera, sí que viajaba gratis a cambio de ayudar al patrón, para ello fue contratado, y a los efectos de la acreditación del delito no es relevante que el pago por su trabajo fuera viajar gratis o regresar a

¹⁰⁹ Con estas precisiones la Directiva 2011/36UE, reitera lo regulado al respecto en el artículo tres del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, complementario de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que en el apartado b) establece que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) de dicho artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado y en el inciso c) del artículo tres, precisa que la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de un niño, menor de 18 años, con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios denunciados en el apartado a) de dicho artículo, que son la amenaza, o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

Marruecos y cobrar 45.000 pesetas. Lo relevante es la ayuda que era necesaria para que el patrón pudiera cumplir su cometido que no era otro que introducir inmigrantes ilegales en España¹¹⁰.

5.3.- El requisito del tercer país.

Llama la atención que el artículo 347, en su apartado 2 señala que la salida para la emigración se realiza del territorio nacional con destino a terceros países¹¹¹, lo que debería suponer la necesidad del tránsito por otro país, lo cual significaría que cuando los actos de promoción y organización se realicen con un destino directo, no se integraría la conducta preceptuada. Esta interpretación no ha sido acogida por nuestros tribunales, como explicaremos más adelante, pero obedece a la necesidad de revisar este particular en virtud del espíritu del legislador cuando redactó el precepto.¹¹²

Los actos de esta naturaleza que generalmente ocurren en nuestro país tienen por destino los Estados Unidos, y si bien es cierto que en ocasiones se utilizan en los mismos una forma de ejecución que lleva a la utilización de un segundo país distinto al que se desea emigrar, como ocurre con México, en la mayoría de los casos la actividad se da de manera bilateral.

Al aplicar el referido precepto nuestros tribunales han considerado la expresión “tercer país”, con un sentido indeterminado, comprendiendo como tal la salida con destino hacia otro país, sin exigir el requisito de la existencia de un país de tránsito y otro de destino¹¹³, con el fundamento de que en el Código Penal existen varias figuras delictivas que emplean esta frase, sin que implique necesariamente la presencia de tres sujetos, como ocurre, entre otros, en los artículos 165, apartados 2 y 3, en el delito de desórdenes en los Establecimientos Penitenciarios o Centros de Reeducción, 290, apartado 1, Revelación del Secreto de la Correspondencia, 302, apartado uno inciso b, Proxenetismo y Trata de Personas y 331, sobre la Extorsión, lo que, ha venido a resolver, por la vía de la interpretación judicial¹¹⁴, la insuficiencia de redacción de una norma que está requerida de sustanciales

¹¹⁰ Véase LÓPEZ CERVILLA, José María. *op. cit.* p. 14.

¹¹¹ Véase el apartado a del artículo 17 del “Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena”, adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949, vigente desde el 25 de julio de 1951, que dice: “Las Partes en el presente Convenio se comprometen a adoptar o mantener, en relación con la inmigración y la emigración, las medidas que sean necesarias, con arreglo a sus obligaciones en virtud del presente Convenio, para combatir la trata de personas de uno u otro sexo para fines de prostitución”.

“En especial se comprometen: 1) A promulgar las disposiciones reglamentarias que sean necesarias para proteger a los inmigrantes o emigrantes, y en particular a las mujeres y a los niños, tanto en el lugar de llegada o de partida, como durante el viaje”... Disponible en:

<http://www.undp.org/cu/pdhl/Modulo4/use/tema2/%284%29.htm> Consultado el 15/1/2013, a las 15.00.

¹¹² En la legislación comparada revisada se aprecia que en el artículo 318 bis del Código Penal español, en un párrafo muy breve precisa el contenido esencial de estas conductas a través de sus verbos rectores, al sancionar a “El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea”...

¹¹³ Véase SILVERA MARTÍNEZ, Oscar Manuel y BERTOT YERO, María Caridad, “Apuntes acerca del tráfico de personas en la legislación cubana actual”, *Boletín ONBC*, No. 43, Ediciones ONBC. Enero – marzo de 2012, pág.17. Los autores, vicepresidente y jueza del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, respectivamente, señalan además, con acierto, que la técnica legislativa empleada en la redacción del inciso 2 del referido artículo 347, apartado 2, ha sido defectuosa, porque, “al ser distinta la conducta típica descrita a la que prevé el apartado 1, bien hubiera podido regularse como un tipo autónomo”, lo que refuerza nuestro criterio de que se trata de un Título del Código Penal cubano, que esta requerido de sustanciales modificaciones.

¹¹⁴ El criterio de que frase “terceros países” no requiere para nuestro máximo órgano de justicia, de la existencia de un país de tránsito y otro de destino ha sido ratificado en la Sentencia No. 4524 de 13 de diciembre de 2011, de la Sala de lo Penal de nuestro Tribunal Supremo Popular, la que en su Segundo considerando expresa al respecto: “ Que la tesis que el recurrente sostiene a los efectos de combatir la calificación jurídico-penal realizada por la sala de instancia a los hechos enjuiciados con base en el apartado tercero del artículo 69 de la Ley de Procedimiento Penal no puede prosperar, toda vez que la figura del apartado 2 del artículo 347 del Código Penal está destinada a los que cooperan, organizan o promueven el tráfico de personas encontrándose los emigrantes en el territorio nacional, del relato fáctico se establece que el acusado que organizó la salida de personas desde nuestro país hacia otro, con ánimo de lucro, responde entonces como autor por ejecución directa de esta figura, sin que la frase “terceros países” signifique país de tránsito ni alguna otra noción similar, y comprende dentro de sí la salida a cualquier país, ya sea de tránsito o de destino, no cabe dudas que el hecho fue acertadamente calificado por la sala de instancia, por consiguiente se desestima el recurso de fondo amparado en este motivo”.

En otra interesante sentencia de la Sala de lo Penal de nuestro Tribunal Supremo Popular, la número 18 de 13 de abril de 2012, dictada en un procedimiento especial de revisión, contra la sentencia número 1598 de fecha 21 de mayo de 2010, dictada por dicha Sala, se afirma en su Primer Considerando que: “... no lleva razón la autoridad promovente en los fundamentos que ofrece para argumentar su escrito en la causal nueve del artículo 456 de la Ley de Procedimiento Penal, porque contrario a lo que alega, los organizadores o promotores de la salida del país responden como autores por ejecución

modificaciones, para adaptarla a la realidad de la forma en que se manifiesta el delito en el territorio nacional, incluida el cambio de la denominación de “terceros países”, por la de otro país, sin más especificaciones, que para nada contribuyen a la correcta interpretación y aplicación de la norma.

DE LA CRUZ OCHOA, sostiene un criterio diferente al considerar que “en el artículo 347.2 se trata de la misma modalidad, del apartado anterior, pero en este caso saliendo de Cuba con destino a terceros países, o sea, a países en tránsito, no de permanencia definitiva. Qué pasaría entonces si se organiza directamente para ingresar al país de destino, que en el caso de Cuba es generalmente Estados Unidos y no cumple los requisitos del artículo 348.1 y no vienen del exterior nave o aeronave u otro medio de transporte a buscar a los emigrantes ilegales, en nuestra opinión se cometería la modalidad de Salida Ilegal del País del artículo 217 del Código Penal que dice “el que organice, promueva o incite la salida ilegal del territorio nacional”, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años”¹¹⁵.

Si nos ajustamos a la letra de la ley, en estos casos no se integraría esta figura y tendríamos necesariamente que remitirnos a los establecido en el artículo 217 del Código, que tipifica la forma agravada del delito de Salida Ilegal del Territorio Nacional y utilizar la agravante del artículo 53 inciso b, por el ánimo de lucro, pero en puridad ello sería convertir esta figura en un tráfico, que no fue la pretensión del legislador.

6.4.- Otras modalidades del tráfico de personas.

El delito de tráfico de personas se integra también en otros supuestos de extracción ilegal de personas, que suponen mecanismos menos peligrosos¹¹⁶, por lo que resulta apropiado incluir también en la figura prevista en el apartado dos del artículo 347, los casos en que, siempre que concurra el requisito del ánimo de lucro, en lugar de naves, aeronaves u otros medios de transporte, se utilicen otras vías como fraudes, falsificaciones de visas, pasaportes u otros documentos migratorios¹¹⁷, con la particularidad de que el organizador o promotor de la salida de esta forma, es quien comete el referido delito¹¹⁸ y la persona que ha utilizado el documento falso puede ser autor de un delito de falsificación de documentos, pero no de tráfico de personas.

En relación con vinculación que debe existir entre la organización y promoción de la salida del territorio nacional del artículo 347, apartado dos, con la figura prevista en el apartado uno del artículo 348, cuando se organice de esta forma, se ha planteado la necesidad de que concurra el requisito de la penetración en el territorio nacional de los traficantes de personas, pero en realidad, al tratarse de

directa de la figura prevista en el apartado 2 del artículo 347 del Código Penal, sin que la frase terceros países signifique necesariamente, país de tránsito ni alguna otra noción similar, pues ella tiene un sentido indeterminado y comprende dentro de sí la salida a cualquier país, ya sea de tránsito o de destino, de manera que tal aspecto no puede conllevar a desnaturalizar esta figura penal y crear una inexistente laguna de punibilidad o subsumir esa conducta en un delito de salida ilegal del territorio nacional que tiene una objetividad jurídica distinta”.

¹¹⁵ DE LA CRUZ OCHOA, Ramón *op. cit.* p. 519. .

¹¹⁶ Véase en este sentido también a SILVERA MARTÍNEZ, Oscar Manuel y BERTOT YERO, María Caridad. *op. cit.* p. 17, quienes significan que el legislador en la descripción típica “alude a organizar o promover la salida del territorio nacional, sin limitar los medios utilizados para su ejecución... serán reconducibles a esta figura las conductas que favorezcan la salida de personas lucrativamente pactada, tanto cuando se trata de una aeronave o embarcación que se encuentra lícitamente en el territorio nacional, cumpliendo legalmente la función de trasladar personas, a la que se accede mediante mecanismos fraudulentos, como en los casos en que el medio de transporte es una nave que ingresa ilegalmente a las aguas jurisdiccionales cubanas”.

¹¹⁷ Al respecto en el Segundo considerando de la Sentencia 1683, de 18 de diciembre de 2012, dictada por la Sala de los Delitos Contra la Seguridad del Estado en función de lo penal del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, por un delito de tráfico ilícito de personas, se precisa que: “las acusadas CLP Y CCP establecen un único motivo de fondo con sede en el ordinal tercero del artículo 69 de la Ley de Procedimiento Penal, por entender que el tribunal de juicio cometió error en la determinación del ilícito por el que fueron sancionadas, pues sus conductas son típicas de un delito de cohecho, a lo que cabe responder que en atención a las responsabilidades que ambas tenían en la dirección de protocolo del ministerio de salud pública, lo que las hacía conocedoras de los mecanismos que allí se emplean para enviar al extranjero personas que requieran tratamientos médicos, actuaron de mutuo acuerdo con un ciudadano no habido para organizar la salida al exterior de una persona que no tenía ninguna afección de salud, lo que hicieron violando todas las disposiciones vigentes al respecto, con evidente ánimo de lucro, pues recibieron a cambio altas sumas de dinero que luego repartían entre las tres, elementos de hecho que cumplen con los requisitos que regula el artículo 347 apartado 2 del Código Penal”.

¹¹⁸ DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, *op. cit.* pág. 519. Al respecto afirma que: “Puede darse también el caso de una persona que cumple todos los trámites legales pero viaja con una visa falsificada, en mi opinión solo es punible la persona que organiza el viaje bajo estas circunstancias pero nunca la persona que porta el documento falsificado, el cual le ha sido entregado, ya que a ella debe dársele el tratamiento de víctima, siempre que haya tenido que pagar dinero para involucrarse en este viaje, si la misma persona realiza la falsificación por sí, sería un delito de falsificación de documento con salida ilegal del artículo 216 del Penal, pero no de tráfico de personas.

figuras delictivas, denominadas de peligro abstracto, en las que su descripción típica incluye los verbos rectores de organizar y promover y en consecuencia quedan consumados desde el momento mismo en que tienen lugar los actos que tipifican los preceptos, para que se integre la figura prevista en el apartado dos del artículo 347, no se requiere de la presencia física del medio de transporte en el lugar del embarque para que se tipifique el delito, en lo que coincidimos con SILVERA MARTÍNEZ y BERTOT YERO, quienes afirman que ...”tampoco resulta necesario para poder enjuiciar y sancionar a los promotores y organizadores de la salida – en los supuestos en que sólo estos son capturados –, que sean habidos los traficantes, pues se trata de hechos jurídicamente distintos determinantes de que estos sujetos respondan por títulos de imputación igualmente diferentes – los organizadores y promotores por el apartado segundo del Artículo 347, y el traficante por el 348 –; siendo suficiente que quede debidamente acreditado que ciertamente se iba a producir una extracción de seres humanos utilizando un medio de transporte aéreo o naval que ingresaría ilegalmente en nuestro país para tales propósitos”¹¹⁹.

La figura prevista en el artículo 348 está conformada por un sujeto general caracterizado por la conducta que provoca penetrar en el territorio nacional como elemento material del delito, utilizando nave o aeronave u otros medios de transporte, con la finalidad de realizar la salida ilegal de personas del territorio nacional. Es un delito de intención ulterior, en el que no es necesario que se logre el propósito para se considere consumado el delito, mientras que el apartado segundo constituye el tipo agravado, cuando concurren determinadas circunstancias, de modo alternativo.

Aquí debemos precisar que para que se cometa el delito, es necesario penetrar en el territorio nacional, desde el extranjero, que es la condición imprescindible del tipo penal¹²⁰, con el objetivo de realizar la salida ilegal de personas, utilizando una nave o aeronave, o cualquier otro medio de transporte, lo que conforme al criterio de DE LA CRUZ OCHOA solo podrá ocurrir a través de la base naval de Guantánamo¹²¹, aunque, tal vez, pudieran darse otras situaciones, como la utilización de algún artefacto, que permita navegar sin cumplir los requisitos que debe reunir una embarcación.

En relación con la calificación de la conducta del que organiza o promueve la salida desde el territorio nacional, se ha afirmado con acierto por la Sala de los Penal de nuestro Tribunal Supremo Popular, en la Sentencia No. 1119, de 30 de marzo de 2011¹²², que: ”el tipo penal de tráfico de personas previsto en el artículo 348 del Código Penal, presupone para su integración que el sujeto activo penetre al territorio nacional en nave, aeronave o en cualquier otro medio, con el propósito de extraer personas de este, acción que determinaría en consecuencia, su condición de autor”, y a continuación le añade otro elemento, al afirmar que dicho concepto de participación “también pudiera estar presente en aquellos participantes que, desde nuestro territorio, de forma relevante y protagónica, intervengan para garantizar que se materialice la introducción del medio de transporte y de los traficantes hasta el sitio donde se va a producir la extracción...”. Se trataría, en este supuesto, de un autor por cooperación necesaria previsto en el artículo 18, apartado dos, inciso ch, de los que cooperan en la ejecución del hecho delictivo mediante actos sin los cuales no hubiera podido cometerse, al menos de esa forma, sin que resulte posible apreciar ninguna de las modalidades de complicidad previstas en el apartado tres del referido artículo 18, porque en ese caso, como ocurre en la mayoría de las situaciones, en que la intervención del sujeto, se limita a organizar o promover la salida, sin colaborar de forma relevante y protagónica con el arribo del medio de transporte al territorio nacional, estaríamos en presencia de la figura prevista en el apartado dos del artículo 347,

¹¹⁹ SILVERA MARTÍNEZ, Oscar Manuel y BERTOT YERO, María Caridad. *op. cit.* p. 17.

¹²⁰ Véase en el Boletín del Tribunal Supremo Popular. 2011. Publicado por el Departamento de Divulgación e Información, la Sentencia No. 1119, de 30 de marzo de 2011, de la Sala de lo Penal de nuestro máximo órgano de justicia, la que en su segundo considerando, al propio tiempo que ratifica el criterio de que para la integración del tipo penal previsto en el artículo 348 del Código Penal, presupone para su integración que el sujeto activo penetre al territorio nacional en nave, aeronave o en cualquier otro medio, con el propósito de extraer personas de este.

¹²¹ DE LA CRUZ OCHOA Ramón, *op. cit.* pág. 519, donde señala, entre otros aspectos, que: “por nave debe entenderse cualquier artefacto flotante y capaz de trasladarse por medios mecánicos o humanos de un sitio a otro, por aeronave un aparato capaz de levantar vuelo, sostenerse en el aire y tener una dinámica que le permita también trasladarse de un lugar a otro”. Y añade, en relación con otro medio de transporte: “que sólo es aplicable al caso del traslado a otro territorio, en el caso cubano en la Base Naval de Guantánamo ocupada en contra de la voluntad del pueblo de Cuba por las fuerzas militares de Estados Unidos. Otros territorios sólo son alcanzables por nave o aeronave al tratarse Cuba de una isla”.

¹²² Boletín del Tribunal Supremo Popular, 2011. *op. cit.* p.122.

en correspondencia con el principio de especialidad, que viene a resolver una situación de concurso aparente de leyes.

Este criterio se reafirma también en la Sentencia de revisión No. 1598, de 13 de abril de 2012, dictada por la Sala de lo Penal de nuestro Tribunal Supremo Popular, citada anteriormente¹²³, en la que se afirma que “La Sala de casación acertadamente aclara que si no existió penetración en el territorio nacional de algún medio de transporte para realizar la salida ilegal de personas, no es posible calificar acción alguna realizada por otros (aunque estos tuvieran la expectativa de que se produjera tal arribo de alguna nave al territorio nacional), como un delito de tráfico de personas de la modalidad del artículo 348 del Código Penal, a lo que se podría añadir, además, que el sujeto activo de este delito es el individuo que con nave o aeronave u otro medio de transporte, penetra en el territorio nacional, no quien simplemente esté esperando tal penetración para emplear ese medio en su viaje clandestino, que solamente incurriría en responsabilidad si de algún modo colabora con la entrada de la embarcación al territorio nacional o la guía hasta el punto exacto en que se podría abordar”.

Por otra parte, se aprecia que en los elementos del tipo penal de la figura prevista en el artículo 348, apartado uno, no se exige el requisito del ánimo de lucro¹²⁴, lo cual nos parece que se trata de una omisión del legislador, teniendo en cuenta que estamos en presencia de una modalidad autónoma del delito de tráfico de personas, pero que está directamente relacionada con la forma más frecuente de comisión de la figura prevista en el artículo 347, apartado dos.

En el apartado dos del artículo 348 se relacionan cuatro elementos de agravación, que solo alcanzan al sujeto que penetra en el territorio nacional desde el exterior, con la finalidad de realizar una salida ilegal de personas o a los que cooperen con él mediante actos sin los cuales no hubiera podido ejecutarse, las que como afirmamos anteriormente, debieron preverse también para el apartado dos del artículo 347, porque en realidad hay circunstancias, como el tráfico de menores de catorce años de edad, la portación de armas o el empleo de violencia o intimidación en las personas, que también representan una alta peligrosidad social cuando concurren en el promotor u organizador.

Particularmente en el caso de los menores de 14 años de edad se discute, entre nosotros, si para que se pueda apreciar esta circunstancia de agravación es necesario que los traficados se encuentren a bordo del medio de transporte o si es suficiente con que el menor se halle a la espera de su emprendimiento, en lo que coincidimos con Silvera Martínez y Bertot Yero¹²⁵, en la apreciación de que debido a que la situación de peligro se crea desde que el menor se ve inmerso en estas actividades inmediatamente anteriores y concomitantes con la transportación; teniendo en cuenta la naturaleza de consumación anticipada que posee la figura, no precisa que se haya iniciado la transportación para entender consumado el hecho delictivo, por lo que “parece más ajustado sostener que el sujeto que penetra con la finalidad de extraer personas, responde por el apartado 2, inciso ch, si efectivamente tiene conocimiento de que dentro del grupo de sujetos que se propone transportar se encuentra un menor de 14 años”.

Nos llama la atención el hecho de que entre los elementos de agravación se incluye la transportación de menores de catorce años de edad, pero no se hace referencia a los incapacitados, por lo que en futuras modificaciones de la norma resulta recomendable que también se haga una referencia expresa a las personas con discapacidad, cuando de lo que se trata es de proteger a los más vulnerables del peligro que puede significar para su vida e integridad corporal la salida del territorio nacional en condiciones peligrosas o violando las regulaciones migratorias vigentes.

La legislación penal cubana, a diferencia de la de otros países, al precisar los verbos rectores, de la modalidad más frecuente del tráfico de personas (la del apartado segundo del artículo 347), no

¹²³ Sentencia No. 18 de 13 de abril de 2012, dictada por la Sala de lo Penal de nuestro Tribunal Supremo Popular, en un procedimiento especial de revisión, contra la sentencia número 1598 de fecha 21 de mayo de 2010, de la propia Sala.

¹²⁴ Boletín del Tribunal Supremo Popular, 2002. Publicado por el Departamento de Divulgación e Información. En la Sentencia No. 1625, de 30 de abril de 2002, de la Sala de lo Penal, en referencia a la modalidad del artículo 348, apartado uno, se incluye el requisito del ánimo de lucro, al afirmarse que: “esta tutela penal sobre el normal tráfico migratorio, como obligación del Estado respecto a los demás estados integrantes de la comunidad internacional, funciona por las propias características del bien tutelado cuando se actúa por un interés egoísta y de lucro, como elemento subjetivo presente o subyacente en el tipo y se utilizan medios de transporte para garantizar el bien deseado”...

¹²⁵ SILVERA MARTÍNEZ, Oscar Manuel y BERTOT YERO, María Caridad. *op. cit.* p. 18.

incluye, la entrada en el territorio nacional¹²⁶, con la única excepción de la desafortunada figura básica del apartado 1) del artículo 347 del Código Penal, sin tener en cuenta, que en estos delitos, generalmente la acción típica consiste precisamente en la entrada o la salida del territorio nacional. En lo relacionado con la trata prevista y sancionada en el apartado a) del inciso 3) del artículo 302, con fines de explotación sexual, sí se incluyen ambas modalidades, la entrada o la salida del país¹²⁷.

6. UNA PERSPECTIVA DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA A VALORAR PARA CUBA

Como resultado del estudio realizado, en el que se han analizado las normas penales internas de Cuba y de otros países, así como los tratados internacionales fundamentales referidos al tráfico de personas, nos permitimos recomendar algunas medidas, en el orden de las políticas sociales y también las relacionadas con la necesidad de dotar a nuestros países de instrumentos jurídicos eficaces para evitar que el tráfico de personas continúe enriqueciendo a las organizaciones criminales y afectando los derechos humanos de millones de personas que anualmente se lanzan a la aventura en busca de ese mundo mejor, tantas veces prometido en sus países de origen, pero que no les acaba de llegar y se convierten en víctimas de las bandas criminales, que cada día invierten más en esta actividad por los enormes dividendos que le producen.

Entre las medidas generales valoramos las siguientes:

- Promover políticas encaminadas a mejorar la situación socioeconómica de los países emisores, como la vía más eficaz para evitar que las personas que se encuentran en situaciones desesperadas en sus países de origen caigan en las manos inescrupulosas de los traficantes de personas, y en lugar de incurrir en gastos millonarios en la construcción de enormes muros en las fronteras, se invierta en crear puestos de trabajo y en dar salud y educación a los pueblos de dichos países.

- Incrementar la cooperación internacional con medidas de equipamiento y capacitación del personal especializado para garantizar la necesaria calidad de los documentos de viaje o de identidad que se expidan por los Estados a fin de que éstos no puedan con facilidad utilizarse indebidamente ni falsificarse, alterarse, reproducirse o expedirse de forma ilícita; así como la exigencia de un mayor rigor en los controles migratorios, y de responsabilidad a las entidades transportistas y otras medidas que contribuyan a dificultar la actividad de los traficantes de personas.

- Promover por parte de las Naciones Unidas medidas encaminadas a lograr una mayor uniformidad legislativa por parte de los Estados en la penalización del delito de tráfico de personas, en correspondencia con los compromisos internacionales que han asumido y la creación de mecanismos eficientes para la protección de los derechos de quienes se involucran en este delito.

La Comunidad Internacional le brinda una especial atención al tema, los instrumentos jurídicos internacionales se perfeccionan frecuentemente, los Estados los firman y ratifican y adoptan legislaciones internas para su aplicación, pero resulta necesario insistir en que las medidas penales no son ni las únicas, ni tampoco las principales.

En el actual escenario mundial y regional, el enfrentamiento a la delincuencia organizada transnacional, en general y en lo relacionado con el tráfico ilícito de inmigrantes y la trata de personas, resulta compleja y se mezcla demasiado con las campañas electorales, el oportunismo político y los intereses de los Estados receptores, que en numerosas ocasiones aplican medidas para

¹²⁶ Aquí no se trata de ejemplos de laboratorio, como personas desconocedoras de la realidad cubana pudieran pensar. Es conocido que, en ocasiones, las lanchas rápidas que penetran en el territorio nacional para realizar salidas ilegales, arriban a nuestras costas con personas de origen cubano, residentes en los Estados Unidos o en otros países, que han decidido regresar a nuestro país de forma irregular.

¹²⁷ Véase CREUS Carlos, *op. cit.*, pp. 215 - 216. Según el artículo 127 bis del Código Penal Argentino, se pune con reclusión o prisión de tres a seis años al que "promoviere o facilitare la entrada o salida de una mujer o de un menor de edad para que ejerzan la prostitución".

El Código Penal Español, en su artículo 318 bis, comentado anteriormente, sí se precisa que el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas se produzca desde, en tránsito o con destino a España o a otro país de la Unión Europea.

combatirlos, que en lugar de resolver el problema, lo que hacen es incrementar los sufrimientos de las víctimas, que son los excluidos de siempre¹²⁸. Se trata de un tema que no podemos abandonar, al menos los que continuamos pensando que la solución a los problemas del incremento de la criminalidad hay que buscarlos en las políticas de inclusión social y no en el aumento del rigor de las penas, ni en la construcción de más cárceles¹²⁹.

En Cuba, donde existe un sistema socialista que se ocupa de las necesidades fundamentales de la población y se desarrolla la economía en medio de un bloqueo económico, comercial y financiero impuesto por el gobierno de los Estados Unidos¹³⁰, como ya se ha señalado, como resultado de la denominada Ley de Ajuste cubano y de las políticas desarrolladas por las autoridades de ese país, de estimular la inmigración ilegal y dificultar las vías legales, en los últimos años se ha incrementado la actividad de las redes criminales que manejan el tráfico ilícito de migrantes en nuestra área geográfica, lo que nos obliga a perfeccionar nuestra legislación penal.

En el contexto actual, cuando el país aplica con normalidad la reforma migratoria aprobada el once de octubre de 2012, mediante el Decreto-Ley No. 302, recomendamos que en la proyectada reforma de la legislación penal se modifique sustancialmente el Título XV del Código Penal, en el sentido siguiente:

- Determinar como figura básica del delito de tráfico de personas, la prevista en el apartado dos del artículo 347, por ser la más frecuente, e incluirle la posibilidad de que los autores **organicen o faciliten la entrada** o la salida **ilegal** al territorio nacional y otra figura agravada, cuando los traficantes, para cometer el delito, penetren en el territorio nacional utilizando nave, aeronave u otro medio de transporte y en ambos casos incluirles, el ánimo de lucro y con un mayor grado de concreción, los elementos de agravación del inciso 2 del artículo 348, que actualmente solo son de aplicación a los que proceden del exterior y a aquellos participantes, que desde nuestro territorio nacional, de forma relevante y protagónica, intervengan para garantizar que se materialice la introducción del medio de transporte y de los traficantes hasta el sitio donde se va a producir la extracción.

- Eliminar de la redacción del actual apartado dos del artículo 347, que se propone convertir en la modalidad básica del delito, el elemento de que la entrada o la salida del territorio nacional se realice con destino a un tercer país y sustituirlo por el de otro país, sin necesidad de especificar si se trata del país de tránsito o de destino.

- Mantener en la modalidad básica del artículo 347 el verbo rector de organizar y sustituir el de promover, por facilitar.

¹²⁸ A modo de ejemplo podemos señalar la Ley SB1070 del Estado de Arizona y otras similares que se han sido promulgadas recientemente en los Estados Unidos que han provocado una gran controversia sobre migración y racismo contra latinos, tanto en ese país como en México y otros Estados Latinoamericanos, que pueden tener el efecto de enviar a decenas de miles de indocumentados a prisión y la consiguiente afectación de los derechos humanos más elementales de las víctimas del tráfico de personas y sus familiares.

¹²⁹ Véase la expresión atribuida al experto en sistemas penitenciarios, de los Estados Unidos GANGI, Robert: "Construir más prisiones para detener el delito es como construir más cementerios para detener las enfermedades mortales". Tomado de "Prisiones privatizadas en EEUU, modelo de exportación", *Revista ZOOM*, Buenos Aires, Argentina, el 26 de noviembre de 2011, a las 11.00 p.m., en: <http://revista-zoom.com.ar/articulo1324.html>

¹³⁰ Véase "Manipulación estadounidense del tema migratorio cubano". *Periódico Granma*. Edición del 11 de enero de 2013. En:

<http://www.granma.cubaweb.cu/2013/01/11/nacional/artic07.html>, donde se señala que ... "las causas de la migración, con excepción de la primera oleada de emigrantes comprometida con el régimen de Batista y los intereses del gobierno de Estados Unidos, son las mismas que impulsan la movilidad transfronteriza de millones de personas en todo el mundo. Están asociadas a los enormes desafíos que enfrenta la humanidad, derivados de la polarización de la riqueza que ha profundizado la brecha entre los países del llamado Sur geopolítico y aquellos que concentran los mayores recursos, el acceso privilegiado a la información, el conocimiento y la tecnología, como resultado del saqueo sistemático y acumulativo de las riquezas naturales y humanas de los países que hoy son los principales emisores de migración internacional. Esas causas, en el mundo globalizado de hoy, no respetan fronteras".

"Como en la mayoría de los países emisores de nuestra región, los cubanos emigran por causas económicas, razones familiares y otras motivaciones personales, asociadas a factores histórico-culturales, vinculados a la tradición migratoria cubana que está en la raíz misma de la conformación de nuestra nación".

- Incluir entre los elementos de agravación de la figura básica del delito, además de la transportación de menores, no necesariamente de catorce años de edad, la de los incapacitados, porque no nos parece correcto excluir de esta regulación a las personas con discapacidad, cuando de lo que se trata es de proteger a los más vulnerables del peligro que puede significar para su vida e integridad corporal, la salida ilegal del territorio nacional en condiciones peligrosas.

- Incluir también, entre las circunstancias de agravación del delito de tráfico de personas los casos en que el sujeto activo sea una autoridad, agente de ésta o funcionario público, lo que puede ocurrir, tanto cuando se utilizan naves o aeronaves, como en situaciones, en las que se utilizan otras vías, como las falsificaciones de documentos migratorios.

- Agravar las sanciones a los delitos previstos en este Título en los casos en que los autores pertenecen a grupos vinculados al crimen organizado transnacional.

- Valorar la pertinencia de mantener o no la figura prevista en el apartado uno del artículo 347, por su escasa incidencia en la realidad cubana.

- Ajustar el contenido de la norma, en la medida en que resulte aplicable a nuestras condiciones, a las recomendaciones de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de noviembre del 2000 y del Protocolo Complementario contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y tener en cuenta también la “Ley modelo contra el tráfico ilícito de migrantes”, elaborada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en 2010 (UNODC), en respuesta a una petición dirigida al Secretario General para que promoviese y facilitara las iniciativas de los Estados Miembros para aplicar las disposiciones de estos importantes instrumentos jurídicos internacionales.

- Que se valore la conveniencia de despenalizar el delito de Salida Ilegal del Territorio Nacional, que actualmente solo concurre cuando se trate de salidas ilegales, en las que no esté presente el elemento del ánimo de lucro, con excepción de las que se produzcan a través del territorio ilegalmente ocupado de la base naval de Guantánamo, analizando también la posibilidad de unificar esta modalidad y también la de entrada ilegal en el territorio nacional en un título más genérico que pudiera incluir además del tráfico de personas, la trata, que aunque no fue objeto de nuestra investigación a simple vista se aprecia que ha sido insuficientemente tratada en el artículo 302, apartado 3, inciso a, del Código Penal, porque al mezclarla con el delito de proxenetismo e incluirla en el Título de los delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud, se han quedado fuera dos de los elementos de tipicidad que integran el contenido esencial de esta modalidad delictiva, que son los casos en que los fines de la trata se relacionen con las diferentes formas de explotación laboral, la esclavitud o prácticas similares y con la extracción de los órganos corporales a las víctimas de la trata¹³¹. En igual sentido incluir la trata de personas cuando se realice dentro del territorio nacional.

Se recomienda además, incluir la trata de personas en un nuevo Título del Código Penal, que incluya entre los elementos de tipicidad “la captación, transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza, o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación sexual, dentro y fuera del territorio nacional y también los casos en que los fines de la trata se relacionen con la protección especial de los niños y las niñas, la adopción ilegal, matrimonios forzados, las diferentes formas de explotación laboral, la esclavitud o prácticas similares, la extracción de los órganos corporales, y la explotación para realizar actividades delictivas, como carterismo, hurto, tráfico de estupefacientes y otros delitos.

¹³¹ Aquí no se trata de valorar la posibilidad de que en el futuro ocurran hechos de esta naturaleza, sino de tipificar conductas delictivas, que en menor (la extracción de órganos corporales) o mayor grado (la explotación laboral) han ocurrido en el país y que en ocasiones son hasta desconocidas por las autoridades.

7.- CONCLUSIONES

Con la investigación realizada que ha pretendido desarrollar un análisis crítico de la figura del delito de tráfico de personas y la protección jurídica que se reconoce en los ordenamientos nacionales e internacionales, arribamos a las conclusiones siguientes:

1. El principal compromiso que asumieron los Estados parte del “Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire”, en la lucha contra el tráfico de personas, es a nuestro juicio, el regulado en el inciso 3 del artículo 15, que los compromete a “promover o reforzar, según proceda, los programas y la cooperación para el desarrollo en los planos nacional, regional e internacional, teniendo en cuenta las realidades socioeconómicas de la migración y prestando especial atención a las zonas económica y socialmente deprimidas, a fin de combatir las causas socioeconómicas fundamentales del tráfico ilícito de migrantes, como la pobreza y el subdesarrollo”, es precisamente el que menos se ha cumplido, en especial por parte de los países receptores, que son los más favorecidos económicamente y tienen la obligación moral y jurídica de ayudar a los menos desarrollados.

2. La tendencia a la disminución de las migraciones desde varios países de América Latina hacia Europa, evidencia lo mucho que se puede hacer para mejorar las condiciones de vida de los países del Sur y reducir las desigualdades sociales, que constituyen la causa principal de las migraciones ilegales.

3. En la actualidad, el tráfico ilegal de migrantes, es objeto de la actividad de grupos delictivos organizados que le aportan su carácter transnacional por cometerse en más de un Estado, o en un solo Estado con la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades en más de un Estado, su característica principal es que siempre van a estar inspirados en la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material, interpretando el sentido de su actuación con fines de lucro.

4. El tráfico internacional de personas constituye cada vez más un flagelo en expansión, que amenaza no sólo el normal tráfico migratorio, sino que se esconde dentro de otras figuras y puede ser cometido por personas independientes, pero casi siempre por su propio carácter de delito transnacional es propio de redes del crimen organizado y no está obligatoriamente vinculado a la explotación sexual ni laboral, sino que constituyen elementos imprescindibles de la figura: el cruce ilegal de fronteras y el ánimo de lucro de los traficantes, que se aprovechan de las penurias que sufren millones de seres humanos en los países pobres, para obtener fáciles ganancias.

5. El Tráfico de Personas se presenta cada día como una actividad criminal más organizada, más inhumana y cruel; apoyada y financiada por entes y organizaciones poderosas, sin escrúpulos ni valores, y capaces de controlar toda una maquinaria secreta, ya introducida en las altas esferas de poder, que lo único que esperan es recibir los cuantiosos beneficios económicos que genera este mercado humano.

6. Cuba, que ha realizado esfuerzos para regular de forma ordenada y segura el tráfico migratorio, ha sido víctima de numerosas agresiones y maniobras por parte del Gobierno de los Estados Unidos, que van desde la suspensión de los vuelos normales y las salidas legales hacia ese país, a finales del año 1962 y la aprobación de la denominada Ley de Ajuste cubano de 2 de noviembre de 1966, hasta la aplicación sistemática de una política de estímulo y asistencia a la emigración ilegal desde Cuba y de aplicar numerosas restricciones a las vías legales.

7. El Código Penal cubano regula la figura del tráfico de personas desde el mes de febrero de 1999, con antelación a la vigencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, lo que a pesar de las deficiencias de orden técnico que contiene en la redacción de los tipos penales, ha permitido enfrentar las acciones de los traficantes, que desde el exterior o en el propio país realizan diversas acciones encaminadas a promover las salidas ilegales con ánimo de lucro.

8. En el actual proceso de reforma de la legislación penal cubana constituye una oportunidad imposible de desaprovechar para transformar las actuales regulaciones sobre tráfico y trata de personas y salida ilegal del territorio nacional, para así corregir los errores señalados reiteradamente desde la doctrina y la jurisprudencia cubanas, en correspondencia con nuestras propias experiencias y la legislación internacional.

DISCURSO DE LAS JÓVENES PRIVADAS DE LIBERTAD POR SENTENCIA JUDICIAL (Estudio de casos)

Dra. Concepción Nieto Morales
Universidad Pablo de Olavide.
Sevilla.

Fecha de recepción: 8 de abril de 2013
Fecha de aceptación: 8 de mayo de 2013

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA DELINCUENCIA FEMENINA. 3 LA LEY ORGÁNICA DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR. 4 ESTRATEGIA METODOLÓGICA. 5 ANÁLISIS DEL DISCURSO DE LAS CONVERSACIONES CON LOS MENORES. 6. A MODO DE CONCLUSIÓN 7. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: Este trabajo es parte de otro más amplio sobre el discurso de los jóvenes bajo medida judicial realizada en centros de internamiento en la comunidad Autónoma de Andalucía. Se trata del discurso de las menores y jóvenes con sentencia firme por delitos.

Las diferentes delimitaciones conceptuales sobre el concepto de la delincuencia con lleva avances que permitan abordar el fenómeno delictual. Paralelo a los avances sociales, tecnológicos y legislativos avanzan también cuestiones perjudiciales para la mujer y su desarrollo personal, social, educativo, etc., creando nuevas realidades.

En la medida que se perpetúen avances beneficiosos para la mujer, su desarrollo personal y social, su incursión en el mercado laboral y su rol representara más posiciones de riesgo.

Las cifras sobre delincuencia femenina no se consideran un problema social como sucede con las cifras de los jóvenes de sexo masculino, aunque son mínimas, existen.

ABSTRACT: This work is a part of another one larger focused on the speech about juveniles under judicial measures, undertaken in young offender institutions in the autonomous region of Andalusia: the speech about juveniles and young people under firm sentences after offensive acts.

The different conceptual delimitations on the concept of delinquency itself entail advances which let experts deal with the phenomenon of delinquency. Parallel to social, technological and legislative advances, different questions affecting women and their development as a person, in society, in education and other environments appears and keep advancing, also creating new realities.

As the beneficial advances last in time for the woman, their personal and social development, their incursion into the labour market and their role will reach more risk positions.

Female delinquency statistics are not considered a social problem as those related to male ones, but they do exist even being much lower.

PALABRAS CLAVE: Discurso, menores, jóvenes, medidas, judicial, femenino.

KEY WORDS: Speech, juveniles, young people, measures, judicial, female.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace siglos se comenzó a estudiar el fenómeno de la delincuencia, los sujetos en conflicto con la ley, las personas que desencadenan conductas disruptivas, y los delitos, aunque el fenómeno de la delincuencia de la mujer ha sido menos estudiado, entre otras cuestiones porque los actos delictivos del sexo femenino son menores que en los varones; en la medida en que nos vamos acercando a la igualdad en todos los ámbitos de la vida, también nos acercamos en acciones negativas como es el caso de la delincuencia, aunque las diferencias son considerables como podemos observar en el cuadro número 1, donde se puede observar a 31 de diciembre de 2012 que del total de la población reclusa en España que esta en 68.597 reclusos, el 92,38% son hombres y el 7,62% mujeres, siendo la tendencia de los jóvenes similar, habiendo disminuido respecto a la misma fecha del año 2011.

En la serie de estadísticas que se reflejan en los siguientes cuadros, la delincuencia femenina tanto juvenil como adulta es manifiestamente inferior a la delincuencia masculina tanto adulta como la juvenil.

Cuadro 1 DISTRIBUCIÓN DE LA POBLACIÓN RECLUSA ESPAÑOLA POR SEXO. A 31-12-2012		
Genero	Total	%
Hombre	63.372	92,38
Mujer	5.335	7,62
Total	68.597	100
Fuente: Instituciones Penitenciarias		

En el cuadro 1, se refleja la Distribución de la población reclusa española por sexos en el año 2012, según fuentes de Instituciones penitenciarias a fecha de 31 de diciembre del año 2012 la población reclusa era de sesenta y ocho mil quinientos noventa y siete personas en España.

Cuadro 2 DISTRIBUCIÓN DE LA POBLACIÓN JÓVENES CON SENTENCIA FIRME POR SEXO (2010)		
Genero	Total	%
Hombres	15337	84,02
Mujeres	2901	15,98
Total	18238	100
Fuente: INE consulta 3 marzo 2013		

Observando los cuadros número 2 y cuadro numero 3, se comprueba que la delincuencia en el año 2011 ha bajado respecto al año anterior un 6,6%, y de forma proporcional ha bajado según el sexo de los jóvenes que han delinquido. El total de Menores con una infracción penal en el año 2011 fue de 11.050 (INE, 2013).

Cuadro 3 DISTRIBUCIÓN DE LA POBLACIÓN JÓVENES CON SENTENCIA FIRME POR SEXO (2011)		
Genero	Total	%
Hombres	14362	84,31
Mujeres	2671	15,68
Total	17033	100
Fuente: INE consulta 1 marzo 2013		

El cuadro numero 3 representa la distribución de la población jóvenes con sentencia firme por sexo en el año 2011 siendo el total de los jóvenes de 17033.

Cuadro 4 MENORES CONDENADOS SEGÚN NÚMERO DE INFRACCIONES PENALES, EDAD Y SEXO (2011)								
	14 años		15 años		16 años		17 años	
	Hombre	mujer	Hombre	mujer	hombre	mujer	Hombre	mujer
TOTAL Menores 11201	2.172	545	3.137	645	4302	760	4761	727
Fuente: INE consulta 5 marzo 2013								

Comparando el cuadro numero 3 que representa la distribución de la población jóvenes con sentencia firme por sexo y el cuadro numero se observa que en el año 2011 los jóvenes con sentencia firme el total de mujeres y hombres representa 17033 y en el cuadro numero 4 respecto a los menores condenados según número de infracciones penales, edad y sexo se refleja un total de 11021 personas existe un desfase que se debería a aquellos que fueron condenados en otros años y continúan en cumplimiento de medidas.

Comparando el cuadro numero 4 que representa que en el año 2011 los menores condenados según número de infracciones penales según edad y sexo representa 11021 y en el cuadro numero 5 los menores condenados con una sola infracción penal según, edad y sexo son 7759, de lo que se desprende que los menores con mas de una infracción representen 3262, por lo que se desprende que el 29,5% son los jóvenes con mas de una infracción.

Cuadro 6 POBLACIÓN RECLUSA MAYOR DE EDAD POR NACIONALIDAD, SEXO Y PERIODO (2011)						
	18 a 20 años	21 a 25 años	26 a 30 años	31 a 40 años	41 a 50 años	+60 años
Penados Prisión						
Varones	581	6625	10339	18414	15761	1651
Mujeres	25	424	843	1372	1300	105
Preventivos						
Varones	674	1670	2191	3647	2620	190
Mujeres	43	179	249	365	306	14
Fuente: Ministerio del Interior consulta 1 marzo 2013						

Que en muchos jóvenes el fenómeno delictivo es un hecho puntual en sus vidas lo refleja el cuadro numero 5 alcanzando 7759, contrasta con el cuadro numero 7 que refleja que la población reclusa alcanza a la cifra de 70472 personas mayores de edad, de las cuales 5288 son mujeres

Cuadro 7			
DISTRIBUCIÓN DE LA POBLACIÓN RECLUSA MAYORES EDAD (2011)			
GENERO	ESPAÑOLES	EXTRANJEROS	TOTAL
Hombres	42603	22581	65184
Mujeres	3367	1921	5288
Total	45970	24502	70472
Fuente: INE consulta 5 marzo 2013			

Los menores de sexo masculino que mas delinquen son los de 17 años tanto del sexo masculino como femenino, existiendo diferencias respecto al año anterior que los jóvenes que mas delinquían eran los de 17 años y del sexo femenino las de 16 años, respecto a delitos de agresiones sexuales la mujer presenta un índice bajísimo respecto al hombre. El delito que más se comete en ambos sexos es el robo y el hurto.

Uno de los primeros estudiosos de las causas de la criminalidad y delincuencia fue Lombroso (1835-1868), que consideraba que las causas de la criminalidad estaban relacionadas con causas físicas y biológicas; publicando (1989) “La mujer delincuente; la prostituta y la mujer normal” donde buscaba las diferencias fisonómica entre las mujeres delincuentes y no delincuentes, comprender sus ideas requiere también conocer el contexto jurídico-penal y procesal de su época, las injusticias, vicios, defectos del sistema, etc.

Otro de los estudios pioneros sobre delincuencia femenina lo realizo Pollak (1950) y fue publicado en los EEUU, siendo un avance y reflejando que los delitos donde plasma que la mayor participación la tenia la mujer en robos en tiendas que eran perpetrados por mujeres no profesionales, también robos de prostitutas, abortos, etc., en definitiva delitos de mujeres no acostumbradas a delinquir.

Años después se comienzan a realizar estudios sobre delincuencia femenina (Clemente, 1987; Canteras, 1990; Cuesta Aguado, 1992; Klein, 1995; Steffensmeier, Allan, 1996 Giménez Salinas, 1997; Cervelló Donderis, 2006) hasta el momento presente adquirir relevancia y gran numero de investigaciones. A pesar de todo las cifras sobre delincuencia femenina no se consideran un problema social como sucede con las cifras de la delincuencia del sexo masculino (González et al., 2008; Granda, 2009).

“El rol de la mujer se ha visto opacado en muchos aspectos, sin embargo existe evidencia de que la mujer puede cometer crímenes similares a los que cometen los hombres, como los asesinatos seriales, encontrando diferencias en los perfiles por género. Se encontró que las motivaciones más importantes por las que llegan a delinquir las asesinas seriales son el dinero, el placer y la venganza, en contraposición al poder” (González, et al.; 2008:3).

Las diferentes definiciones del concepto delincuencia por diferentes autores, darán una visión del fenómeno delictivo de la mujer.

La Ley Orgánica de responsabilidad Penal del Menor que enmarca la edad para mayores de 14 y menores de 18 años; etapa que comprende desde la pre a la post adolescencia, considerada una etapa de máxima relevancia para la persona, donde se define la personalidad e identidad desprendiéndose de la familia y adquiriendo máximo protagonismo e influencia el grupo de iguales.

En el primer estudio realizado sobre la Jurisdicción de Menores por el Consejo General del Poder Judicial (2006) se refleja que tanto las chicas como los chicos se inician a la misma edad en conductas delictivas, aunque las chicas se inician antes en las conductas violentas.

A lo largo de del tiempo la delincuencia se ha estudiado por diferentes ciencias y disciplinas, que se han manifestado de diferente forma y a través de teorías que explican los diversos motivos que desencadenan los comportamientos delictuales a partir de circunstancias sociales, personales, individuales y motivaciones que contribuyen a generarlas como pudieran ser el entorno socioeducativo donde se desarrolla la persona y también psicológicos; que determinarían algunas características que llevaría a conductas delictivas. Se hace referencia a ubicación geográfica, adicciones, limitaciones sociales, causas psicológicas, etc. (Sandoval, Martínez Barón, 2008:106-110).

Algunos autores no hablan de delincuencia juvenil, sino de conductas problemáticas, tal es el caso de Loeber (1990) que hace referencia a conductas ligadas a conceptos multidimensionales que aparecen asociadas a agresiones físicas graves, crimen, etc. Existen distintas interpretaciones dependiendo del campo de estudio que explique el concepto. La evolución que se ha producido para definir la delincuencia pasa desde delincuencia a conductas antisociales, disruptivas, menores infractores, en conflicto con la ley, etc. Para el Comité sobre la delincuencia Juvenil que se celebró en Melbourne (1956) la delincuencia es el fracaso del individuo en su adaptación a las demandas de la sociedad en que vive. Herrero (2007) definió la delincuencia como un fenómeno social, constituido por un conjunto de infracciones, producidas en un tiempo y lugar determinados y considera la delincuencia juvenil un concepto socio-histórico; para Garrido Genovés (1995), la delincuencia juvenil es una figura cultural con una mezcla de conceptos técnicos y legales. La delincuencia en definitiva implica términos socio-jurídicos y personalidad.

“El análisis de los fenómenos delincuenciales y criminales, han mostrado que tienen origen en aspectos de los individuos, los cuales dependiendo de las posibilidades que tengan en la sociedad pueden llegar a ser productivos para ésta ó pueden tener incentivos a ser criminales y delincuentes dadas las limitaciones que encuentren a progresar personal y laboralmente; así mismo a partir de las características propias de las zonas geográficas la delincuencia tiende a ser una forma de vida para las personas que aprovechan los recursos que brindan las regiones, lo cual puede llegar a propagarse hacia las zonas aledañas y convertirse en aros de criminalidad que a su vez pueden generar violencia producto del aprovechamiento que desean tener las redes delincuenciales de los dividendos generados por las actividades ilícitas. Este documento, pretende realizar una revisión a los diferentes aspectos que giran alrededor de la delincuencia y la criminalidad, de manera que con estos resultados se puedan conocer las variables que determinan la propagación espacial de la delincuencia en el país”. (Sandoval, Martínez Barón, 2008:105).

La adolescencia ha pasado a través de los tiempos por numerosos cambios buscando una estabilidad a las transformaciones que se producen en la persona, tales como son los físicos, psicológicos, sociales, de pensamiento, búsqueda de identidad, etc. consideramos que los que más puede repercutir en el tema delincencial son los aspectos sociales, psicológicos, búsqueda de identidad y de pensamiento adulto, etc. Estos jóvenes adolescentes en conflicto con la ley tienen unas características específicas que se detectan en el trabajo diario de exploración en los Equipos Técnicos de Juzgados y Fiscalía y que describimos como el alto grado de impulsividad, baja tolerancia a la frustración, manipulabilidad, nulo posicionamiento crítico respecto a los actos de las conductas disruptivas, inestabilidad emocional, prematura ingesta con alto grado de consumo de estupefacientes y normalidad en el consumo, vulnerabilidad, desvalores, inestabilidad emocional, alto índice de relación con grupo de iguales de riesgo, fracaso escolar generalizado y nula capacitación profesional, y lo que es mas grave no reconocimiento de casi ninguno de estos parámetros como factor de riesgo.

Que el perfil del trasgresor juvenil que enmarca la vigente Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor ha cambiado, siendo un hecho constatable en el trabajo judicial con menores; aunque existen singularidades socio familiares, educativas y psicológicas no reconocidas por ellos y por buena parte de sus familias que no logran elaborar un posicionamiento respecto a normas y pautas educativas ni posición ante las conductas disruptivas de los hijos, en muchos casos porque la familia presentan roles desdibujados, inmadurez, disonancias educativas,

falta de posicionamiento parental tales como padres: amigos, abandonadores, expulsivos, falta límites, desvalores, delincuentes, precariedad, dejadez en roles parentales, tiempos de ocio mal *gestionados*, *grupo iguales de riesgo*, etc. en definitiva con una red de influencias negativas que provoca una etapa vital perdida.

Detectar las necesidades familiares, emocionales, educativas, etc.; significa anticiparse a las causas que las generan de forma preventiva tanto familiar como individual desde los servicios mas cercanos como son Salud, Educación Servicios Sociales, etc., debiéndose trabajar la autoestima y estilo de vida ajustado a la normalidad de la sociedad en que vive; discernimiento de hechos en los parámetros de legalidad en acciones y decisiones responsables; autonomía y responsabilidad estimulando alternativas ayudando en situaciones reales, relaciones interpersonales evitando grupos de riesgo, etc. deben conocer sus derechos pero también las obligaciones.

Los menores cometen más delitos que faltas según los datos del Consejo General del Poder Judicial (2010) y en los últimos tiempos según las estadísticas (INE, 2010-2013) ha descendido la delincuencia tanto adulta como la juvenil.

2. LA DELINCUENCIA FEMENINA

La ayuda a los menores problemáticos consta según escritos desde época hispano romana seguido por el Fuero de Juzgo, con la invasión visigoda, considerándose a partir del siglo XI una época de nula ocupación hacia niños marginados. Durante la España musulmana existió gran interés por la educación y cultura de los niños, también en las familias judías existía gran preocupación hacia la educación de los hijos; transcurriendo mucho tiempo y los avances muy dispersos hasta el padre de Huérfanos (1337) que es considerado el primer Tribunal para niños. También la iglesia desarrollo una importante labor con la infancia desprotegida. Los Hospicios y Hermandades en el siglo XVI y XVII amparaban a la población marginal y entre ellos a menores, generalizándose la figura del padre de Huérfanos a toda España aunque a pesar de ello existían menores en prisiones incluso a veces eran ingresados por sus propios padres para corregir sus conductas y amedrentarles, sin distinción de sexo. Con perspectiva reeducativa se creo en 1787 se comenzó hacer diferenciación entre niñas y niños. Poco a poco se comenzó a tomar conciencia y se legisla Ley de beneficencia (1849) que fue reformada varias veces y estuvo vigente hasta la aprobación de la Ley (1988) de Servicios sociales, paralelamente a la ley de beneficencia se legisla Ordenanzas de Prisiones (1805) y el Decreto (1887) de 31 de enero creando la Junta de Reforma Penitenciaria a la que se confiere el cuidado de penados y los niños abandonados y La Ley Especial (1883) que autoriza las Escuelas de Reforma, existiendo gran numero de ordenes religiosas dedicadas a la reforma de menores. Los antecedentes mas cercanos han sido los centros Tutelares de Menores. (Palacios, 1997:21-120).

“Las diversas sociedades de señoras, como la de Madrid, creada por el Padre del Portillo en 1787, con la misión de proporcionar trabajo, alimento espiritual y material, buscar marido o trabajo a las internas en las cárceles de mujeres entre las que se encontraban numerosas menores” (Palacios, 1997: 93).

Paralelamente a la creación de centros se produce un desarrollo legislativo en el que se amparan para su creación. La Ley Orgánica (1875) de 29 de diciembre creaba los establecimientos de Corrección Paterna y la Ley Especial (1883) de 4 de enero amplio a menores de protección; se crearon Escuelas Preventivas para menores con problemas.

La Ley de los Tribunales Tutelares de Menores (1918), orienta el tratamiento de los menores que han cometido delitos hacia acciones sancionadoras reeducativas y con la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (1948) que hasta que uno de sus artículos fue declarado inconstitucional (Sánchez Vázquez, et. al, 2005).

Tras la inconstitucionalidad de uno de los artículos de la Ley de Tribunales Tutelares de menores de 1948, se legisla la Ley Orgánica 4/1992 de 5 de junio enmarcando la edad par los

mayores de 12 y menores de 16 años y para los menores de edad entre los 17 y 18 años se habilitan módulos especiales en las prisiones. También uno de los artículos de la Ley Orgánica 4/1992 fue inconstitucional y se legisla la vigente Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM) 5/2000 de 12 de enero reformada parcialmente con la LORPM 8/2006 de 4 de diciembre.

Género y Delito están irremediabilmente relacionados, no hay más que acercarse a las estadísticas delictivas como se refleja en el cuadro I. Que el tema de la delincuencia y criminología ha sido ampliamente estudiado (Birkbeck, 2012), la mujer ha sido excluida de la mayor parte de los estudios criminológicos y delincuenciales (Dawn, 2006); aunque como en otro sitio de este trabajo hemos dicho que cada vez hay más estudios relativos a la delincuencia. En estudios donde se incluyen ambos géneros no se han detectado diferencias significativas relativas al género propiamente dicho. En cambio si se considera que existen diferentes factores que tienen un impacto sobre la reincidencia como pueden ser el nivel de formación, empleo, familia, etc. dado que inciden en el control social por el vínculo que se mantiene con la sociedad de normalización o estabilidad influyendo en conductas que alejen de la delincuencia.

“.....(.....).....diferencia entre el concepto general de socialización y el concepto específico de supervisión. La supervisión se relaciona con la posibilidad de originar en el niño una noción de lo que está bien y de lo que no, es decir, de lo correcto e incorrecto de algún acto en ausencia del control directo de los padres. Uno de los factores que explica las diferencias de género en la delincuencia sería éste: las grandes oportunidades que tienen los varones para delinquir frente a las pocas de las hembras, debido a la alta supervisión que ejercen los padres sobre ellas” (Rodríguez, 2010:221).

La Constitución(1978) española en el Art. 14 nos recuerda que “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, aunque es inevitable que ante falta de recursos, crisis, situaciones especiales, etc. se pueda pensar que se vulneran derechos; pero no en todos los países se respeta siempre la Ley, o a veces por la dilatación de la intervención se pueda dar la impresión de laxitud sin intervención y un ejemplo puede encontrarse en la etnia gitana que su cultura promete en matrimonio a edades demasiado tempranas como pueden ser los 14 años, por tanto a esa edad los menores deben asistir a la escuela y sin embargo cuando se comprometen la abandona.

“Son tan pocas que no cuentan”.....(..)....., el primer rasgo de discriminación hacia las menores infractoras como todo grupo en situación de vulnerabilidad y discriminación social es su carácter de invisibilidad, que los defensores de derechos humanos saben cómo facilita y perpetúa las violaciones de sus derechos humanos. Las niñas infractoras han sido y son invisibles para la criminología y las políticas públicas(.....)..... la justicia le atribuye una doble pena al delinquir -la que marcan los códigos penales y la que el juzgador le suma, por el hecho de ser mujer -.(.....)..... “Son tan pocas que no cuentan” se refiere a que las mujeres privadas de su libertad oscilan entre el 5 y 7 por ciento de la población total recluida.”(Navarro, 2006:296).

3. LA LEY ORGÁNICA DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR (LORPM)

La Ley Orgánica de responsabilidad Penal del Menor 5/2000 entra en vigor el 12 de enero y ha sufrido numerosas reformas la más importante la 8/2006 de 4 de diciembre, siendo una ley progresista y avanzada aunque con numerosas críticas debido a delitos graves cometidos en su periodo vigente como es el caso de Sandra Palo y Marta del Castillo con gran repercusión socio-mediática, considerándose socialmente que es muy laxa, aunque es mucho mas represiva que las anteriores.

La LORPM debe conjugarse e interpretarse conforme al Código Penal y los tratados internacionales ratificados por España.

La LORPM referencia un principio fundamental y básico que es el "superior interés del menor", y consagra que a la infracción del menor se responda con una intervención de naturaleza sancionadora-educativa proporcional entre el hecho y la sanción; dependiendo de la gravedad de los hechos se establecen en el Código Penal (1995) calificación de faltas o delitos. Es necesario atenerse al principio de intervención mínima sin penalizar conductas que el Código Penal (1995) no castiga.

El abanico de medidas que prevé la Ley son materialmente sancionadora-educativas impuestas por el Juez de Menores.

El Art. 7 de la LORPM enumera dicho abanico de medidas estableciendo régimen de cumplimiento en medio abierto para las faltas o delitos menos graves y las privativas de libertad para los hechos graves.

El Equipo Técnico dependerá funcionalmente de Juzgados y Fiscalía y en la LORPM (Art. 27), se requiere la evaluación del menor y elaboración de un informe sobre la situación psicológica, social, educativa y familiar del menor que informara en interés del menor orientando la medida mas adecuada a sus circunstancias y a la infracción. La elección de una medida no adecuada al interés del menor, podría ocasionar efectos no educativos.

Medidas Privativas de libertad o Internamiento: constarán de dos períodos, el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente asignado pro la Entidad Publica tras el dictamen del Juez, el segundo se cumplirá en régimen de libertad vigilada.

Internamiento en Centro en régimen Cerrado: (Art. 7.1), para delitos especialmente graves, donde el menor realiza todas las actividades en el centro.

Internamiento en Centro en régimen abierto y semiabierto: (Art. 7.1b y c), Las diferencias entre los dos son escasas, el régimen semiabierto y abierto permite realizar las actividades en los recurso de la comunidad.

Internamiento en Centro Terapéutico: (Art. 7.1f), en régimen cerrado, semiabierto o abierto. se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de estupefacientes, alcohol que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad.

Permanencia de fin de semana: (Art 7.1g) es medida de menor gravedad que implica, la permanencia de fin de semana, requiere permanencia en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el Juez.

Alejamiento (Art. 7.1i), La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez. Esta regla de conducta fue una modificación y se encuentra en la Ley 8/2006.

Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. (Art. 7.1j), convivencia, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo.

Prestaciones en beneficio de la comunidad (Art. 7.1k), no podrá imponerse sin consentimiento del menor, el menor realizara actividades no retribuidas de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad.

Realización de tareas socio-educativas (Art. 7.1i), Relativa a actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social.

Amonestación (Art. 7.1m), Reprensión por el Juez de Menores dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos.

Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas (Art. 7.1n) podrá imponerse como accesoria cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente.

Inhabilitación absoluta (Art. 7.1ñ), produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos y la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida.

Libertad vigilada. (Art. 7.1h) realización de un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma. Es una medida que suele llevar aparejada reglas de conducta y en ocasiones tratamientos bien de desintoxicación de estupefacientes o tratamiento psicológico.

Las medidas privativas de libertad (Art. 55.2) refleja que la vida en el centro debe tomar como referencia la vida normalizada en libertad y reducir los efectos negativos que el internamiento pueda representar para el menor o su familia y fomentar las relaciones familiares y los vínculos sociales.

El Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, desarrolla la normativa de los centro de internamiento y unifica criterios a nivel nacional.

4. ESTRATEGIA METODOLÓGICA.

Este trabajo es parte de un estudio más amplio realizado en centros de internamiento con menores bajo medida judicial en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Habiéndose distinguido un grupo de menores de sexo femenino y que este trabajo acerca a los resultados.

La estrategia metodológica utilizada ha sido cualitativa a través de grupos de discusión con menores de sexo femenino, bajo medida judicial, reflejándose en este trabajo el perfil y las conversaciones con las menores. El objetivo de esta investigación es ofrecer una visión personal y lo que ellas piensas sobre su situación personal, familiar, social, educativa, etc. de las menores bajo medida judicial.

El método cualitativo ha permitido interpretar los significados expuestos por las menores que han participado en los grupos de discusión.

Se refleja la información sobre las percepciones, actitudes o motivaciones de las menores que han perpetrado infracciones penales calificadas como graves y con sentencia de internamiento.

Se ha seleccionado un grupo de discusión de 5 chicas para analizar el discurso de estas menores. La selección fue realizada por la dirección del centro con directrices para que existiera representatividad de las menores y jóvenes.

La conversación-discusión del grupo se gravó en audio previa petición de permiso de las asistentes siempre informándoles de que no tienen porque dar su nombre real. La conversación-discusión siguió los parámetros que se utilizan para analizar dicha técnica.

5. ANÁLISIS DEL DISCURSO DE LAS CONVERSACIONES CON LOS MENORES

De entre todos los grupos de discusión que se realizan, se discrimina el grupo realizado a las chicas, siendo un grupo único que se lleva a cabo en el centro para jóvenes de sexo femenino existente en Andalucía. El grupo de discusión realizado a las jóvenes, lo componen cinco chicas entre los 17 y 20 años, cumplen medidas de larga duración debido al hecho de gravedad que

protagonizaron. Las menores y jóvenes que han participado en el estudio viven condiciones especiales por su relación con la justicia y encontrarse cumpliendo una medida judicial de privación de libertad.

La evolución de registro de expedientes es que en el 2009-2011 se registran 10,6% menos respecto a años anteriores (CGPJ, 2011).

Los delitos cometidos por menores y jóvenes de sexo femenino son muy inferiores a los perpetrados por chicos de sexo masculino, aunque existe cumplimiento por homicidio, robo con violencia e intimidación, concurrencia de delitos de robo con fuerza que ha desencadenado el internamiento de la menor. La edad de las jóvenes que se encuentran bajo medida y ha colaborado en el estudio se encuentran entre los 17 y 18 años.

El perfil de las menores internas pertenece a familias normalizadas en un 80%, ninguna de ellas se encontraba en posesión del certificado de escolaridad y todas habían abandonado la escolaridad, entre los cursos primero y tercero de la ESO.

Las pautas de socialización si no son normalizadas, aunque la familia sea una familia normalizada puede llevar a conducta muy disruptiva, la educación de los hijos debe ser prioritario para los padres, aunque en ocasiones las figuras adultas no son capaces de marcar pautas y normas en los hijos cuando son pequeños y conforme van creciendo si no existe el control adecuado los menores no son capaces de llevar una vida normalizada y comienzan las conductas disruptivas.

Las menores que pertenecen a familias con mayor grado de desestructuración critican en exceso el reglamento institucional y la falta de flexibilidad de su aplicación, considerándose que en el seno familiar tendría la misma actitud.

Las que se encuentran en régimen cerrado las actividades las realizan en el centro, para la mitad de las chicas el centro no realiza una valoración positiva de reinserción, haciendo narraciones oscuras y discurso muy institucionalizado y a veces oportunista.

La relación con su grupo de iguales antes del ingreso en el centro se ha abandonado, refieren que tienen menos amistades y más selectivas, en general se encuentran desengañadas por las vivencias que están teniendo.

La droga es una lacra, a pesar de que algunas han sido consumidoras de estupefacientes y no comprenden el consumo entre otras cosas por los efectos, considerando que los problemas empiezan consumiendo, ocultan esos problemas pero no los solucionan, es un negocio.

La edad es un factor importante en el proceso delictivo y de reinserción, a menor edad mayores posibilidades de asentar parámetros normalizados de reinserción.

Respecto al grupo de discusión de los chicos del sexo femenino no reflejan que su situación fuera o que ellas lo percibieran caótica, como verbalizan los grupos de los menores, aunque si que en el discurso se percibe que existían conductas irregulares, falta de normas y pautas educativas normalizadas, etc.

El cambio en la escala de valores se ha convertido en un problema generalizado, y aflora en el grupo de discusión también de las jóvenes del sexo femenino, además de ser un problema generalizado también en la sociedad en que vivimos. Se habla de derechos, pero no de obligaciones, aunque ellas son conscientes de que existen normas que subyacen, pero que no asimilan aunque si que si se refleja en el discurso del grupo de discusión.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es necesario resaltar que las chicas que delinquen “son tan pocas que son invisibles”.

Continuamos con la misma línea, considerando que la necesidad de trabajar los factores de riesgo antes de llegar a conductas delictivas y al conflicto con la ley y los costes personales para los menores y en su efecto domino en costes económicos y sociales Incidiendo y potenciando los factores de protección que pasa por reforzar servicios cercanos a las familias, desde los Servicios sociales a la institución escolar y las intervenciones socioeducativas.

La eficacia implica, entre otras cuestiones que los programas educativos contengan competencias resocializadoras eficaces para la plena integración de los jóvenes en conflicto con la ley (Garrido Genovés, et. al, 2001).

Las acciones desencadenan efectos aunque estos no son visibles hasta que ha pasado un tiempo y generalmente se ha instaurado como norma, norma que puede desencadenar conductas disruptivas y hasta llegar a la reinserción y resocialización se producen numerosos costes y los mas problemáticos son los personales, aunque también los sociales.

El nivel social de las menores internas es superior al de los varones jóvenes; es muy fácil descender en la escala social y cualquier persona en plena sociedad de la información corre el riesgo de encontrarse inmerso en esa situación, aunque ascender socialmente es muy difícil y solo se consigue a través de la educación y la formación que generalmente conlleva una inserción laboral.

La solución no es corregir y resocializar al menor infractor, la clave es la prevención, la intervención de profesionales en situaciones y períodos críticos debe ser inmediata se detectan sobre todo desde la Institución Escolar, Servicios Sociales Comunitarios y Salud.

La solución a la intervención judicial se puede encontrar en la EDUCACIÓN y PREVENCIÓN, educando en valores, normas y pautas educativas, fundamentalmente por las figuras adultas de referencia y con libertad a los padres para educar evitando conflicto social.

7. BIBLIOGRAFÍA

- BIRKBECK, C. (2012). *Criminología comparada: Estudios de caso sobre delincuencia, control social y moralidad*. Dykinson. Madrid
- CANTERAS, A. (1990) *Delincuencia femenina en España*. Ministerio de Justicia Madrid
- CERVELLÓ DONDERIS, V. (2006) “Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de género”. *Revista de Estudios Penitenciarios*
- CLEMENTE, M (1987) *Delincuencia femenina*. UNED. Madrid.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2006) Sección Estudios sociológicos. Primer Informe Sobre la Jurisdicción de Menores. Análisis de las conductas antisociales y delictivas de los jóvenes en España. C.G.P.J. España.
- CUESTA AGUADO, P. (1992). "Perfiles criminológicos de la Delincuencia Femenina", *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2)
- CÓDIGO PENAL 1995 de 23 de noviembre
- DAWN K. C. (2006) *Ceguera de género. La falta de consideración de las delincuentes femeninas por parte de la criminología*. Dykinson. Madrid
- GARRIDO GENOVÉS, V. (1995) *Delincuencia juvenil*. Alambra. Madrid.
- GIMÉNEZ SALINAS, E. (1997) “Mujeres delincuentes: del mito a la prisión”. *Poder Judicial* (48)
- GRANDA, E. (2009). “El enigma de la escasa delincuencia femenina”. *El País*, 5 de octubre. Madrid. http://elpais.com/diario/2009/10/05/sociedad/1254693601_850215.html. Consulta 8 marzo 2012
- GONZÁLEZ H., M. L. et al. (2008). “Criminalidad femenina”. Consulta 8 marzo 2013 <http://www.acmor.org.mx/cuam/2008/303-femenina.pdf>.
- HERRERO HERRERO, C. (2007) *Criminología (parte general y especial)*. Dykinson. Madrid.
- INSTITUTO NACIONAL ESTADÍSTICA (2012 – 2013) www.ine.es consulta 4 marzo 2013
- LEY DE DERECHOS Y ATENCIÓN AL MENOR 1998 de 20 de abril
- LEY ORGÁNICA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR 5/2000 de 13 de enero
- LEY ORGÁNICA EDUCACIÓN 2/2006 de 3 de Mayo
- LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 1882 de 14 septiembre
- LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL 6/1985 de 1 de julio
- LEY TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES 1948 de 11 de Junio
- LOEBER, R. (1990) “Development and risk factors of juvenile antisocial behavior and delinquency”. *Clinical Psychology Review*, (10) pp1-41.
- NAVARRO, V. (2006) “Obligaciones internacionales de México en materia de justicia penal adolescente: las niñas y adolescentes en conflicto con la ley. Una mirada sociológica”. En Gutiérrez Contreras, J. C. *Memorias del seminario los Derechos Humanos de los niños, niñas y*

adolescentes. México. <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2467/pl2467.htm> Consulta 10 marzo 2013

SANDOVAL, L. E.; MARTÍNEZ BARÓN, D; (2008) “Una revisión al estudio de la delincuencia y criminalidad”. *Ev.fac.cienc.econ.*, Vol. XVI (1), pp 105-117 Consulta 3 Marzo 2013 http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/html/909/90916108/90916108_1.html.

OLIVER OLMO, P (2005) “El concepto de control social en la historia social: estructuración del orden y respuestas al desorden”. *Revista Historia Social*, nº 51, pp. 73-91. Fundación Instituto de Historia Social. Siglo XXI. UNED Valencia

PEÑA FERNÁNDEZ, M. E. (2010). *Conducta antisocial en adolescentes: Factores de riesgo y de protección*. U. Complutense. Madrid.

POLLAK, O. (1950). *The Criminality of women*. University of Pennsylvania Press. Philadelphia.

KLEIN, D. (1995). “Crime through gender’s prism: Feminist criminology in the United States“. En N. H. Rafter y F. Heidensohn (eds.) *International feminist perspectives in criminology: Engendering a discipline* (pp. 216-240). Open University Press. Philadelphia

RODRÍGUEZ, J.A. (2010) “Bajo autocontrol y conducta antisocial en perspectiva de género”. *Revista CENIPEC*, 29. pp 213-240.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, V; GUIJARRO GRANADOS, T; SANZ LÓPEZ, Y. (2005) “La observación psicológica en los tribunales para niños en España (1889-1975) (II). La estructura de la exploración psicológica”. *Revista de la A. Española de Neuropsiquiatría*. V. XXXIV, (94), pp 81-119

STEFFENSMEIER, D. Y ALLAN, E. (1996). “*Gender and crime: Toward a gendered theory of female offending*“. *Annual review of sociology*, 22, 459-487.

UCEDA I MAZA, F.X; PEREZ COSÍN, J.V; AMALES ARRIBAS, R (2010) “Educación, vulnerabilidad y delincuencia juvenil: relaciones próximas y complejas”. *RASE* vol. 3 (1) pp 159-175

VINET, E; ALARCÓN BAÑARES, P. (2009). “Caracterización de personalidad de mujeres adolescentes infractoras de ley: un estudio comparativo” *Revista Paideia*. Vol. 19 (43), pp 143-152

RELACIÓN DE AGENCIA, GOBIERNO CORPORATIVO Y COSTES DE AGENCIA EN LAS EMPRESAS ESPAÑOLAS

Aingeru Sorarrain Altuna
Universidad de Deusto, DBS

Olga del Orden Olasagasti
Universidad de Deusto, DBS

Fecha de recepción: 24 de julio de 2013

Fecha de aceptación: 03 de septiembre de 2013

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- RELACIÓN DE AGENCIA. 3.- GOBIERNO CORPORATIVO. 4.- COSTES DE AGENCIA Y MECANISMOS DE CONTROL. 5.- GOBIERNO CORPORATIVO ESPAÑA. 6.- CONCLUSIONES. REFERENCIAS.

RESUMEN: El presente trabajo trata de analizar la problemática de las relaciones de agencia, aspecto inherente a la propia existencia empresarial. La literatura existente, y el propio desarrollo empresarial, establecen diversos desarrollos de gobierno corporativo para minorar los costes de agencia provenientes de la divergencia de intereses entre agente y principal. El origen legal se sitúa como factor determinante en el desarrollo de dicho gobierno corporativo. En el caso de España, con origen legal en el derecho civil, ciertos autores lo sitúan en transición entre el modelo anglosajón y el continental.

ABSTRACT: This paper deals with the problem of agency relationships, inherent aspect of corporate existence. The literature and business development itself, establish various corporate governance developments to lessen the agency costs arising from the divergence of interests between agent and principal. The legal origin stands as a key factor in the development of the corporate governance. In the case of Spain, with legal origin in civil law, some authors place it in transition between continental and Anglo-Saxon model.

PALABRAS CLAVE: Relación de agencia, gobierno corporativo, costes de agencia, mecanismo de control, código de buen gobierno.

KEYWORDS: Agency Relationship, corporate governance, agency costs, control mechanism, code of good governance

1. INTRODUCCIÓN

Berle y Means (1932) abrieron el debate sobre la separación entre el control y la propiedad en las empresas. Según los autores, el proceso de dispersión de la propiedad comenzada a comienzos del siglo pasado en los EE.UU. llevaría irremediamente a un conflicto entre los directivos y los propietarios de la empresa. Dichos autores plantearon básicamente un conflicto de agencia derivado de la falta de alineación de intereses entre los agentes participantes en la relación. Los costes de agencia derivados de ello, básicamente como consecuencia del intento del propietario de controlar y de encauzar las labores del equipo directivo (Jensen y Meckling, 1976), provocan como resultado una reducción en el valor de la empresa. Al ser dicha relación de agencia algo inherente a la existencia de la propia empresa, tanto el mundo empresarial como el académico han desarrollado vías para minimizar el coste derivado del conflicto de agencia. De esta forma han surgido los principios y normas que regulan la actividad empresarial bajo este aspecto, y que responden al gobierno corporativo de una empresa o área económica.

El desarrollo del gobierno corporativo no ha sido ni mucho menos uniforme a lo largo de las distintas áreas económicas. Tradicionalmente, dos tipos principales de gobierno corporativo han sido considerados:

- ✓ Modelo anglosajón, vinculado a los mercados financieros. Este modelo se caracteriza, en líneas generales, por una estructura dispersa de propiedad y por la importancia de los mercados financieros, tanto desde el lado de la financiación de la empresa como desde el lado de la solución a los problemas de agencia (Cuervo et al, 2002).

- ✓ Modelo continental, vinculado a la banca. En este caso, la banca ocupa el eje central que los mercados financieros ocupan en el modelo anglosajón, especialmente desde el lado de la financiación de la empresa. Además de ello, la concentración de propiedad, a menudo a través de estructuras complejas de propiedad, es otra de las principales características de este modelo (Cuervo et al, 2002).

El origen legal es un factor principal que determina el desarrollo en un país de un tipo de gobierno corporativo u otro. El derecho común ofrece una mayor protección a los inversores, impulsando de esta manera un mayor desarrollo de los mercados financieros. Aquellos países cuya legislación tenga como origen el derecho común, tendrán un gobierno corporativo con el perfil del modelo anglosajón. En el otro lado de la balanza se sitúa el derecho civil francés; esta es la que ofrece una menor protección al inversor, dificultando el desarrollo de los mercados financieros y obligando a los inversores a concentrar la propiedad para defender sus intereses ante la falta de protección legal existente. Los países cuya legislación siga los postulados del derecho civil francés, desarrollarán un gobierno corporativo con el perfil del modelo continental.

La literatura existente se ha centrado en el análisis de los diferentes mecanismos de control al equipo directivo que se han ido desarrollando en torno a los modelos de gobierno corporativo citados anteriormente¹. Los principales mecanismos son los siguientes:

- ✓ Estructura de propiedad: este mecanismo ha sido posiblemente el más analizado por la comunidad académica. La estructura de propiedad se ha trabajado desde dos enfoques. Por un lado se han analizado las bondades de la concentración de propiedad y, por otro lado, se ha puesto el énfasis en la importancia de la identidad del máximo accionista.

¹ Denis y McConnell (2003) ofrecen un repaso francamente interesante de los principales trabajos realizados en tornos a los diferentes mecanismos de control que se han desarrollado.

✓ Mercado de control corporativo: se define a este mecanismo como “mecanismo de último resorte” (Fama, 1980; Denis y McConnell, 2003), en el sentido de que actúa una vez que el resto de mecanismos no han funcionado². Este mecanismo se encuentra totalmente ligado al desarrollo de los mercados financieros y está muy presente, en consecuencia, en los mercados anglosajones.

✓ Endeudamiento: existe un fuerte debate en la comunidad académica acerca de las bondades del uso de este mecanismo para minimizar los costes de agencia. Modigliani y Miller (1958) establecieron la teoría de la irrelevancia del endeudamiento sobre el valor de una empresa. En cambio, teorías posteriores sí han planteado la existencia de una relación estrecha entre endeudamiento y valor.

2. RELACIÓN DE AGENCIA

Adam Smith³, hace ya más de 200 años, mostraba sus dudas sobre la actuación de los directivos en aquellas empresas con propiedad compartida. Más recientemente, Berle y Means (1932), en su trabajo principal sobre la empresa americana, volvieron a poner sobre la mesa la problemática de la separación entre propiedad y control de la empresa. Según los autores, el imparable proceso de dispersión en la propiedad que se estaba dando en la empresa americana generaría problemas evidentes por la divergencia de intereses entre los accionistas y los directivos de las empresas. La problemática planteada se define como un problema básico de agencia.

Jensen y Meckling (1976) definen una relación de agencia como aquella relación donde una o más personas (principal) contratan a otras (agente) para que trabajen a su servicio. Tal como comentan los autores, asumiendo que cada uno de los participantes de dicha relación pretende maximizar su utilidad, cabría esperar una discrepancia de intereses entre el principal y el agente. Centrando esta definición en el ámbito empresarial, es fácil situar al accionista en el papel del principal y al directivo en el del agente. Este enfoque, y tal como corroboran los citados autores, guarda una estrecha relación con el planteamiento de empresa realizado por Alchian y Demsetz (1972). Estos autores, definen a la empresa como un nexo contractual centralizado entre agentes, donde existe una puesta en común de factores cuya combinación es superior a la suma de las partes individuales. Implícitamente surge el concepto de problemas de agencia mostrado por Jensen y Meckling (1976), derivado de la divergencia de intereses entre cada una de las partes de la empresa definida por Alchian y Demsetz (1972). Todo ello se puede considerar también como una consecuencia de la teoría de contratos incompletos de Coase (1937). Implícitamente, se puede afirmar que lo que subyace en una relación de agencia es un problema de información asimétrica entre las partes, donde habitualmente el agente posee mayor información que el principal (Eisenhardt, 1989, Maher y Andersson, 2000). En este contexto se sitúa la habitual problemática de toda relación de agencia, léase, la dificultad que el principal tiene para verificar tanto la habilidad del agente para desempeñar sus cometidos como el hecho de que éste esté actuando correctamente. Dicha dificultad genera lo que se puede denominar como costes de agencia derivados del problema de agencia descrito anteriormente. Jensen y Meckling (1976) establecen que el principal causante de los costes de agencia es el intento del principal para alinear los intereses del agente con los suyos propios, generalmente ligando el beneficio del agente a la consecución de los objetivos del principal. Aparte de ello, debido a la imposibilidad de alinear totalmente los intereses de ambas partes, siempre habrá una pérdida soportada por el principal debido a la actuación del agente. Jensen y Meckling (1976) lo denominan como coste residual. La principal consecuencia de todo ello es una destrucción de valor para el accionista, bien porque se han tomado decisiones con criterios ajenos a la maximización de valor para el accionista, bien porque se han consumido recursos con el fin de alinear los intereses del agente a los del principal.

² En ese escenario, el precio de la acción estaría reflejando la mala gestión del equipo directivo.

³ Citado en Jensen y Meckling (1976).

De forma esquemática, se resume la relación de agencia de la siguiente manera:

Figura 1: relación de agencia.



Fuente: elaboración propia.

El modelo planteado por Jensen y Meckling (1976) sobre los costes de agencia del capital y de la deuda son un buen ejemplo sobre las consecuencias de la citada información asimétrica. En ambos costes de agencia se produce un incremento en el coste de financiación, tanto a través de capital como a través de deuda, por la desconfianza generada en los nuevos inversores al poseer menor información que el agente.

3. GOBIERNO CORPORATIVO

La relación de agencia descrita anteriormente es algo inherente a la existencia de la propia empresa, por lo que cabe concluir que, en mayor o menor grado, las empresas (o sus propietarios) van a tener que soportar costes de agencia. El conjunto de principios y normas que regulan las relaciones de agencia con el fin de minimizar los costes generados de ello forman lo que se conoce como el gobierno corporativo de una empresa. En palabras de Shleifer y Vishny (1997), el gobierno corporativo conforma aquellas reglas con las cuales los inversores de una empresa tratan de asegurar cierta rentabilidad o retorno por sus inversiones. Dicho de otra manera, el gobierno corporativo se puede definir como el conjunto de mecanismos que inducen al directivo de una empresa (movido por intereses propios) a la toma de decisiones según criterios de maximización de valor para el accionista (Denis y McConnell, 2003). Esquemáticamente, tal como se puede ver en la figura 2, se puede representar al gobierno corporativo como una fuerza opuesta a los costes de agencia generados de la relación de agencia.

Figura 2: gobierno corporativo.



Fuente: elaboración propia.

Con posterioridad al trabajo principal de Berle y Means (1932) comentado previamente, infinidad de autores han tratado la manera de solventar los problemas de agencia descritos anteriormente, con resultados dispares en la mayoría de los casos. Esta falta de unanimidad no se reduce únicamente al mundo académico, sino que también se da en el desarrollo que a escala global se ha producido a nivel de gobierno corporativo.

Tradicionalmente, los economistas han diferenciado dos tipos de gobierno corporativo, aquel orientado a los mercados financieros (también denominado modelo externo o anglosajón) y aquel orientado a la banca (también denominado modelo interno o continental) El aspecto diferenciador central entre los dos modelos se encuentra en la relevancia o no de los mercados financieros en diversos aspectos del funcionamiento de la empresa como la financiación o la superación del problema de agencia descrito anteriormente. El cuadro 1 recoge las principales diferencias entre ambos modelos:

Cuadro 1: modelo externo e interno de gobierno corporativo.

	Modelo continental	Modelo anglosajón
Tipo de control	Accionistas de referencia. Participaciones cruzadas y estructuras piramidales.	Mercado de capitales.
Estructura de propiedad	Concentrada.	Dispersa.
Tipo de accionistas	Otras empresas, familias, bancos.	Inversores individuales e institucionales.
Utilización del mercado de capitales	Menor desarrollo: menores niveles de información y transparencia.	Elevada liquidez y transparencia informativa.
Incentivos y remuneraciones directivas	Básicamente remuneración fija y menor peso de parte variable, basada en rentabilidades contables o indicadores internos.	Remuneración fija y peso significativo de variable, ligada a mercado.
	Incipiente utilización de indicadores de mercado y escaso peso de remuneración diferida.	Utilización generalizada de programas de remuneración diferida.
Entorno legal	Derecho civil	Derecho común.
Niveles de protección inversor	Mayor probabilidad de expropiación del inversor minoritario.	Mayor protección: mayor valoración de mercado, mayor número de empresas utilizando el mercado para financiarse.
Niveles de protección trabajadores	En el caso alemán se integran en el comité de vigilancia.	No se considerarán en la relación.

Fuente: elaboración propia a través de Cuervo et al (2002).

El gobierno corporativo de una empresa se puede describir también a través de los mecanismos utilizados para solventar los problemas de agencia. Atendiendo a la literatura existente, el conjunto de normas que conforman el gobierno corporativo de una empresa se pueden agrupar de la siguiente manera:

1. Mecanismos internos:

a. Consejo de administración: el tamaño y la composición del mismo son los factores determinantes en torno a este mecanismo.

b. Estructura de propiedad: se analiza la misma desde dos ángulos principales:

i. Concentración de propiedad: el entorno legal cobra especial importancia en este punto.

ii. Identidad del máximo accionista: varios estudios muestran la importancia de determinar la identidad del máximo accionista. La familia y la banca han sido los tipos de accionista más estudiados tradicionalmente, aunque en los últimos años va cobrando fuerza la presencia del inversor institucional en el accionariado de las compañías.

2. Mecanismos externos:

- a. Mercado de control corporativo, muy ligado al entorno legal y al consecuente desarrollo de los mercados financieros.
- b. Mercado de deuda: especialmente importante en un entorno de pocas oportunidades de crecimiento.
- c. Mercado laboral: especialmente enfocado desde el lado de los directivos.

El entorno legal se considera un aspecto determinante en el desarrollo global de gobierno corporativo afectando a los diferentes mecanismos existentes.

4 COSTES DE AGENCIA Y MECANISMOS DE CONTROL

A continuación se analizan cada uno de los mecanismos citados en el apartado anterior, se incide en su efecto en la minoración de los costes de agencia.

4.1 CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Desde el lado de las relaciones de agencia, cabe afirmar que los consejos de administración existen como una solución de equilibrio a los problemas de agencia existentes en las empresas, supuesto que toma especial importancia en un contexto de propiedad difusa. Entre los aspectos analizados relativos al consejo de administración, el tamaño, la composición y las políticas retributivas establecidas al equipo directivo son los más relevantes.

- ✓ Tamaño: se considera factor negativo un excesivo tamaño del consejo de administración. En esta línea, en algunos países se encuentra regulado el número máximo de consejeros⁴.
- ✓ Composición: se otorga especial importancia a la presencia de consejeros independientes, atribuyendo a los mismos un especial incentivo para cumplir con su tarea de control al equipo directivo de manera diligente. Al igual que en el caso del tamaño del consejo, la mayoría de los códigos de buen gobierno corporativo tratan de establecer una presencia mínima de consejeros independientes⁵.
- ✓ Políticas retributivas: se ha analizado en especial la eficacia de éstas a la hora de alinear los intereses de los directivos con los de los accionistas

Por último, es de destacar, respecto al Consejo de Administración como mecanismo interno de control, su cada vez mayor relevancia y el reflejo que esto está teniendo en el ámbito regulatorio, léase la evolución de los códigos de buen gobierno corporativo a nivel internacional. Las normas (recomendaciones en la mayoría de los casos) más relevantes que se han presentado en los últimos tiempos, y que recogen varios puntos referentes al consejo de administración, son las siguientes:

- ✓ Código Unificado de buen gobierno corporativo (más conocido como código Conthe). Presenta 58 recomendaciones, resultado de la armonización y actualización de las recomendaciones de los informes Olivencia y Aldama (Solís, 2006).
- ✓ Sarbanes-Oxley Act (EE.UU.). Se centra especialmente en definir requerimientos en la publicación de los estados financieros.

⁴ En España, por ejemplo, el código unificado de buen gobierno (más conocido como código Conthe) recomienda establecer el número de consejeros entre 7 y 15.

⁵ En España, por ejemplo, el anteriormente citado código unificado de buen gobierno, recomienda establecer el número mínimo de consejeros independientes en un tercio del total de consejeros.

- ✓ Loi de sécurité financière (Francia). Regula los conflictos de interés y el control interno de las empresas principalmente.
- ✓ Deutscher corporate governance kodex (Alemania). Conjunto de sugerencias respecto a la organización de la empresa y el comportamiento ético de empleados y directivos.
- ✓ Financial aspects of corporate governance (Cadbury report) (Reino Unido). Incluye varias recomendaciones en torno al consejo de administración y a aspectos contables.

4.2 ESTRUCTURA DE PROPIEDAD

Tal como se ha comentado previamente, el mecanismo de estructura de propiedad se analiza desde dos aspectos diferentes, la concentración de propiedad y la identidad del máximo accionista.

Comenzando por la concentración de propiedad, al contrario de la idea lanzada por Berle y Means (1932) sobre el imparable proceso de dispersión en la propiedad de las compañías, y al contrario también de lo que se pudiera desprender de la teoría financiera moderna en cuanto a diversificación de las inversiones (Markowitz, 1952)⁶, la realidad muestra que la concentración de propiedad es la estructura habitual en la gran mayoría de países, especialmente en la Europa Continental. En este sentido, la concentración de propiedad es uno de los mecanismos más extendidos a la hora de tratar de solventar los problemas de agencia. La concentración de propiedad permite controlar de forma más directa y cercana al equipo directivo de la compañía, acercando la propiedad al control de la misma. No obstante, una excesiva concentración de propiedad puede materializarse en una posible expropiación de valor a los accionistas minoritarios. Así, el potencial beneficio proveniente de una mayor concentración se ve empañado por un nuevo tipo de coste de agencia, la expropiación de valor por parte del accionista mayoritario a costa del minoritario.

Respecto al diferente nivel de concentración de propiedad entre países, el origen legal parece ser el factor determinante del mismo. Son muchos los estudios que ponen de manifiesto una relación negativa entre la concentración de propiedad y la protección legal de los inversores, siendo los países con derecho común anglosajón los que mayor protección del inversor ofrecen, mientras que aquellos originarios del derecho civil francés los que menor. La concentración de propiedad no sería, pues, más que una actitud defensiva de los inversores en respuesta a la escasa protección legal existente.

Respecto a la estructura de propiedad, la identidad del accionista principal es de especial importancia. Nos centraremos en el papel desempeñado por los grupos familiares, la banca y los inversores institucionales debido a su relevancia dentro del accionariado de las empresas en la actualidad.

1. Grupos familiares. Su presencia es destacable en las empresas europeas. Desde el punto de vista de las relaciones de agencia, podemos destacar aspectos positivos y negativos de estos accionistas. Aspectos positivos: la propiedad familiar aúna en una “única” persona la propiedad y el control de la empresa, alineando, en consecuencia, los intereses de los mismos, minorando los posibles costes de agencia generados de la separación entre dicha propiedad y control de la empresa. Aspectos negativos: aunar la propiedad con el control de la compañía, efectivamente reduce los costes de agencia derivados de la disparidad de intereses entre los accionistas y los directivos de la compañía, pero a costa de reducir los beneficios provenientes de la especialización de la función directiva y de la diversificación de

⁶ Markowitz (1952) en su artículo “*Portfolio selection*” introdujo el concepto de la diversificación del riesgo y de la combinación de activos para construir carteras eficientes en cuanto al binomio rentabilidad / riesgo. La inversión en valores individuales dio paso a la construcción de carteras. Este es uno de los pilares de las finanzas modernas que han perdurado hasta hoy en día.

las inversiones. Ello conlleva costes de agencia derivados de la disparidad de intereses existentes entre la propiedad mayoritaria familiar y los accionistas minoritarios.

2. Banca. Su presencia difiere de manera importante según el modelo de gobierno corporativo del país. Es eje central en países bajo el modelo continental como Alemania y Japón. En cambio, en aquellos países bajo un modelo de gobierno corporativo orientado al mercado, su papel es secundario o nulo. Así, por ejemplo, en EE.UU durante muchos años la regulación existente prohibió la presencia de la banca como accionista en las empresas cotizadas⁷. El papel de la banca se debe analizar teniendo en cuenta su doble papel desempeñado como accionista y acreedor en la empresa. En su papel de acreedor, la banca cuenta con información fundamental sobre la empresa. Dicha información, difícil de obtener de otra manera, se convierte en activo importante en sus manos a la hora de desempeñar su papel como accionista de la empresa, facilitando la alineación de intereses entre accionistas y directivos de la empresa. Aspectos negativos a tener en cuenta: las relaciones de negocio mantenidas por la banca con la empresa participada podrían limitar la capacidad de control sobre los directivos de la empresa en aras a salvaguardar el negocio existente entre ambas partes. Por otro lado, la información obtenida como acreedor de la empresa, sitúa a la banca en una posición de superioridad respecto al resto de accionistas, lo que puede llegar a utilizar en contra del resto de accionistas (expropiación).

3. Inversión institucional. Se considera como tal la que conforman los inversores especializados que actúan en los mercados financieros aglutinando patrimonio de otros inversores particulares. Su actividad se caracteriza por el carácter fiduciario (actúa en nombre de los demás sin asumir el riesgo de las inversiones) que presenta. Dentro del marco de las relaciones de agencia, Álvarez y Mendiálda (2010) establecen que los dos principales objetivos que buscan los inversores institucionales en su calidad de accionistas de una empresa son los siguientes:

- ✓ Reducir las asimetrías de información derivadas de la separación entre la propiedad y el control.
- ✓ Empujar al equipo directivo a actuar bajo el único objetivo de la maximización de valor al accionista.

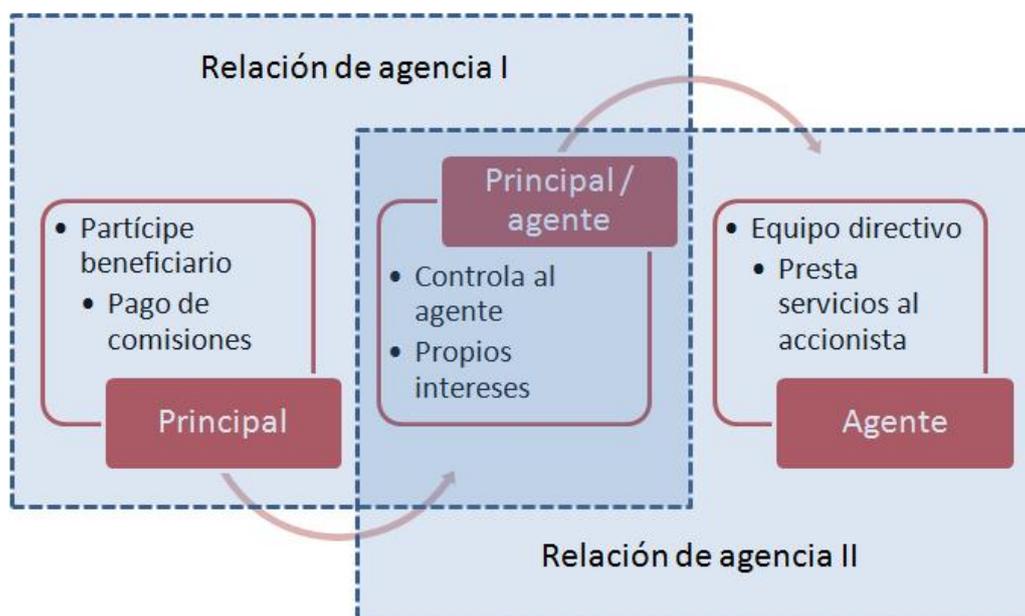
Los inversores institucionales pueden considerarse como inversores especializados, con mayor información que el resto de los inversores, y con capacidad y motivación suficientes para controlar al equipo directivo de las empresas en las que participan. Cuentan con tres vías de actuación cuando se encuentran descontentos con la actuación del equipo directivo:

- ✓ Venta de las acciones.
- ✓ Mantener la posición de accionista, mostrando su disconformidad a través de las vías disponibles al accionista para ello. Esta práctica se puede denominar como activismo.
- ✓ No hacer nada y mantenerse fiel al equipo directivo.

Los aspectos negativos asociados a estos accionistas derivan de la doble relación de agencia inherente a ellos (figura 3): la derivada de su relación con los partícipes (relación I) y la de su relación con el equipo directivo de la empresa (relación II).

⁷ La ley de banca de 1933 (The Banking Act), más conocida como ley Glass-Steagall, prohibía a los bancos americanos a adquirir participaciones accionariales en las empresas del país, excepto cuando las acciones provenían de la renegociación de préstamos. Esta ley fue derogada en 1999 por la ley de modernización de servicios financieros, más conocida como ley Gramm-Leach Bliley.

Figura 3: modelo de agencia de los inversores institucionales (Schneider, 2000).



Fuente: elaboración propia.

Según Schneider, el intento de solventar los problemas de agencia de la relación I (conflictos de interés internos del propio inversor institucional) podría llevar a condicionar de manera importante la labor de principal del inversor institucional en la relación II (aquella derivada de la condición de accionista), poniendo en duda la capacidad y eficiencia comentada previamente.

4.3 MERCADO DE CONTROL CORPORATIVO

El mercado de control corporativo se encuentra más desarrollado en aquellos países donde los mercados financieros tienen mayor importancia. Se materializa preferentemente como una pobre evolución de la cotización de un determinado valor, reflejando una deficiente gestión por parte del equipo directivo.

Al mercado de control corporativo se le suele atribuir la función de “mecanismo de último resorte”, en el sentido de que se activa una vez se demuestra la ineficacia de los mecanismos de control interno, especialmente, del consejo de administración.

La OCDE establece para este mecanismo las siguientes dos características:

- ✓ Se encuentra ligado a los mercados financieros, materializándose a través de la transmisión de acciones de un propietario a otro.
- ✓ El movimiento del precio de las acciones, vehículo a través del cual se materializa la operación, refleja, en teoría al menos, los resultados de la gestión del equipo directivo.

4.4 ENDEUDAMIENTO

La deuda desempeña un doble papel dentro de las relaciones de agencia. Por un lado, puede ser fuente de costes de agencia por la incorporación de un nuevo agente a la ecuación (el acreedor), pero por otro lado, las obligaciones que conlleva la deuda para el equipo directivo suponen un factor de control añadido a su actuación (mecanismo de control). Aspectos negativos de la deuda: un posible cambio del perfil de riesgo de las compañías endeudadas por parte de los propietarios, y el posible efecto infrainversión futura, especialmente en aquellas empresas con elevadas oportunidades de crecimiento. Los aspectos positivos: la deuda ayuda a reducir los costes de agencia derivados de una elevada generación de flujos de caja libre y es una señal que lanzan las empresas endeudadas al resto de actores económicos.

Las oportunidades de crecimiento que tiene una empresa desempeñan un papel determinante a este respecto. En un entorno de ausencia de oportunidades de crecimiento, el endeudamiento ayudará a minorar los posibles costes de agencia derivados de un defectuoso uso de los flujos de caja libre, mientras que en un entorno de fuerte crecimiento, un excesivo endeudamiento puede alterar las decisiones futuras del equipo directivo provocando el abandono de proyectos rentables en un futuro, disminuyendo de esa manera el valor actual de la empresa.

Por último, cabe destacar la similitud que ciertos autores observan entre endeudamiento y reparto de dividendos. Aunque desde el punto de vista financiero ambas políticas son de naturaleza distinta⁸, desde el punto de vista de la teoría de agencia pueden llegar a desempeñar papeles similares. En esta línea, la política de dividendos podría ser utilizada también para reducir el flujo de caja libre existente, minorando potenciales costes de agencia. De la misma manera, la política de dividendos podría ser utilizada como señal al mercado sobre una favorable evolución futura de los beneficios de la empresa.

4.5 MERCADO LABORAL DE LOS DIRECTIVOS

El último de los mecanismos externos de control al equipo directivo, y posiblemente el de menor entidad. El equipo directivo estará “vigilado” por su propio mercado, esto es, por el mercado laboral de los directivos, tanto desde fuera de la empresa como desde dentro de la misma.

La disciplina externa viene determinada por la presión que recibe la empresa a la hora de establecer una política retributiva acorde a los logros obtenidos por el equipo directivo. De no ser así, el mercado laboral ofrecerá incentivos al buen directivo para abandonar la empresa. La disciplina interna, deriva de la propia competitividad entre directivos que lleva a que estos se controlen entre sí dentro de la empresa.

5 GOBIERNO CORPORATIVO ESPAÑA

La literatura reciente sitúa el gobierno corporativo español en un punto intermedio entre los dos modelos de gobierno corporativo comentados previamente, mostrando una evolución desde el modelo interno hacia el modelo anglosajón (Aguilera, 2005; Tribo et al, 2007). En concreto, Aguilera (2005), en su trabajo sobre la relación entre el gobierno corporativo de un determinado país y el desarrollo del mercado laboral en el mismo, destaca el carácter único del gobierno corporativo español, que evoluciona hacia un modelo híbrido, adoptando prácticas de diversos modelos, especialmente del anglosajón⁹. En esta línea, el conocido como informe

⁸ Los dividendos responden a una política retributiva del capital, estando ligados principalmente a la obtención de beneficio por parte de la empresa, mientras que el endeudamiento responde más bien a la estructura de capital óptima de la empresa, dependiendo entre otros factores del coste relativo frente al capital.

⁹ Como ejemplo de ello se puede citar el código Olivencia, que recoge las recomendaciones establecidas para las sociedades cotizadas por la comisión especial creada a tal efecto por el Consejo de Ministros en su reunión de 28 de febrero de 1997. Dicho código Olivencia guarda especial relación con el “*Cadbury report, 1992*” de la legislación inglesa. R.E.D.S. núm. 2, mayo-agosto 2013 ISSN: 2340-4647

Aldama¹⁰ destaca el proceso de transición en la que España se encuentra inmersa hacia un modelo centrado en los mercados de valores.

En una línea similar, Tribo et al (2007) destacan tres aspectos que hacen peculiar el gobierno corporativo español:

✓ Bajo desarrollo de los mercados de capitales en comparación a los países anglosajones, pero superior al de países como Alemania y Japón, considerados como estandartes del modelo interno de gobierno corporativo. Así, según datos del Banco Mundial¹¹, en el año 2011 el ratio de capitalización sobre PIB se situaba en el 69,80%, mientras que en el Reino Unido alcanzaba niveles de 118,70% y en Alemania, en cambio, se quedaba en el 32,90%.

✓ Bajo nivel de protección de los inversores. Así, en el informe *DoingBusiness* del Banco Mundial (junio 2012)¹², España se situaba en el puesto 24 de 31 dentro del conjunto de países pertenecientes a la OCDE.

✓ Elevada concentración de propiedad en respuesta a dicha menor protección de los inversores, pero inferior a la encontrada en países como Alemania y Francia, países situados de manera similar en el ranking del Banco Mundial comentado en el punto anterior.

El debate normativo en torno al gobierno corporativo en España surgió, al igual que en el resto de los países, en torno a la comentada problemática derivada de la separación entre la propiedad y la gestión. Dicha separación, junto a la consecuente asimetría de información entre ambas partes, tal como constata el informe Olivencia, es algo inherente al conjunto de las empresas que apelan a los mercados de capitales. El conjunto de los códigos de buen gobierno publicados en España a lo largo de los últimos años han impulsado la máxima transparencia posible en la información generada por parte del equipo directivo hacia los accionistas de la compañía. Los mencionados códigos se han materializado en la práctica no por vía legislativa sino por vía de conjunto de recomendaciones, siguiendo los principios de voluntariedad y de “cumplir o explicar”. La autorregulación persigue el objetivo de que los mercados financieros premien a aquellas empresas que mejor desarrollen su propio gobierno corporativo. Se impulsa la mayor transparencia en la actividad directiva y la necesidad de tener que explicar el motivo del no cumplimiento de las recomendaciones recogidas en los diversos códigos de gobierno.

Los diversos códigos aprobados en los últimos años han sido los siguientes:

✓ Informe sobre el consejo de administración y el código de buen gobierno (código Olivencia).

✓ Informe para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas (informe Aldama).

✓ Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas (código Conthe).

Respecto al último de los códigos aprobados (código Conthe), éste da respuesta a lo establecido en la orden ECO/3722/2003 sobre el requerimiento a la CNMV de elaborar un documento recogiendo las recomendaciones de gobierno corporativo existentes. El Gobierno estableció la creación un grupo especial de asesoramiento a la CNMV¹³, con el fin de que dicho

¹⁰ “Informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas” (8 de enero de 2003)

¹¹ <http://data.worldbank.org/indicator/CM.MKT.LCAP.GD.ZS> (último acceso 8/3/2013).

¹² <http://www.doingbusiness.org/rankings> (último acceso 8/3/2013).

¹³ Acuerdo adoptado el 29 de julio de 2005.

documento único no se limitara únicamente a refundar las recomendaciones ya existentes, sino que adoptara también las recomendaciones formuladas por otros organismos como la OCDE o la Comisión Europea.

El código unificado, al igual que sus precedentes, se materializa también vía recomendaciones de cumplimiento voluntario, debiendo explicación en caso de no cumplimiento. No obstante, el denominado código Conthe es mucho más detallado que los anteriores¹⁴, situándose en determinados aspectos más cerca de un criterio reglamentario que de uno de autorregulación. En esta línea, el código unificado introduce un apartado de definiciones vinculante, es decir, cada una de las sociedades, aún siendo libre de adoptar o no determinada recomendación, deberá respetar el significado que el código establece de los conceptos recogidos en dichas recomendaciones¹⁵.

Las principales recomendaciones del código unificado se recogen en el cuadro 2.

Cuadro 2: Recomendaciones cuadro unificado

<p>Limitaciones estatutarias: aspecto novedoso en comparación con los códigos precedentes. Con el fin de eliminar obstáculos al desarrollo del mercado de control corporativo, el código recomienda la eliminación de los límites de voto existentes en los Estatutos de varias sociedades, al igual que otras restricciones que pudieran dificultar la toma de control de la sociedad.</p>
<p>Junta General de Accionistas: al igual que en el informe Aldama, las recomendaciones en este código persiguen también el facilitar al conjunto de accionistas su participación en la misma. Tres recomendaciones son especialmente relevantes:</p> <ul style="list-style-type: none">✓ Conocimiento del detalle de los acuerdos a adoptar en el mismo momento de la publicación del anuncio de la Junta.✓ Votación separada de asuntos, especialmente en lo referente al nombramiento o ratificación de consejeros y a la modificación de determinados artículos de los Estatutos.✓ Fraccionamiento de voto, a fin de que los intermediarios financieros que actúen como fiduciarios puedan emitir sus votos acorde a las instrucciones recibidas por cada uno de los clientes.
<p>Consejo de Administración: en líneas generales se sigue con la filosofía establecida en los códigos anteriores, aunque con un desarrollo mucho más detallado de las recomendaciones. Las principales recogidas en torno a este punto son las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none">✓ Objetivo: el código Conthe entiende que el objetivo final del consejo debe ser el maximizar el valor económico de la empresa. Ello no es óbice, en cambio, para que se respete la legalidad vigente y se cumpla con las obligaciones contractuales concertadas, así como con los principios de responsabilidad social establecidos.✓ Tamaño: al igual que el código Olivencia, establece entre cinco y quince consejeros el tamaño óptimo para el consejo.

¹⁴ 74 recomendaciones, en contraste, por ejemplo, con las 23 del código Olivencia.

¹⁵ "...las sociedades podrán optar libremente por seguir o no la Recomendación número 13 sobre consejeros independientes, pero no podrán calificar como "independiente"...a un consejero que no reúna las condiciones mínimas establecidas en el epígrafe 5 del apartado III de definiciones de este Código." (Código Conthe, pp. 11)

✓ Composición del consejo: el código Conthe mantiene los tres tipos de consejeros establecidos en los códigos precedentes, añadiendo una precisa definición para el caso de los consejeros externos. Las principales recomendaciones recogidas son las siguientes:

- Presencia de un tercio de consejeros independientes, recomendando la no pertenencia de éstos durante un período continuado superior a los doce años.
- Presencia mayoritaria de consejeros externos a fin de cumplir con la función de supervisión inherente al consejo de administración.
- Proporcionalidad entre los consejeros externos acorde a la existente entre la participación accionarial que representan los consejeros dominicales y el capital flotante existente.
- Diversidad de género: el código pretende impulsar la participación femenina en los consejos de administración, recomendando al consejo, en caso de presencia escasa de consejeras, que explique los motivos de dicha ausencia, y a la comisión de nombramientos que facilite la presencia de mujeres en los procesos de selección.

✓ Presidente: al igual que el código Olivencia, el debate principal gira en torno a la conveniencia de aglutinar en la misma persona las figuras de presidente y de primer ejecutivo de la compañía. El código Conthe no se pronuncia sobre la mejor alternativa, pero recomienda habilitar a uno de los consejeros independientes ciertas funciones de “contrapoder”.

✓ Comisiones: el presente código sigue las pautas establecidas por el código Olivencia, eliminando la comisión de estrategia recogida por el informe Aldama. El código Conthe entiende que la función de estrategia es algo inherente al propio consejo, no siendo necesaria la creación de ninguna comisión para dicha función. Las comisiones recogidas en el presente código son las siguientes:

- *Comisión delegada o ejecutiva*: al igual que en los códigos anteriores, este código también recomienda el mantenimiento en esta comisión de la misma proporcionalidad mantenida en el consejo de administración en cuanto a tipos de consejeros.
- *Comisiones de supervisión y control*: el código incluye una serie de recomendaciones generales para las comisiones incluidas dentro de este grupo. La principal es que el presidente sea consejero independiente y que la comisión este compuesta exclusivamente por consejeros externos, con un mínimo de tres. Las comisiones establecidas son las siguientes:
 - *Comisión de auditoría*: el código recomienda a esta comisión ocuparse de aspectos de auditoría interna y de gestión de riesgos.
 - *Comisión de nombramientos*: en línea con los códigos precedentes, éste recomienda también que los consejeros independientes sean propuestos por esta comisión, mientras que la designación del resto de consejeros sea al menos informada a dicha comisión.
 - *Comisión de retribuciones*: en línea con los códigos anteriores, el código Conthe recomienda que esta comisión defina la política de retribución de los consejeros y altos ejecutivos.

Fuente: elaboración propia.

6 CONCLUSIONES

El debate en torno al gobierno corporativo y la manera de reducir los costes de agencia sigue en pie, a pesar de los múltiples trabajos publicados en la literatura. El origen legal parece influir de manera determinante en el desarrollo de las prácticas de gobierno corporativo. Así, en aquellos países con origen legal en el derecho común, los mercados financieros actúan de eje central del desarrollo del gobierno corporativo, mientras que, en aquellos países con origen legal en el derecho civil, la concentración de propiedad y el sistema bancario ganan protagonismo. En el caso de España, perteneciente al segundo de los grupos, ciertos autores lo sitúan en una fase de transición entre el modelo continental y el modelo anglosajón. No obstante, a pesar de dicha transición, la concentración de propiedad sigue siendo la nota destacada del gobierno corporativo español.

Por último, cabe reseñar el desarrollo normativo que se ha realizado en los últimos años en la mayoría de los países principales en torno al gobierno corporativo. En el caso español, dicho desarrollo se ha materializado mediante diversos códigos de buena conducta con recomendaciones respecto a determinados aspectos empresariales, especialmente al funcionamiento de los consejos de administración.

REFERENCIAS

Aguilera, R. (2005). Corporate Governance and Employment Relations: Spain in the Context of Western Europe, en Gospel, H. F. y Pendleton, A. (2005). Corporate Governance and Labour Management: An International Comparison. Ed. Oxford University Press, Oxford.

Alchian, A. y Demsetz, H. (1972). Production, Information Costs and Economic Organization. The American Economic Review, Vol. 62, N° 5, pp. 777-795.

Álvarez, N. y Mendialdea, B. (2010). La influencia de la financiarización sobre el gobierno corporativo de la empresa: el papel de los inversores institucionales. Revista de economía mundial, Vol. 24, pp. 165-191.

Berle y Means (1932). The Modern Corporation and Private Property. MacMillan Publishing Co. Nueva York.

Coase, R. H. (1937). The Nature of the Firm. Economica, New Series, Vol. 4, N° 16, pp. 386-405.

Conthe Informe (2006). Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas, Madrid, disponible en <http://www.cnmv.es/publicaciones/CUDefinitivo.pdf>

Cuervo García, A., Fernández, A. I. y Gómez Ansón, S. (2002): Mecanismos externos de control de la empresa: el papel de los bancos y el mercado de control en entorno de baja protección del inversor. Ekonomiaz. Vol. 50, pp. 54-73.

Denis, D. K. y McConnell, J. J. (2003). International Corporate Governance. Journal of Financial and Quantitative Analyses, Vol. 38, N° 1, pp. 1-36.

Eisenhardt, K. M. (1989). Agency Theory: An Assessment and Review. Academy of Management Review, Vol. 14, N° 1, pp 57-74.

Fama, E. (1980). Agency Problems and The Theory of the Firm. The Journal of Political Economy. Vol. 88, N° 2, pp. 288-307.

Jensen, M. y Meckling, W. (1976). Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. Journal of Financial Economics, Vol. 3, N° 4, pp. 306-360.

Maher, M. y Andersson, T. (2000). Corporate Governance: Effects on Firm Performance and Economic Growth. OCDE *Working paper*. Paris.

Markowitz, H. (1952). Portfolio selection. The Journal of Finance. Vol. 7. N° 1, pp. 77-91.

Modigliani, F. y Miller, M. (1958). The cost of capital, corporation finance and the theory of investment. The American Economic Review, Vol. 48, N° 3, pp. 261-297.

Schneider, M. (2000). When financial intermediaries are corporate owners: an agency model of institutional ownership. Journal of Management and Governance, Vol. 4, pp. 207-237.

Shleifer, A. y Vishny, R.W. (1997). A survey of corporate governance. The Journal of Finance. Vol. 52, N° 2, pp. 737-783.

Solís, J. L. (2006). El Código Conthe: claves del buen gobierno. Estrategia Financiera, Vol. 231, pp. 50-55.

Tribo, J. A., Berrone, P. y Surroca, J. (2007). Do the Type and Number of Blockholders Influence R&D Investments? New evidence from Spain. *Corporate Governance*. Vol. 15, Nº 5, pp. 828-842.

EL PRECIO DE LAS COSAS PAC Y LAS PYMES: EL FUTURO QUE NOS ESPERA

Puerto Solar Calvo
Jurista II.PP. Ministerio del Interior
Especialista en Ordenamiento Jurídico UE UNED
DA Derechos Fundamentales UAM
LL. M Derecho Penal Europeo Ruprecht Karl Universität Heidelberg
Licenciada en Derecho Económico Universidad Deusto

Fecha de recepción: 08 de abril de 2013

Fecha de aceptación: 08 de mayo de 2013

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN O DE QUIÉN SOMOS ESCLAVOS. 2.- LA VIDA QUE LLEVAMOS; LA VIDA QUE QUEREMOS LLEVAR. 3.- MARCO NORMATIVO EUROPEO. 3.1.- BREVE HISTORIA DE UN CAMBIO. 3.2.- EL HORIZONTE 2020 COMO RESPUESTA. 4.- MÁS CAUSAS PARA LA SITUACIÓN ACTUAL O EL HASTA DÓNDE DE LA UTOPIÍA. 5.- ALGUNAS CONCLUSIONES: LOCALIZAR Y EXTENDER LA RIQUEZA. 6.- BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Los acuerdos alcanzados el 20 de marzo de 2013 en materia de PAC en el seno de la UE, incitan a que nos preguntemos por el pasado, presente y futuro de nuestro sector productivo.¹ Y ello, poniendo el foco de atención en la política que más presupuesto de la UE compromete, la Política Agrícola, pero también, en paralelo y relacionado con ello, en esos otros sectores de la producción local que tanto peligran en el sistema productivo hacia el que caminamos. Y lo anterior, desde una perspectiva que trata de llamar la atención sobre su particular importancia. Sólo una producción local, o mejor, sólo un sistema económico que asegure una producción localizada, posibilita y garantiza la continuidad de los pequeños núcleos urbanos y la forma de vida que conllevan. En paralelo, sólo con ellos y a través de los mismos, se consigue que al menos en una parte aún minúscula de nuestro planeta, continúe existiendo algo parecido a una economía productiva y no meramente especulativa.

ABSTRACT: The agreements achieved on 20th march 2013 on Agriculture Policy in the EU, lead to some questions about past, present and future of our productive system. This, not only from the point of view of the productive sector that demands more European budget, the agricultural one, but also taking into account other local productive sectors, which are in danger in this new global productive system towards we seem to walk. All of it, trying to understand its real meaning and importance. Only a local productive system, or better, a productive system that allows local production, can assure the continuation of small and medium urban zones and its way of life. Also, at the same time, only in this way, we can assure the continuation of a productive economy and not only a speculative one.

¹Dentro de las negociaciones presupuestarias para alcanzar un marco plurianual (2014-2020) de cierta estabilidad, la semana pasada se acordaron las premisas básicas a seguir en materia de PAC que, a tenor del Gobierno Español aseguran la continuidad de la PAC en los próximos siete años. Para más información, www.efegagro.com.

PALABRAS CLAVE: Libertad, Producción, PAC, Horizonte 2020, Localización, Ciudadanía

KEY WORDS: Freedom, Production, Agricultural Policy, Horizon 2020, Location, Citizenship

1.- INTRODUCCIÓN O DE QUIÉN SOMOS ESCLAVOS

La esclavitud como tal, esa que todo hemos definido y consensuado, desapareció hace muchos años, pero puesta cíclica y reiteradamente de moda, a raíz de las películas que llegan a la cartelera, conviene que nos preguntemos acerca de esas otras esclavitudes modernas, menos presentes, menos sutiles, pero que sin duda, también nos someten.² ¿Qué es ser libre? Difícil, muy difícil contestar a esta pregunta. Filósofos y eruditos han tratado y buscado dar respuesta a la misma.³ No sólo tratando de definir lo que en sí puede ser la libertad, sino también y más importante, tratando de encontrar la manera de ser coherentes con las definiciones que de ello aportaban. Lo difícil no es hablar, ni siquiera escribir. Lo verdaderamente complicado es ejercer eso que hablamos y escribimos y ser coherentes con ello, ser personas de una sola pieza, no tener nada que ocultar ni, mucho mejor, ocultarnos.

Pero volvamos a hacer un intento por definir la libertad. Aunque sea desde una perspectiva más casera y del todo alejada de pretensiones históricas. La libertad, la primaria, la originaria, la verdaderamente básica viene de eso tan fundamental que a todos nos condiciona, eso del poder comer. Quien tiene qué comer, tiene libertad, o, al menos, una cierta parcela de libertad dentro de la que disfrutar. Cubiertas nuestras primeras necesidades es cuando nos surgen las posibilidades de actuación, de acierto y desacierto. Tenemos tiempo para dedicar a algo que no sea el tener que conseguir comida, el buscarnos el sustento. Y en sociedades como la nuestra, tenemos ya remanente de riqueza que cambiar por mero ocio.

Sin embargo, más importante que todo lo anterior, de esa suficiencia digestiva vienen otras libertades más relevantes que la de tener tiempo libre o la capacidad de adquirir bienes de necesidad secundaria. Tener el estómago lleno, nos permite ser libres a nivel de pensamiento. Aunque sólo, he ahí el truco de la cuestión, el ardid del planteamiento de quien se cree radicalmente libre, aunque sólo sea hasta el límite de que esa suficiencia digestiva vuelva a estar en riesgo.

Pues bien, en ese contexto, teniendo en cuenta la perspectiva expuesta y en paralelo a lo dicho antes al definir la libertad, la esclavitud primigenia, esa que decimos ser más propia de antes, esa que a todos nos parece superada, tiene mucho que ver con las necesidades más primarias, con eso de no tener el estómago lleno. Frente a ella, la esclavitud de ahora es una esclavitud derivada. Entonces, teniendo las primeras necesidades cubiertas ¿de dónde vienen nuestras esclavitudes?

Unas vienen de fuera. El sistema, la estructura, lo que unos u otros han ido construyendo para todos. Lo que unos pocos han determinado como válido. Lo que se impone o nos han impuesto. Pero no nos equivoquemos. Con lo anterior no quisiera inducir al error de considerar, o mejor, al error de que yo considere, que son sólo unos pocos los que mandan, que hay un club selecto que nos impone y dictamina en la sombra.⁴ Sí y no, o tan

² Películas como *“Lo que el viento se llevó”* incluyen la esclavitud entre su paisaje habitual, haciéndolo de un modo incluso amable y sin incitar excesivamente a que nos preguntemos acerca de ella. Otras películas más recientes abordan el tema de la esclavitud de manera más profunda, algunas de modo directo y otras, más incidental, tratando de la discriminación racial con la esclavitud como fondo histórico. Destacan *“Django”* de Tarantino, donde a través del esperpento y el sarcasmo se trata de llevar al espectador a reflexiones que traspasan en mero entretenimiento, y la exitosa *“Lincoln”* de Steven Spielberg, en que se muestran las tensiones que produjo la abolición de la esclavitud en EE.UU. y el particular contexto histórico y social de aquel momento. Sea como sea, escojamos la perspectiva lúdica o la más seria, unas y otras dan a entender que los tiempos de los que hablan ya pasaron. Y aunque pasaron, aunque es cierto eso que dicen, también lo es que hay muchas maneras de ser esclavos y que de entre ellas, algunas de esas maneras, quizá estén mucho más en boga de lo que imaginamos.

³ Así, desde los griegos hasta los filósofos existencialistas. Y a la vez, con orientaciones bien distintas, desde la perspectiva de la consecución de la libertad individual, hasta la que se configura y ejerce en el contexto estatal. Ésta última con gran desarrollo en la época de estructuración de los Estados modernos y contando con filósofos como Rousseau y otros estadistas como principales valedores.

⁴ Daniel Stulin, escritor, investigador y orador ruso, trabajó en los servicios de contraespionaje del Servicio Federal de Seguridad. En la actualidad, destaca por su investigación del Club Bilderberg, sus miembros, proceso y R.E.D.S. núm. 2, mayo-agosto 2013

sólo en parte. Me explico. Por supuesto que hay clubes, grupos, lobbies de presión mediática o económica, o ambas a la vez, que vienen a decirnos lo que vale cada cosa en este mundo que vivimos, y, mucho peor, la viabilidad de lo que en cada momento pretendemos, el hasta dónde de la realidad de nuestros sueños. Pero lo anterior hasta cierto punto y hasta donde nosotros le dejemos.

Hasta cierto punto porque todos, incluso los más poderosos, los que desde la sombra, siempre desde la sombra, toman decisiones, todos estamos sometidos al caos, al devenir caótico que las normas de la física social imponen. Como fenómenos naturales imparables, la vida y sus acontecimientos, lo que nos pasa, también nos resulta en muchas ocasiones incontrolable por mucho que pretendamos y trabajemos constantemente en lo contrario.

Y hasta donde nosotros le dejemos, porque, sin pretender volver al renacer de David contra Goliat, sólo nosotros somos los soberanos de nuestra vida. Pretendemos iniciar movimientos sociales, siempre en grupo, siempre en la masa, buscamos el apoyo del otro o los otros en los que nosotros y nuestra propia actuación quede difuminada. Nos frustramos a menudo por sus nimios o mediatizados resultados. Sin embargo, no nos damos cuenta del poder que como individuos tenemos, lo irresponsables que somos al no ejercerlo y el sometimiento que todo ello entraña y que de ello mismo deriva. El poder que tenemos de actuar a nuestro antojo en el espacio que nos es propio, aunque sea tanto o más reducido que un cuadrado.

Ese es nuestro verdadero poder. Carecer del mismo o no ejercerlo, nuestra auténtica debilidad, y la llave, la clave de la que se aprovechan todos los que, dentro del caos, quieren, a cualquier nivel, manejarnos.

2.- LA VIDA QUE LLEVAMOS; LA VIDA QUE QUEREMOS LLEVAR

Entonces, si somos en definitiva libres, o libres hasta cierto punto: ¿Por qué y de quién somos esclavos? Y más allá, preguntándonos por aquello en lo que lo anterior se traduce, ¿Qué nos impide llevar la vida que queremos y deseamos? ¿Nos damos cuenta de ello? ¿Somos conscientes de las consecuencias vitales en que las limitaciones que nos imponen o nos imponemos, se traducen?

Y así, buscando justificación para ello y de modo casi inevitable, volvemos de nuevo al principio, al sistema. Pero otra vez también, en el mismo sentido que antes, hemos de destacarnos a nosotros como foco principal del problema. Y es que si queda más o menos claro el porqué de que el sistema se imponga, no lo está tanto el porqué de lo que decíamos antes, el porqué de que con el potencial que tenemos, no nos atrevamos sin embargo a ser lo que queremos. Esto, aunque lo que queremos, aunque lo que deseamos, lo sea tan sólo dentro del marco más o menos amplio de posibilidades que el sistema nos permite y deja.

Otra vez, los mismos protagonistas acaparan la escena: el sistema y nosotros mismos. Pero actuando ahora con papeles distintos, o mejor, representando personajes con matices más ricos. Ello, porque el sistema no actúa sólo por sí mismo, sino que en tanto que bloque, estructura que todo lo abarca y, engrasada y preparada para ello, influye también en el segundo y tan importante factor, en la parte del juego de decisiones que tanto

criterio de selección de los mismos, sus reuniones más o menos secretas y ocultas, su poder y la manera en que se ejerce el mismo. Cuestiones todas ellas que, a tenor de lo que el autor refiere, le han costado no pocas amenazas a lo largo de su carrera. En lo que nos interesa, y sin falta de razón por su parte, sostiene que el poder como tal, los focos de poder real, el poder verdaderamente ejercido, nos resulta oculto al común de los mortales, al común de los ciudadanos, sujetos pasivos de una información que siempre nos llega a medias, por medios mediatizados o que nos mediatizan. Así, en un teatro de aparente normalidad y autonomía democráticas, se nos oculta quiénes son los que deciden sobre nuestras vidas, los caminos permitidos por los que dar contenido a las mismas, y, más aún, de manera más aterradora, el escaso margen de decisión que, a pesar del teatro democrático o quizá por contribución del mismo, tenemos al respecto. Destaca en este sentido, STULIN, D., *“El Club Bildelberg”*, Ed. del Bronce, 2006.

dependen de nosotros mismos. Es decir, el sistema no sólo nos impide como tal y por sí mismo hacer lo que queremos al imposibilitarlo, sino que, más allá, nos educa para dudar que sea posible aquello que podemos objetivamente hacer. Sin que nos demos cuenta, nos educa constante para hacernos sentir atados de pies y manos.

Si, como decíamos antes, la esclavitud primigenia viene de eso del no comer, de tener que buscarnos el sustento, la amenaza más potente contra nuestra libertad vendrá justo de ahí, del miedo a volver a ser lo que fuimos, seres dependientes de las más bajas pasiones de nuestro estómago y los estómagos de los que de nosotros dependen. Sin embargo, superada esta esclavitud surgen otras. Las esclavitudes derivadas de la satisfacción de la primera, las más propias de nuestra época, producto del efecto más sutil del sistema en que vivimos sobre nosotros mismos y nuestra más íntima capacidad de autonomía. Conceptos y sensaciones generadas y educadas que le hacen el trabajo sucio a la estructura que se nos impone, provocando que nos convenzamos de que el modo de vida que llevamos es el único posible.

Así, ambición, trabajo, prestigio y, por supuesto, entre las sensaciones, entre las emociones, el miedo. Y es que, muchas veces no será la realidad y sus imposiciones las que coarten nuestras actuaciones, sino la representación que de ella nos hagamos. Pues, qué pesa más, la realidad de una alta probabilidad de no tener comida o el miedo que nos amenaza con la remota y lejana probabilidad de no tenerla. Y si para la fuente primera de nuestras esclavitudes, las sensaciones, las emociones, la representación de realidades es importante, mucho más lo es para las restantes, reducidas en muchos casos a ellas.

Resultado de lo anterior, el trabajo, lo que hacemos, pocas veces responde a nuestras expectativas, pocas veces logramos hacer que se parezca a lo que de pequeños soñamos que debían ser nuestros trabajos. La ambición, el prestigio, lo que creemos que los demás esperan de nosotros, son todas sensaciones acumuladas, expandidas y consolidadas que hacen que acabemos nuestros días sin hacer lo que realmente queríamos hacer, lo que debíamos haber hecho, aquello con lo que más y mejor hubiéramos disfrutado. El sistema que nos hace entrar en una rueda que quizá no sea la nuestra, que no hubiéramos querido nunca que lo fuera. Y por supuesto, como todo en la vida, trabajo y vida personal se mezclan y van de suyo en un solo bloque de cemento. Difícil, muy difícil, que haya carreras disfrutadas, verdaderamente gozosas, en personas que han tenido que dejar por el camino más de un cadáver a las puertas de su casa. Y viceversa. Se complica la felicidad casera, cuando el que la intenta vive una situación laboral frustrante y amargada. Como niños que lo pasan mal en la escuela. En eso nos convertimos a veces de mayores.

El sistema que nos impide; el sistema que nos educa; y que no contento con eso, nos genera sensaciones que consolidan el comportamiento que propugna para cada momento. Y nosotros, nosotros que vivimos como sujetos pasivos que nunca encaran de frente al toro y que, como en las catástrofes naturales, nos dejamos llevar por la corriente de agua, a veces, incluso, placenteramente. Y nosotros, a partes iguales con el sistema o llevados los unos por el otro, que no nos dejamos decidir y ejercer sobre nuestro bien máspreciado, sobre nuestra propia vida.⁵

⁵ El filósofo y periodista A. Groz, en un libro revelador, tanto por el motivo del mismo como por el momento de su vida en que lo publica, escribe sobre las esclavitudes propias de nuestro tiempo, esas a las que nos estamos refiriendo y que condicionan nuestras vidas hasta hacerlas irreconocibles para sus actores principales, hasta anularnos completamente, siendo meras sombras de los protagonistas que quizá algún día fuimos. Así, en cuanto al desarrollo industrial y económico dice que: *“La expansión de las industrias transforma la sociedad en una máquina gigantesca que, en lugar de liberar a los seres humanos, restringe su espacio de autonomía y determina cuáles son los fines que deben perseguirse y cómo. Nos convertimos en los esclavos de esta megamáquina. La producción ya no está a nuestro servicio, sino que nosotros estamos al servicio de la producción. Y, a causa de la profesionalización simultáneo de cualquier tipo de servicios, nos volvemos incapaces de hacernos cargo de nosotros mismos, de auto-determinar nuestras necesidades, y satisfacerlas por nuestra cuenta: somos en todo de pendiente de ‘profesionales incapacitantes’.* Y en el mismo sentido que reclamamos, con la misma urgencia de quien siente que la avalancha le arrastra y lleva, el autor confiesa: *“Me dije que, para entender el alcance de las conmociones que se anunciaban en todos los ámbitos, eran necesarios más espacio y tiempo de reflexión de lo que me permitía el ejercicio con dedicación exclusiva del oficio de periodista.”* Como decimos, se trata de extractos de un libro R.E.D.S. núm. 2, mayo-agosto 2013 ISSN: 2340-4647

El problema que a continuación se plantea no es más que un ejemplo de lo expuesto. Uno de muchos, pero que sin embargo, aúna elementos para hacer lo anterior mucho más plástico, pues nos habla de los bienes más primarios y de esclavitudes, tendencias que se imponen o eso nos parece. Y es que: ¿Qué pasa en nuestros pueblos? ¿Qué pasa con la vida rural? ¿Hacia qué tipo de economía y por ende, sociedad, tendemos? En definitiva, ¿Qué es lo que queremos? Y, más importante, ¿Vamos hacia donde queremos?

Descorazona ver pueblos enteros pertenecientes a comarcas anteriormente emergentes, sumergidos, no sólo en pobreza económica, sino poblacional, abandonados a una desolación paisajística arrolladora en un marco general de dejadez y decadencia. Paralelamente, en trayectoria inversa, ciudades inmensas que continúan llenándose de personas que no quieren estar en ellas, pero que a ellas se ven abocadas, gente que sueña con otra vida, pero que por motivos económicos, de carácter primario o derivados del propio prestigio y otras esclavitudes más secundarias, acaba por sucumbir a lo que cree que es inevitable.

En definitiva, ciudades enormes que se hacen irrespirables, ingobernables, donde el individuo y la sociedad se diluyen, frente a núcleos de población antes ricos y sostenibles, que acaban desapareciendo.⁶ Un sistema, el económico y el derivado social que conlleva, que se ha impuesto de un modo muy determinado, y para determinar nuestra forma de vida, hasta el punto de hacernos olvidar que existen otras y que podemos, incluso, elegir vivirlas.

Analizamos a continuación la historia y situación de la Agricultura y las PYMES en nuestro país. A través de ellos, sustento primario de la producción descentralizada y autóctona, procuraremos dar respuesta práctica a las preguntas que antes planteábamos de modo general y abstracto. Para ello, descendemos del nivel internacional al nacional, nos cuestionamos sobre la inevitabilidad de estos cambios que se imponen y se nos imponen en los últimos años, para finalmente, alcanzar una serie de conclusiones.

3.- MARCO NORMATIVO EUROPEO

¿Dónde empezó lo anterior? ¿Cuál es el origen de esa tendencia? Si hablamos con gente de campo, con los verdaderamente conocedores del asunto que abordamos, nos dirán, como los pescadores al analizar la Política de Pesca y sus consecuencias, que todo empezó o comenzó a acabarse con Europa. País como somos, receptor de ayudas y beneficios, poca eficacia parecen haber tenido cuando la sensación generalizada es la de que nuestra entrada en la UE y con ella, en el Mercado Único, supuso la caída en picado de sectores hasta entonces productivos.

¿Y el pequeño empresario, autónomo o emprendedor que ve que su actividad queda engullida en el inmenso marasmo de las grandes empresas, que no puede hacer frente a la deslocalización? ¿A qué se debe haber llegado a esta situación? Pues un poco a lo mismo aunque con sus matices y en un contexto más amplio; principalmente, la globalización, la internacionalización de los mercados y la apertura comercial con la subsiguiente bajada de precios por falta de competitividad frente a las economías de países emergentes.

especialmente revelador, reflexivo y para la reflexión, en que Groz dirige a su esposa, enferma crónica desde hace años, reflexiones lúcidas y llenas de sentimiento, o mejor, producto del mismo, que el autor decide dejar por escrito antes de ejercer su último acto de voluntad vital: quitarse la vida con la persona a la que tanto amó y amaba. GROZ, A., *Carta a D. Historia de un Amor*, Paidós, 2012.

⁶ Ejemplo inverso de esa inevitabilidad, Alemania destaca como paradigma de desarrollo con ciudades intermedias, con servicios básicos distribuidos conforme a una lógica más equitativa y de tendencia geográfica menos caótica.

Si bien la anterior visión parece echar balones fuera, poniendo el foco únicamente en los cambios económicos acaecidos en los últimos años, con el toque reduccionista de lo que se mira, analiza y valora una vez pasado el tiempo; si bien lo cierto es que aquella economía, aquel sistema productivo era válido en un contexto muy determinado y muy distinto al nuestro, también lo es que la globalización en general y la PAC en particular, han tenido consecuencias no siempre deseables. El presente trabajo no pretende negar la realidad, pues la misma existe y es imposible volver al pasado. Pero sí se puede analizar la misma y saber si hay maneras realistas de enfrentarla, conservando aunque sea en parte, algo de lo que estamos perdiendo, algo del bienestar que, a raudales, se nos está yendo de las manos.

Abordar las causas de lo anterior en profundidad, supone establecer diferencias entre ambos asuntos, PAC y PYMES. A pesar de ello, como decimos, los abordamos en conjunto pues son muchas más las similitudes que las diferencias: los dos comparten en su origen la problemática internacional, los dos se ven afectados por normativa comunitaria y los dos encuentran una posible solución en el llamado Horizonte 2020, o, al menos, respeto de los dos así se pretende. Por ello, a continuación, tratamos las causas de esta situación, destacando las diferencias, para luego proponer una solución que parece única pero que también habrá de tener en cuenta los matices propios de cada problema.

3.1.- BREVE HISTORIA DE UN CAMBIO

Comenzando por las PYMES, la evolución descendente en términos de productividad sufrida por las mismas, responde a las consecuencias más lógicas de la apertura comercial más internacional, que pone al servicio de las empresas más grandes y con mayores recursos, beneficios a los que la infraestructura de la PYME no alcanza a explotar. En este sentido, competir en el mercado internacional, en el todo globalizado, supone competir en precios pero partiendo de bases del todo distintas.

De un lado, el coste de la mano de obra en países diferentes, que marca una diferencia sustancial en el coste final de los productos. De otro, relacionado con ello, el coste económico de los derechos sociales, derechos que, queramos o no, repercuten también en el precio final de lo que se lanza al mercado. La deslocalización que les ha servido a las grandes empresas para poder hacer frente a lo anterior, no está sin embargo, al alcance de una PYME al uso. Éstas han de sobrevivir con los medios a su alcance, medios humanos, que por procurar una supervivencia a veces parcheada de las primeras, ven reducidos al mínimo aceptable sus derechos sociales más elementales.⁷

En el caso de la PAC, a lo anterior, al cómo afrontar la globalización de los mercados, se suma la especial trayectoria seguida por esta política. Sus diferentes fases, la evolución interna y sistemática que a lo largo de los años ha sufrido y el hecho de que siga adaptando algunos de sus planteamientos iniciales a los cambios producidos en el contexto económico y otros protagonizados por la propia Unión, nos dan datos de ello.

En primer lugar, si nos retrotraemos a los inicios de la PAC y, para muchos, al origen de muchas de sus faltas posteriores, era objetivo principal de las entonces Comunidades Europeas el garantizar la producción agraria en un contexto de posguerra. Por ello, con la finalidad de asegurar fuera como fuera la existencia de productos agrícolas y, en definitiva, de comida para una población europea mermada en medios y posibilidades, las medidas adoptadas se dirigían al fomento de la producción. Así, se subvencionaba la misma con independencia de la demanda que existiera. Además, desde el punto de vista de los precios, se garantizaba un precio básico de compra tanto a los agricultores como a consumidores. Es decir, desde el punto de vista y la perspectiva de ambos, corriendo la UE

⁷ Merece la pena mencionar en este punto la escasa contribución realizada por políticas cortoplacistas que bloquean el despido o la contratación temporal económicamente necesaria y socialmente sostenible, en lugar de poner el foco en el productor o empresario, financiando políticas de producción sólidas y sostenibles a largo plazo.
R.E.D.S. núm. 2, mayo-agosto 2013 ISSN: 2340-4647

con la diferencia lógica entre las dos cantidades y, consiguientemente, con las ingentes pérdidas que todo ello provocaba.

En concreto y al respecto, los principios de esta versión inicial de la PAC eran:

- Unidad de mercado interior con precios institucionales comunes.
- Preferencia comunitaria con medidas protectoras frente a la competencia extracomunitaria. Aspecto éste que provocó críticas históricas por parte de la Organización Mundial del Comercio (OMC), debido a las consecuencias que se derivan para las economías emergentes, mucho más competitivas que la UE en cuanto a determinación y mantenimiento de precios, como hemos visto en el supuesto de las PYMES.
- Solidaridad financiera, corriendo el presupuesto comunitario con los gastos que todo ello supusiera. Esto último hasta el punto de haber llegado a alcanzar la parte del presupuesto de la UE dedicada a la PAC el 50% del presupuesto total de la Unión.

La desmesurada cantidad de excedentes a la que la política anterior llevó, las consiguientes pérdidas económicas y de recursos, las consecuencias medioambientales de todo ello y la descompensación en términos de equidad y proporcionalidad respecto de otras economías, hizo que en los años 90 cambiase la tendencia con un matiz productivo más orientado al mercado. Es decir, sin que se produjera un giro llamativo en la política general, sí que se observaba ya el inicio de un cambio de tendencia que llevaría a cambios posteriores más radicales.

Lo anterior, como decimos, en dos sentidos. Uno más económico y determinante de la orientación empresarial de la producción. Y otro, considerando los daños medioambientales y de equidad comparativa que la agricultura de producción intensiva estaba generando.

No obstante, es la Agenda 2000 la que verdaderamente marca el cambio con el abandono, o mejor, intento de abandono de una economía agrícola totalmente subvencionada a otra más productiva, eficiente y, si no dependientes, sí más orientada a los mercados. Así, la Agenda 2000 continúa y profundiza la tendencia anterior iniciada en los años 90, apostando por dos principios claves que han definido la postura que posteriormente se ha mantenido a nivel político. En concreto, el principio de disociación o desacoplamiento y el de condicionalidad. El primero de ellos, el principio de disociación o desacoplamiento supuso la radical desvinculación de las ayudas a las cantidades producidas. El segundo, el principio de condicionalidad trataba de alcanzar una agricultura de calidad orientada al respeto al medioambiente.

Y lo anterior sin que significase la desaparición de las ayudas, pero sí en el marco de un cambio radical en la orientación de las mismas. En este sentido, y si bien se abandona la subvención directa a la producción, se mantienen ayudas a la renta al agricultor activo que produzca en determinadas condiciones de calidad medioambiental respecto con el desarrollo de la actividad agrícola y ganadera. A la vez, y corrigiendo errores anteriores en que los grandes beneficiados de las ayudas habían sido los terratenientes, los que más producían, se trata de focalizar los esfuerzos en el pequeño productor orientando su actividad productiva con parámetros de calidad que vayan más allá de los meramente cuantitativos.

3.2.- EL HORIZONTE 2020 COMO RESPUESTA

Sin embargo, a pesar de esos esfuerzos correctivos aplicados en el caso de la PAC y, aunque menos visibles, también considerados en cuanto a promover el desarrollo de las PYMES, no han visto su recompensa en los términos económicos y de productividad esperados. Tanto PYMES como agricultores se encuentran a merced de un sistema económico que los devora y en el que las estrategias de comercialización a gran escala y la acumulación de riqueza a que conllevan, se imponen despiadadamente.

El Horizonte 2020 se plantea por ello como respuesta a las nuevas demandas que la situación económica actual plantea. Así, en lo que a cronología se refiere, un nuevo cambio se origina dentro del contexto general que marca el llamado por la UE Horizonte 2020. Éste refiere el esfuerzo, el empeño de los Estados Miembros de la Unión, por introducir cambios de paradigma en el sistema de crecimiento económico y social de la UE.

Así, se apuesta por la introducción de la innovación en todos los campos de producción posibles, alcanzando un desarrollo económico destinado a la cohesión y bienestar sociales. Diversos instrumentos son los que contribuyen a ello. De entre los mismos, destacan especialmente, el Séptimo Programa Marco y los Fondos Estructurales. Herramientas, instrumentos y mecanismos de cooperación a través de los que articular ayudas y subvenciones. El primero, a través de consorcios de cooperación multilateral entre diferentes países miembros. El segundo, mediante ayudas y proyectos articulados directamente entre la Comisión Europea y el Estado beneficiario.

Como vemos, se trataría, no tanto de promover subvenciones directas, como de procurar paulatinamente, el desarrollo de proyectos de cooperación estructural que garantizaran marcos de crecimiento económico sostenible.

En este sentido, en este contexto y teniendo en cuenta lo expuesto sobre el mismo, tres factores adicionales han de ser tenidos en cuenta para las PYMES y la PAC que en esta nueva era se pretende. En concreto:

- En primero lugar, y mediante el Tratado de Lisboa, la introducción del procedimiento de co-decisión, en el que las propuestas de la Comisión en materia de PAC y Presupuesto Europeo no quedan en manos enteramente del Consejo, sino que el Parlamento adquiere fuerza en la toma de decisión con la necesidad de que no concurra veto por parte del mismo. Es decir, en un principio y con las limitaciones que el sistema europeo entraña, la lejanía que le supone al ciudadano y las consecuencias que de todo ello se derivan, se introduce al menos en apariencia mayores elementos democráticos en la toma de decisión sobre aspectos de desarrollo tan fundamentales como los que tratamos.⁸
- En segundo lugar, el marco presupuestario establecido por los Estados, pues el contexto de crisis actual ha obligado a reducciones

⁸ Consecuencia de ello, el veto parlamentario del que aún depende la aprobación definitiva del marco presupuestario plurianual para los años 2014-2020. Si el 8.02.2012 los Estados Miembros alcanzaban un acuerdo presupuestario con recortes históricos, el Parlamento amenazaba pocos días después con ejercer su derecho a veto y obligar a Comisión y Consejo a buscar nuevas vías de impulso del crecimiento. Lejos de haber sido resuelta, esta batalla política y económica promete protagonizar la agenda europea durante el 2013, dando lugar a un panorama de luchas institucionales internas desconocido hace años y donde el Parlamento carecía del poder actual para hacer oír sus demandas. Para una mayor profundización en los cambios originados por el Tratado de Lisboa, SOLAR CLAVO, P.: *“La carta de derechos fundamentales de la UE y el área JAI”*, ISBN978-84-9031-368-8, Dykinson, 2013. Ello desde varios puntos de vista. Primero y desde una perspectiva general, teniendo en cuenta la asunción de los valores y principios que propugnaba la fallida Constitución Europea. Segundo y más en concreto, desde la perspectiva de dos cambios fundamentales a nivel de funcionamiento institucional. De un lado, considerando la asunción de nuevas competencias por parte de la UE en su conjunto y el consiguiente desarrollo de nuevas políticas en mayor profundidad. Así, el profuso desarrollo del área de Justicia e Interior desde entonces (JAD). De otro, teniendo en cuenta como venimos diciendo el nuevo reparto de competencias y luchas de poder entre las diferentes instituciones europeas y las consecuencias de todo ello en políticas de alta tradición europea como la PAC. En el mismo sentido pero abordando un área concreta como es la protección de datos: SOLAR CALVO, P.: *“Del Tercer Pilar al Área JAI: Nuevo Bloque normativo en Protección de Datos”*, Revista Aranzadi Unión Europea (RUE), Septiembre 2012.

presupuestarias del todo inevitables a nivel nacional. Reducciones extrapolables al presupuesto de la UE que se nutre y alimenta de las arcas nacionales. En este sentido, una política como la PAC, sostenida a lo largo de los años sobre la base de ayudas y subvenciones en cuantía no siempre razonable, se hace inviable. A la vez que, las ayudas que venían otorgándose a través de fondos separados, en programas individuales, tienen a unirse para generar sinergias y estructuras cooperativas nuevas.⁹

- Por último, el contexto de crecimiento generalizado programado por el Horizonte 2020. Y es que no sólo lo anterior importa. Desde luego que en la realidad actual no es posible contar con inversiones procedentes de presupuestos estatales abultados. Pero si bien lo anterior es cierto, el empuje y el impulso políticos han de lograr que no nos quedemos tan sólo ahí, en la mera reducción presupuestaria. En este sentido, se impone que vayamos más allá de la inevitable y quizá necesaria reducción. Ello con políticas de crecimiento e inversión innovadoras, incluso desde el punto de vista de la ingeniería financiera, que justamente, limiten los excesos reduccionistas de políticas de recorte populista y con miras de corto plazo.¹⁰

Así, como en la Agenda 2000, que a través de determinados principios originó un cambio radical en la forma de entender la PAC orientándola más hacia el logro de un mercado competitivo, el Horizonte 2020, pretende introducir, dentro de ese contexto de productividad, un nuevo paradigma basado en la innovación, de cara al fomento de una productividad económica general.

Se pretende con ello abordar los mercados desde parámetros novedosos, con inversiones económicas que aúnen trabajo, conocimiento del medio y tecnología, aplicadas de modo sostenible para la sociedad y el entorno al que afectan. La cuestión no es tanto ser competitivos en los precios que salen al mercado, como serlo en parámetros de calidad y sostenibilidad social y económica. En consecuencia, se trata de conseguir que no sea el productor el que dependa de los mercados, sino que estos dependan de él y de su capacidad de producir, que los sujetos activos del sector adquieran poder en base a lo que producen.

Por ello, y aunque baje el presupuesto destinado a PAC y PYMES dados los recortes referidos, se ha de evitar igualmente que el mismo alcance mínimos que hagan imposible cualquier política de desarrollo. A la vez, se ha de evitar que las ayudas alcancen, por sí solas, como pasó en ocasiones anteriores, el 50% del mismo. Y es que la cuestión de las ayudas no puede abordarse de manera individual, si no que ha de ponerse en consideración con otras políticas de activación y sostenibilidad del medio rural, de mantenimiento de la fuerza productiva y de innovación aplicada a la generación de riqueza no sólo económica, sino también social.

Como vemos, y si la PAC dio un salto con la Agenda 2000, tratando de lograr una agricultura europea más competitiva, el Horizonte 2020 pretende superar algunas de las consecuencias negativas derivadas de un excesivo sometimiento de los productores y quienes, en general, generan riqueza a los mercados.

Y es que, en el contexto de la Agenda 2000, los altos requisitos derivados de políticas de condicionalidad de ayudas al respecto del medioambiente y el cambio en política de ayudas, fomentando la competitividad y orientación a los mercados, hicieron casi

⁹ Es el caso de los Fondos Estructurales, respecto de los que el Horizonte 2020 valora la posibilidad vincularlos a proyectos consolidados a través de mecanismos de cooperación ya existentes, abandonando el sistema de ayudas independientes que venían suponiendo.

¹⁰ Tal y como se reclama en SOLAR CALVO, P.; *“Europa como estado de crisis: Unión Bancaria y Fiscal: El Horizonte 2020”*, Revista Arazadi Unión Europea (RUE), Enero 2013.

imposible para los pequeños y medianos agricultores alcanzar precios competitivos a pie de mercado. A su vez, y si antes, con la política agrícola originaria, actuaba injustamente contra las economías más competitivas del mundo en desarrollo, lo cierto es que ahora, obligando a los productores a cumplir altos estándares, les ponían en pie de desigualdad en los mercados internacionales, a los que llevaban, a precio mucho más bajas, productos de esas otras economías no sometidas a esos requisitos y exigencias de producción.

Dentro de su complejidad, y sin poder abordar todas sus deficiencias, eso es lo que pretende el Horizonte 2020, empoderar, a través de la innovación, a los productores pequeños y medianos, de modo que el crecimiento no sólo se mida desde el lado de los mercados, sino también desde la generación de un bienestar económico y social sostenibles en los medios rurales y de tamaño más local.

No obstante lo cual, y como anunciábamos en el anterior párrafo, los intentos reguladores por parte de la UE han quedado superados en los últimos tiempos por una crisis económica que todo lo engulle y arrasa. A la misma se unen las notas de complejidad que aporta el que estemos en presencia de una economía cada vez más globalizada que, máxime en épocas de crisis, desborda cualquier intento de regularización institucional.

En concreto y en el contexto actual de la UE, destaca la ampliación que tendrá lugar en breve con Croacia como nuevo miembro, y las futuras ampliación previstas.¹¹ Si es difícil regular equitativamente lo macro, la economía de la globalización y el cambio, más lo es teniendo que considerar las diferentes características de cada una de las economías implicadas, muchas ellas, además, con una dependencia histórica del sector primario.

A su vez, si desde el punto de vista de la producción resulta en ocasiones altamente complicado llegar al mercado a precios competitivos. La desregulación de la economía, la globalización, en definitiva, que, como vimos, dificulta el acceso y permanencia de los más pequeños. Y esto más aún en contextos como el nuestro, el español, en que la demanda se determina artificialmente.

En este sentido, analizamos a continuación, la situación de países como el nuestro, donde los agricultores no sólo han sido esclavos de los requisitos que la UE establecía para poder acceder a los mercados, sino que además, la demanda y en definitiva, los precios, venían marcados por factores externos a los mismos y para nada favorables a su mantenimiento como fuerza productiva. Analizamos el resultado kafkiano de situar a los productores en el medio de dos fuerzas que los aplastan, aparentemente, en sentidos distintos pero con igual resultado de empobrecimiento.

4.- MÁS CAUSAS PARA LA SITUACIÓN ACTUAL Y EL HASTA DÓNDE LA UTOPIA

En el sentido apuntado y dentro del contexto que nos movemos, no es sólo difícil acceder al mercado en las condiciones competitivas cumpliendo con los requisitos de calidad que la UE marca y establece. Si no que, además de lo anterior, en numerosas ocasiones, aún logrando lo anterior, resulta imposible saltar las barreras que los productores se encuentran para colocar los productos por sí solos en el mercado.

Volviendo al caso específico de la agricultura, si repasamos las empresas españolas potentes en materia de venta de productos alimenticios, el recuento se reduce a menos de diez empresas. Si pensamos en las marcar blancas como un resquicio en el que las anteriores no determinan, tal idea desaparece en cuanto veamos quiénes son los grupos

¹¹ Destaca al respecto, LLORENTE PÉREZ, A.: “Los retos de la nueva ampliación de la UE: Croacia, Islandia, Turquía y otros países de los Balcanes Occidentales”, Revista Aranzadi UE (REU), Octubre 2012. R.E.D.S. núm. 2, mayo-agosto 2013

comerciales que, detrás de la marca blanca, consiguen la comercialización final del producto. Son las mismas que antes o aún menos. ¿Qué quiere decir esto? ¿Qué sucede?

El resultado de lo anterior es que, si bien los productores originarios pueden y tienen la posibilidad de alcanzar precios competitivos y dignos con que salir al mercado, la aglutinación de la demanda en unas pocas empresas o intermediarios de éstas, hace que los precios definitivos de compra al productor sean sí, competitivos, pero a la vez, de cara al mantenimiento de un medio rural de calidad y sostenible, absolutamente ridículos. El ciclo se cierra cuando la venta de los productos en el mercado, alcanza una cifra más alta, a veces incluso excesiva, que de sobra cubriría las necesidades del productor primario.

¿Existe una solución ante esta situación? ¿Es posible provocar un cambio?

Desde la oferta, las ayudas son claras y fueron antes expuestas. La UE, tras años de políticas cortoplacista que han empobrecido el medio, parece que tiene y sostiene una política clara de ayudas al empoderamiento de las zonas rurales. Sin embargo, lo anterior no sirve si la demanda interna de países como el nuestro, se aglutina en unos pocos que marcan los precios de compra al productor antes de distribuir los productos.

La solución, volver en lo dicho al principio, pensar en la fuerza individual de cada uno de los productores y ahora sí, en la fuerza colectiva que los mismos pueden ejercer a través del asociacionismo. Las normas lo permiten¹² y existen pasos dados en la dirección que apuntamos.¹³ Además, la PAC, en la última versión que le han dado dentro del nuevo marco presupuestario europeo, trata de aunar y coordinar los esfuerzos que se han del lado de la oferta y la demanda. Ello con la finalidad de que la riqueza se haga necesariamente extensa y no quede en manos de quienes sea cual sea, se aprovechan de los flecos del sistema.

5.- ALGUNAS CONCLUSIONES: LOCALIZAR Y EXTENDER LA RIQUEZA

Sea como sea, lo cierto es que la situación actual es la que es: contamos con un tejido agrícola e industrial cada vez más empobrecido, que, a pesar de los esfuerzos de la UE por dar un cambio de sentido al desarrollo productivo, no deja de parecer utópico o excesivamente complicado para quien lo mira desde fuera. No obstante, diversos aspectos han de hacer que pensemos distinto o al menos, relativicemos el pesimismo con el que habitualmente nos expresamos.

En primer lugar, las posibilidades que hemos visto existen y promueven lo dicho y en el sentido indicado. De un lado, en una perspectiva europea, el Horizonte 2020, sus ayudas y el nuevo papel de los Fondos Estructurales, dentro del marco global de desarrollo que como plan se propone. De otro, las posibilidades de movilización y control de la demanda interna, en una apuesta clara por potenciar y extender el tejido productivo, de manera que la riqueza no queda por natura en manos de unos pocos.

Pero en segundo lugar, y más importante, no sólo porque lo anterior sea cierto, es decir posible, sino por las mismas causas que concurren para ello. Volviendo al principio, al discurso mantenido sobre las diferentes maneras de ver, entender y vivir la vida, las vidas, no puede ser que aceptemos un sistema económico que nos limite a la larga a un mismo tipo de vida. Las consecuencias físicas sobre el terreno son palpables a lo largo y ancho de nuestra geografía: incendios en tierras abandonadas, pueblos enteros derruidos por el mero devenir de los años,... y más allá de todo ello, las consecuencias vitales que todo ello supone y que seguro, aunque sigamos con nuestro día a día, no nos pasan desapercibidas.

¹² A nivel nacional la 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. A nivel autonómico, anterior en el tiempo y destacable por el apoyo social y económico que disfruta, la Ley 4/1993, de 24 de junio de Cooperativas de Euskadi.

¹³ La Asociación de Cooperativas Agroalimentarias es un ejemplo de ello. www.agro-alimentarias.coop

Así, tendemos a un sistema global en el que los derechos y premisas sociales se encuentran cada vez más diluidos, son menos alcanzables o de ejecución totalmente irreal. Una economía globalizada, en los parámetros caóticos en los que lo está la nuestra, no favorece la consecución y extensión de salarios dignos, derecho al descanso, una vida en bienestar.

Y siguiendo con lo anterior, una sociedad con escasos derechos sociales es una sociedad con una vida social empobrecida. Estamos perdiendo los pueblos, y con ellos, la manera especial de relacionarnos en ellos. Las sinergias educativas, afectivas y de soporte emocional que concurren en poblaciones medianas, no existen en núcleos de población propios de las economías híper-desarrolladas.¹⁴ En ellos, la individualidad se impone, en una vida marcada por los horarios de trabajo y consumo, una sociedad desfigurada en la que ya no queda tiempo para ser ciudadanos.

Una vida local es imposible sin una economía local. Y desegañémonos, el triunfo vital no tienen porqué estar reñido con las ligas regionales. Renunciar a la vida local es renunciar a la posibilidad de disfrutar y vivir otros tipos de vida.

Instalados como estamos en la era de las posibilidades, parece sin embargo que estamos más y más atados para hacer lo que queremos y además, no es imposible. Parece que más que posibilidades, dentro de las que ejercer como seres humanos y ciudadanos, estemos enredados en una telaraña de necesidades tejida por nosotros mismos. Posibilidades convertidas en necesidades, las esclavitudes secundarias que presentábamos al principio que nos ahogan sutilmente bajo la bondadosa apariencia de su origen voluntario. A fin de cuentas siempre podemos escoger otro camino, otra cosa es que todo esté preparado y orientado para que no lo hagamos.

Las normas se imponen, los sistemas económicos nos arrastran, la vorágine del día a día que puede con nosotros y no permite, no quiere que nos paremos a pensar en lo que queremos. Nada cambiará hasta que nos demos cuenta, hasta ser conscientes, de que las normas que creemos que se nos imponen, los sistemas inamovibles que nos llevan en su deriva, no son más que los instrumentos a nuestro servicio para ejercer esa fuerza decisoria que todos, absolutamente todos, tenemos y llevamos dentro.

Es hora de ser ciudadanos. Es hora de ejercer como tales. Es hora de eso que Groz le decía a su mujer en la carta que le dedica: *“Ya no quiero-según la fórmula de Georges Bataille- posponer la existencia para más tarde”*.¹⁵

¹⁴ En el dominical del periódico El Mundo, de 03.03.2013, destacaba el artículo de José Antonio Marina, en el que filósofo y escritor resalta justamente las bondades de estas sinergias locales. Aunque lo refiere al deporte como valor a extender entre la población joven, quién nos dice que no se producen los mismos beneficios en relación a otros valores, proyectos o instrumentos de cooperación que generemos.

6.- BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, R., *“Sistema Jurídico de la Unión Europea”*, Civitas Ediciones, Pamplona, 2010, 2ª Ed.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *“La construcción Europea: de las Comunidades a la Unión Europea”*. www.uned.es

- “Construcción europea y Ordenamiento Constitucional”.

GROZ, A. *“Carta a D. Historia de un amor”*, Paidós, 2012.

MANGAS MARTÍN, A. *“La reforma institucional del Tratado de Amsterdam”*. www.uned.es

MARTÍNEZ CUADRARO, M., *“La evolución de la Unión y un nuevo enfoque sobre el equilibrio interinstitucional después de Bruselas 2003”*, ReDCE, nº1, Enero-Junio de 2004, 271-291.

NAVARRO GONZÁLEZ, A., *“Los retos principales de la Unión Europea”*, Jornadas sobre la Construcción Europea, Universidad de Granada, marzo 2005.

LLORENTE PÉREZ, A.; *“Los retos de la nueva ampliación de la UE: Croacia, Islandia, Turquía y otros países de los Balcanes Occidentales”*, Revista Aranzadi UE (REU), Octubre 2012.

ROUSSEAU, J.J.: *“El contrato Social”*, Yericó, Madrid, 1990.

SOLAR CLAVO, P.; *“La carta de derechos fundamentales de la UE y el área JAI”*, ISBN978-84-9031-368-8, Dykinson, 2013.

SOLAR CALVO, P.; *“Europa como estado de crisis: Unión Bancaria y Fiscal: El Horizonte 2020”*, Revista Aranzadi Unión Europea (RUE), Enero 2013.

SOLAR CALVO, P.; *“Del Tercer Pilar al Área JAI: Nuevo Bloque normativo en Protección de Datos”*, Revista Aranzadi Unión Europea (RUE), Septiembre 2012.

STULIN, D.; *“El Club Bilderberg”*, Ed. del Bronce, 2006.

- “Informe sobre el Tratado de Lisboa”, 2008, www.europarl.europa.eu
- “La UE en el Mundo”, diciembre 2007, www.europa.eu
- “Tratado de Lisboa: un paso más en el proceso de integración”, Deutsche Welle, 13 de diciembre de 2007, www.dw-world.de
- “Tratado de Reforma de la UE: Las principales novedades de un vistazo”, Magazine Deutschland, 9 de mayo de 2009, www.magazine-deutschland.de
- “Una Europa más democrática y transparente”, mayo 2009, www.europa.eu

RAÍCES HISTÓRICAS DE LA MEDIACIÓN COMO MEDIO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS.

Prof. María José Briz.
Master en Resolución Alternativa de conflictos.
Prof. Encargada del Consultorio Jurídico.
Universidad Católica del Uruguay.

Fecha de recepción: 03 de julio de 2013

Fecha de aceptación: 03 de septiembre de 2013

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.2. ANTECEDENTES DE LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO DE LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS 2.1. EL FUERO DE AVILÉS 2.2 LAS PARTIDAS DEL REY ALFONSO X EL SABIO. 2.3. EL CÓDIGO DE COSTUMBRES DE TORTOSA. 2.3. LA APARICIÓN DEL TÉRMINO EN EL DICCIONARIO DE LA AUTORIDAD DE LA LENGUA ESPAÑOLA.2.5 LA REAL CÉDULA DE ALFONSO V DE ARAGON.3. ALGUNOS EJEMPLOS DE SU USO EN LAS ANTIGUAS CIVILIZACIONES.3.1. EL TRIBUNAL DE AGUAS DE VALENCIA.4.LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN LOS TEXTOS DE ULPIANO.5.LA EVOLUCION DE LA MEDIACION SEGÚN GARCIA VILLALUENGA. 5.1. LA CONCILIACION EN LA ESTRUCTURA ORGANICA DE LA SOCIEDAD.5.2. LA MEDIACION LABORAL .LAS FORMULAS ARBITRALES Y CORPORATIVAS.5.3.LA MEDIACION SOCIAL: LAS FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUCION DEL CONFLICTO.6.CONCLUSIONES

RESUMEN: El presente trabajo tiene como finalidad analizar la evolución histórica de la mediación como medio de resolución alternativa de conflictos. Partiendo del estudio de las herramientas con las que contaban las antiguas civilizaciones para resolver sus conflictos hasta la actualidad. Basándose en una clasificación doctrinaria se estudia la evolución de la mediación en tres grandes etapas. Una primera etapa, se estudia la conciliación como base de la mediación en la estructura orgánica de la sociedad. Una segunda etapa centrándonos en la mediación laboral y culminando con el estudio del concepto de mediación social que es la concepción actual.

ABSTRACT: This study aims to analyse the historical evolution of mediation as a means of alternative dispute resolution. Based on the study of the tools which had ancient civilizations to solve their conflicts to the present day. Based on a doctrinal classification examines the evolution of mediation in three major phases. The first stage, explores the reconciliation as a basis for mediation in the organizational structure of the society. A second phase focusing on labor mediation and culminating with the study of the concept of social mediation which is the current conception.

PALABRAS CLAVES: Mediación. Evolución histórica. Conflicto. Conciliación. Sociedad.

KEYWORDS: Mediation. Historical evolution. Conflict. Conciliation. Society.

“Las consecuencias están siempre vinculadas con los antecedentes, pues no se trata de una simple enumeración aislada y que contiene tan solo lo determinado por la necesidad, sino de una combinación racional. Y al igual que las cosas que existen tienen una coordinación armónica, así también los acontecimientos que se producen manifiestan no una simple sucesión, sino cierta afinidad (meditaciones, libro IV, 45) Marco Aurelio.

1. INTRODUCCIÓN.

El ser humano es conflictivo por naturaleza y por lo tanto, esa complejidad lleva consigo la necesidad de establecer mecanismos de resolución de conflictos.

La mediación es tan antigua como el conflicto, nació junto con la vida del hombre en sociedad.

Desde los tiempos más lejanos existieron diferentes formas de resolver los conflictos como por ejemplo una pluralidad de foros a los que acudir en búsqueda de justicia o en algunas culturas, existía la figura de un tercero cuyo objetivo era solventar los conflictos que se producen entre particulares.

El uso profesional de la mediación dentro de un proceso científico y específico de resolución de problemas sociales, alternativos o complementarios del proceso judicial, es un fenómeno reciente, propio de sociedades desarrolladas materialmente y con estructuras relacionales complejas.

La pluralidad de experiencias “mediadoras” a lo largo de la historia nos remiten “mutatis mutandi” a tres grandes modelos a nivel teórico: el arbitraje, la conciliación y la mediación.

Estas modalidades han supuesto, y suponen aún, formas resolutorias de conflictos sociales donde la intervención de un “tercer neutral” se sitúa como fundamento de la negociación entre las partes o “actores sociales” en litigios. Si bien tienen todas la misma naturaleza sus diferencias son notables.

En el caso de la mediación o conciliación, el profesional no decide sobre el asunto a resolver sino que crea el espacio, las condiciones y la oportunidad para la negociación mientras en el arbitraje se establecen formas coactivas y obligatorias de resolución de conflictos siendo las decisiones del árbitro vinculantes para las partes.

En la conciliación el mediador se encuentra inter-partes y en el arbitraje este se encuentra supra partes; la mediación es un medio de evitar el proceso judicial tendiendo a la solución voluntaria del litigio, dentro de una estrategia persuasiva y sistemática, mientras la conciliación se limita a establecer el lugar y el momento; y el arbitraje a sustituir la vía judicial logrando la resolución obligatoria del conflicto.

Introduciéndonos en el estudio de las raíces históricas de estos mecanismos y en especial de la mediación¹ podemos distinguir tres etapas propias del estado de desarrollo civilizatorio respecto a la “conceptualización de lo social” y variable en función del desarrollo cultural de cada nación.

Una primera etapa, que se refleja a la mediación nacida en el seno de las comunidades estructuradas orgánicamente, con jerarquías sociales estables y definidas y medios tradicionales de mediación.

Una segunda etapa, centrada en la mediación laboral, propia de la época que se vivía con la Revolución Industrial (capital y trabajo).

Y otra tercera etapa de mediación de carácter científico y de amplio alcance en su intervención y en sus áreas de trabajo, en constante proceso de adaptación a los cambios sociales de la actualidad.

2. ANTECEDENTES DE LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS.

Centrándonos en el estudio del surgimiento y momento histórico del vocablo nos surgen algunos hechos históricos que inciden en la evolución de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos que estudiaremos a continuación.

2.1. EL FUERO DE AVILÉS

En el Fuero de Avilés en el año 1076 surgía el término “medianedo”

Se trata del documento en el que se recogen los derechos, exenciones, libertades y privilegios concedidos a la ciudad y a sus habitantes por el Rey Alfonso VI en el año 1085. El pergamino custodiado en el Archivo Municipal está considerado como el ejemplar más antiguo de los documentos que se conservan en Asturias y contiene las pautas legales establecidas siguiendo el modelo del fuero de Sahagún.²

2.2. LAS PARTIDAS DEL REY ALFONSO X EL SABIO.

En las Partidas del Rey Alfonso X El Sabio surge el concepto de “arbitraje” haciendo referencia a la figura del árbitro señalando que es escogido para librar algún pleito señalado con otorgamiento de partes.³

En la partida tercera habla de la justicia, de cómo se ha de hacer ordenadamente en todo lugar por la palabra de juicio y por obra de hecho.

En el título 4 de esa partida habla de los jueces y de las cosas que deben hacer y guardar.

Establece que *“los juzgadores que hacen sus oficios como deben tiene nombre con derecho jueces, que quiere tanto decir como hombres buenos que son puestos para mandar y hacer derecho. Y de estos hay de muchas maneras y los primeros de ellos y los más honrados son lo que juzgan en la corte del rey, que es cabeza de toda la tierra y vienen a ellos todos los pleitos de los que los hombres se agravian; otros hay aún sin estos que son puestos señaladamente para oír las alzadas de los jueces*

¹ García Villaluenga, L. Mediación en conflictos familiares. Madrid, 2006 p. 169-311

² Certezas y dudas sobre la tradición textual del Fuero de Avilés. Website: <http://www.unioviedo.es/reunido/index.php/RFA/article/view/9181> abril 2013.

³Las siete partidas de Alfonso X el Sabio. Website: <http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/7partidas.pdf> abril 2013.

sobredichos, y a tales como estos llamaron los antiguos sobre jueces por el poder que tienen sobre los otros, así como sobredicho es, otros hay que son puestos sobre reinos o sobre otras tierras señaladas, y llámenlos adelantados por razón que el rey los adelanta para juzgar sobre los jueces de aquellos lugares; otros jueces hay que son puestos en lugares señalados, así como en las ciudades o en las villas, o allí donde conviene que se juzguen los pleitos; y aún otros hay que son puestos todos los menestrales de cada lugar o por la mayor partida de ellos, y estos tienen poder para juzgar los pleitos que acaecen entre sí por razón de su menesteres. Y todos estos jueces que hemos dicho llámenlos en latín ordinarios, que muestra tanto como hombres que son puestos ordenadamente para hacer un oficio sobre aquellos que han de juzgar cada unos en lo lugares que tienen. Otra manera hay aún de jueves a los que se le llaman delegados, que quiere tanto decir como hombres que tienen poder de juzgar algunos pleitos señalados, según les mandan los reyes o los adelantados o los otros jueces ordinarios; y sin todo estos, hay aún otros que son llamados en latín árbitros, que muestran tanto como juzgadores de albedrío, que son escogidos para librar algún pleito señalado con otorgamiento de ambas partes”

2.3. EL CÓDIGO DE COSTUMBRE DE TORTOSA.

El Código de Costumbre de Tortosa recaba la información de la primera reglamentación sobre mediadores que existió data de 1271 y conocida con el nombre de las “ Ordenanzas de lonja y oreja” donde se reglamentaba los “**corredores de oreja**” quienes eran conocidos con ese nombre debido al secreto que estaban obligados a guardar.

2.4. LA APARICIÓN DEL TÉRMINO EN EL DICCIONARIO DE LA AUTORIDAD DE LENGUA ESPAÑOLA.

El término “mediación” estuvo ausente hasta el siglo XVIII, concretamente en el año 1734 momento en el que aparecen los términos mediación y mediador en el Diccionario de Autoridad de la Lengua Española definiendo a la mediación como “interposición de alguno que pretende componer o reconciliar a otros que están entre sí discordes, o conseguir alguna cosa para otro”⁴

2.5. LA REAL CÉDULA DE ALFONSO V DE ARAGÓN.

La Real Cédula de Alfonso V de Aragón en el año 1744 califica a los corredores de oreja como personas públicas y les reconoce su función mediadora y de dar fe sobre las operaciones que intervienen. Encuentra que las Ordenanzas de Bilbao reconocen ese matiz publicista a los corredores y que los libros del corredor darían fe.

A partir de este momento se concedió a la mediación un importante papel usándola con mucha acuidad en el campo del Derecho Internacional por ejemplo en la mediación celebrada por el Papa Inocencio X en el año 1648 entre Austria y Francia o en 1866 las realizadas por Napoleón III entre Austria y Prusia.

3. ALGUNOS EJEMPLOS DE SU USO EN LAS ANTIGUAS CIVILIZACIONES.

Si bien el concepto de la figura era diferente según las épocas, es decir, en los pueblos nómadas era el más anciano, en la comunidad judía un grupo de rabinos conocidos como Beth Ding, en África se elegía en el seno de una Asamblea a una autoridad de la comunidad con el fin de actuar como mediador para ayudar a las partes a resolver el conflicto de forma cooperativa y en China y Japón, la cultura de la mediación y por tanto la

⁴ Fernandez Riquelme, S. Teoría y práctica de la mediación. *La gestión alternativa de los conflictos sociales*. Murcia, 2009

figura del mediador, está fuertemente arraigada a la filosofía confuciana, según la cual, la resolución del conflicto debe llevarse a cabo por medio de la persuasión moral de la conducta. (esto permitió por ejemplo que en la Revolución Cultural liberada por Mao tse Tung, en 1949, se institucionalizara a través de los Comités Populares de Conciliación, que grupos de vecinos se organizaran voluntariamente para buscar formulas de entendimiento en caso de conflictos entre los habitantes del sector) ⁵

Toda esta práctica logró buenos resultados debido a que por un lado se utilizaba en forma natural para la resolución de los conflictos y por otro se evitaba la concurrencia de un juez. Un ejemplo claro es el del Tribunal de Aguas de Valencia compuesto por varios campesinos que tenían como función repartir de manera equitativa el agua en toda la comunidad que lo analizaré a continuación.

3.1. EL TRIBUNAL DE AGUAS DE VALENCIA.

Es conocido también como el Tribunal de la Vega de Valencia que es el Jurado de Riegos encargado de dirimir los conflictos por el agua de riego contra los agricultores de las Comunidades de Regantes de las acequias que forman parte de él. ⁶

El conjunto de estas acequias forman la denominada Vega de Valencia, sobre la que tienen jurisdicción el Tribunal, que junto a la Acequia Real de Moncada con jurisdicción aparte, forman la huerta de Valencia.

El Tribunal se trata de un tribunal consuetudinario que está formado por cada una de las comunidades de regantes que por parte, ocho en total, denominados síndicos, y uno de ellos es elegido presidente por un tiempo determinado.

Cada jueves de la semana, se reúne el Tribunal con sus asesores en la Casa Vestuario de la Plaza de la Virgen de Valencia para discutir diversos asuntos.

Es a las 12 en punto del mediodía mientras suenan las campanas del Miguelete cuando el Tribunal se constituye formalmente en la Puerta de los Apóstoles de la Catedral de Valencia, en la misma plaza. Es entonces cuando el Alguacil, con el permiso del Presidente, llama a los denunciados de cada una de las acequias, con la tradicional frase “ denunciats de la sèquia de...!.

El juicio se desarrolla en forma rápida, oral e íntegramente en idioma catalán. El denunciante, que suele ser el guarda de la acequia a la que pertenece el denunciado, expone el caso ante el Tribunal y después el denunciado se defiende a sí mismo y responde a las preguntas del síndico de la acequia a la que pertenece.

A continuación el Tribunal con al excepción del síndico de la acequia en cuestión, decide la culpabilidad o no del denunciado, y en caso afirmativo, es el síndico de la acequia quien impone la pena a pagar por el infractor, de acuerdo a las Ordenanzas de la propia Comunidad de Regantes.

4. LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN LOS TEXTOS DE ULPIANO.

Aparece regulada en textos de Ulpiano con el nombre de “ proxenetæ” en el título XIV, Digesto 50 y luego en la Novela 90 de tstitibus capítulo 8 sería la primera vez que aparece el propio termino mediación. (hay parte de la doctrina que afirma que esos institutos que se mencionaban en esa época nada tiene que ver con el término de mediación que manejamos en la actualidad incluso lo asimilan al corretaje y no a la mediación)

⁵ Rozenbenblum de Horowitz, S. Mediación: convivencia y resolución de conflictos en la comunidad, Barcelona, 2007 p. 259, 260

⁶ Website: <http://www.tribunaldelasaguas.com/> El Tribunal de Aguas de Valencia R.E.D.S. núm. 2, mayo-agosto 2013

Laura Gázquez Serrano⁷ manifiesta que “la carencia de fuentes que se refieran expresamente a esta figura no significa que la actividad de los mediadores en el mundo romano fuese limitado sino que más bien era considerada como una profesión no muy apreciada”

La misma autora menciona la definición de mediador que aparece regulada en la Novísima recopilación que si bien no es una definición de la figura que nos ocupa, si hace una exposición casuística de su alcance y naturaleza. Era una reglamentación subjetiva ya que se regulaba al mediador como comerciante.

Lorna García Gerboles y Monika Muesmann⁸ cuando desarrollan el punto titulado “Desarrollo de la mediación en el ordenamiento jurídico romano” manifiestan que el proxeneticum o sea el corretaje- en la terminología moderna- ha sido una figura que a lo largo de la historia que no ha tenido una constante y amplia plasmación en los distintos ordenamientos jurídicos..

Estos autores indican que los primeros indicios de esa figura jurídica se encuentran en la Mesopotamia, en el Código de Hammurabi, aclarando que en ese momento no se puede hablar de mediación como un contrato comercial, ya que se enmarca en el ámbito del intérprete.

Encuentran en la experiencia romana el espacio donde se empezó a delinear la figura del mediador, que se conoce como proxeneta (del griego y quiere significar “ aquel que se interesa por alguna cosa”) que aparece en los texto de Ulpiano recogidos en el Digesto 50, 14 y en Séneca en Epistulae ad Lucilium, 119,1 y en Marcial en Epigramas 10, 3, 4, o mediator, término utilizado por Justiniano en Nov.90, 8, también se emplea pararii en Séneca.

Es decir, será en el ordenamiento jurídico romano donde se encuentran los primeros pasos que llevarán a una regulación jurídica propia que terminará por plasmarse en tres textos ulpianos que integran el título 14 “ De proxeneticis” del libro 50 del Digesto de Justiniano y en una novela de Justiniano (90,8). Sin embargo es una regulación escasa y insuficiente para que uno pueda realmente lograr una concepción integra de este instituto jurídico.

Si perjuicio de que el desarrollo de la mediación antes del Digesto es desconocido la doctrina en general llega a algunas conclusiones como ser que el origen de la mediación surge en el ámbito de las paterfamilias y su conexión con el contrato de mandato; que la mediación debió nacer en la parte oriental y luego extenderse a Roma durante el Principado y donde se convierte en una figura autónoma y con sustantividad propia desligada del mandato y del pater familia.

En Justiniano D. 50.14 la actividad del mediador consiste en poner en relación a dos personas para la celebración de un contrato por una remuneración. Esa posición de intermediador entre dos hace que la figura se confunda en los inicios con la de intérprete, su actividad se suele enmarcar en el ámbito mercantil. Aparece aquí la figura del mediador nupcial que es aquella persona que interviene entre los cónyuges con el fin de lograr un acuerdo favorable.

Las ya citadas autoras afirman que ya se puede hablar en Roma de un contrato de mediación haciendo referencia a una respuesta de Ulpiano XXXI ad Edictum D 50.14.2 donde considera el supuesto en que el mediador que intervino en un mutuo y su función fue

⁷ Gazquez, Serrano, Laura. El contrato de mediación y corretaje. Madrid.2007.

⁸ García Gerboles Lorna- Muesmann, Monika. El entronque histórico-jurídico del concepto de la mediación desde el Derecho Romano hacia la actualidad.Madrid, s/f pág. 23 y ss.

proponer y elogiar el nombre del mutuario. Se plantea si es posible que surjan obligaciones para el mediador en caso de insolvencia del deudor. Ulpiano frente a esta interrogante da una respuesta negativa sosteniendo la independencia del mediador permitiendo ejecutar la acción del dolo, si se prueba que la actuación del mediador fue engañosa.

Highton y Alvarez⁹ en el capítulo VI de su libro al que titulan “Orígenes históricos y desarrollos actuales de la Resolución Alternativa de disputas, especialmente la mediación” abordan las bases históricas del instituto.

Se remontan a los filósofos griegos donde dicho concepto era utilizado en aquellos supuestos en que había necesidad de encontrar un modo de relacionar dos elementos distintos. Se entendía mediación como la actividad propia de un agente facilitador, que acercaba a dos distintos. Manifiestan en su libro *‘La antigua sociedad ateniense solicitaba que los conflictos se dirimieran sin necesidad de recurrir a juicio, a cuyo fin encargaban a los Thesmotetas la disuasión y persuasión de lo espíritus en crisis para avenirlo en transacción o compromisos arbitrales’* *“ del derecho romano nos llega los jueces de avenencia y de la época de Cicerón los juicios de árbitros que acudían a la equidad para resolver disputas”*

5. LA EVOLUCIÓN DE LA MEDIACIÓN SEGÚN GARCÍA VILLALUENGA.

Basándonos en el estudio realizado por García Villaluenga (citado ut supra) nos detendremos a examinar la evolución de la mediación en tres etapas bien diferenciadas.

5.1. LA CONCILIACIÓN EN LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA SOCIEDAD.

Las sociedades orgánicas poseían a grandes rasgos similares mecanismos comunales y personales de mediación en casos de conflicto entre sus miembros, propios de mentalidades sociales vinculadas a la tierra, al trabajo y a la familia.

Estos “cuerpos sociales intermedios” dictaban normas consuetudinarias, recogidas más tarde en textos jurídicos organicistas que establecían los medios para mantener la armonía y la jerarquía interna en sociedades fuertemente cerradas a los cambios y estables en su composición.

Desde la China imperial a la civilización grecolatina, encontramos experiencias mediadoras tradicionales, “sociedad orgánicas” bajo la ley de la tradición y la idea de jerarquía social.

En el continente asiático por ejemplo las costumbres japonesas hacían del líder comarcal el mediador en las disputas formales; en China, se consagró como tradición milenaria recopilada, como antes mencionamos, el Confucio que se trataba de la resolución del conflicto a través de la persuasión moral.

En África aún persisten amplias zonas donde rige una justicia mediadora de tintes tribales, donde las asambleas comunales o vecinales median en los conflictos entre los miembros de una comunidad, en gran medida determinada por los extensos círculos de parentesco.

En Europa las cofradías romanas y los gremios medievales fueron espacios laborales donde se solucionaban o encauzaban problemas propios de unas sociedades donde sus miembros eran situados por su lugar en la jerarquía en la producción en el trabajo.

⁹ Highton, Elena I- Alvarez, Gladys S. Mediación para resolver conflictos. Buenos Aires, 2008 Pág. 144 y ss.

En América encontramos viejos procesos de resolución autónoma y comunitaria aún vigentes. En Sudamérica subsisten tradiciones conciliadoras de origen precolombino en los mapuches chilenos o en comunidades aymaras. En Norteamérica encontramos organismos de resolución de conflictos (agrarios, vecinales, familiares) propios de comunidades de origen europeos como los primeros colonos evangélicos o como los posteriores inmigrantes judíos.

En España encontramos testimonios de una primera reglamentación mediadora en las juntas vecinales, los gremios medievales y a las hermandades agrarios y rurales.

Esta mediación se atestigua jurídicamente con el ya citado Fuero de Avilés donde se documenta el origen etimológico de la mediación o “medianedo” o en las también ya citadas Partidas de Alfonso X el Sabio que se recoge el término arbitraje.

A nivel institucional, junto a la labor de los Jueces de Paz, destacaron organismo donde se resolvían las disputas comerciales y territoriales de los miembros de estas comunidades, como el “Consejo de Hombres Buenos” de la Huerta de Murcia o el “Tribunal de las Aguas” de Valencia.

Domenico De Napoli¹⁰ señalaba que en todas estas sociedades orgánicas la resolución de los conflictos se realizaba en el seno de las mismas, con organismos mediadores compuestos por sus miembros, con el papel central de la familia tradicional como modelo de armonía y medio de apoyo. Así los conflictos se encontraban sometidos al imperativo de la moral y la jerarquía. Sostiene el autor que en una sociedad orgánica la economía y la tecnología deberán quedar subordinadas a la visión trascendente de la existencia humana. La creación de cuerpos intermedios como la cooperación que reúne a todos los participantes en una misma actividad económica, puede constituir, el punto de enlace entre la autoridad del Estado y la libertad del individuo.

La mediación en estas sociedades tradicionales partía así de un principio esencial: la sociedad era una “realidad dada en la que algunos hombres excepcionales pueden introducir innovaciones progresivas” que “se estructura y desarrolla orgánicamente y no es susceptible de una brusca reordenación voluntarista”; esta evolucionaba según las creaciones racionales y progresivas de la elite política y social y donde el individuo poseía una posición central como miembro de los cuerpos naturales e intermedios, al que representa en sus intereses comunes.

En el esquema organicista, la realidad era algo dado y no el fruto de un pacto que sus miembros han negociado libremente¹¹

5.2. LA MEDIACIÓN LABORAL. LAS FÓRMULAS ARBITRALES Y CORPORATIVAS.

El impacto de la revolución industrial conllevó a la transformación de las ideas, estructuras y relaciones de las sociedades occidentales.

En ellas surgió la llamada “cuestión social” reflejo de las condiciones de vida y del trabajo de una población convertida mayoritariamente en obrera y anuncio de la intervención social del Estado.

¹⁰ De Napoli, Domenico “El corporativismo en Italia: aspectos históricos y doctrina” Revista de Estudios Políticos. Nº 206-207 pp. 325-336. Madrid. 2007.

¹¹ Fernandez de la Mora, Gonzalo. Los teóricos izquierdistas de la democracia orgánica. Barcelona. 1985

Esta cuestión convirtió el problema obrero en el problema social por antonomasia y centró la intervención asistencial y protectora del nuevo Estado social, ante la desaparición paralela de los cuerpos sociales intermedios (familia, municipio, gremio) como organizaciones de ayuda y de mediación tradicional.

La mediación social se identificaba con el arbitraje laboral. Capital y trabajo eran los objetos de una mediación con una tarea clara: resolver o paliar, desde la acción tuitiva del Estado o desde la “auto resolución” profesional, los conflictos colectivos surgidos en las relaciones colectivas entre organizaciones obreras y patronales o entre individuos pertenecientes a una de estas dos categorías por cuestiones de salarios, jornada laboral, productividad, entre otros.

5.3. LA MEDIACIÓN SOCIAL: LAS FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTO.

A mediados del siglo XX se asistió a la definición de Mediación como técnica específica de intervención social y como acción profesional concreta.

Este fenómeno emergente si bien ligado en sus primeras formas al campo familiar ha ido introduciéndose de manera forma y reglada en nuevos campos de acción social.

Complementando a las formas de armonización tradicional y arbitraje laboral la mediación nacía en los Estado Unidos dentro del movimiento denominado como ADR (alternative dispute resolution)

Los primeros servicios de mediación ajenos o complementarios al sistema judicial tradicional, se centraron en la regulación de los conflictos familiares ante casos de separación y divorcio como formas alternativas o complementarias al proceso judicial, a la hora de dirimir las disputas de pareja, de proteger a los menores, de resolver cuestiones de índole patrimonial y de fomentar actuaciones educativas. La vinculación y obligatoriedad jurídica determinaba como hemos apuntado al principio el carácter voluntario o imperativo de la mediación ¹²

De manera paulatina la mediación se ha ido ocupando de la resolución de conflictos en distintas áreas sociales: interculturalidad, educación, menores, consumo, salud, asociacionismo, comunidades, entre otras.

A partir de la experiencia norteamericana se fue reconociendo la oportunidad y viabilidad de los medios alternativos de resolución de conflictos como una función profesional de “autorregulación de disputas” sociales (familiares, culturales, escolares, comunitarias, etc.) alternativa o complementaria a la vida judicial..

En ella jugaron un papel determinante teorías de la “resolución de conflictos” como la “negociación asistida” de la escuela de Harvard, el “método transformativo” de Bush y Folger o el “círculo narrativo” de Sara Coob¹³

En ese momento nacía una nueva mediación específica como método de gestión prejudicial de las controversias sociales y familiares, ante la propia crisis administrativa de la Justicia, las necesidades de aligerar los costos económicos y temporales de los procesos judiciales y la conveniencia de reconocer una mayor

¹² García- Longoria, M.P. y Sánchez, A La mediación familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares. 5º Congreso de Escuelas de Trabajo social de Huelva. 2004

¹³ Redorta Lorente, Josep La evolución de la mediación y el estudio del conflicto. En Trabajo Social Hoy, Nº 1, p 147-168.2005.

capacidad de participación al ciudadano en la resolución de los conflictos que lo afectaban.

Se presentaron algunos factores que hicieron más lenta la implementación de este sistema en Europa como ser la “tradicción de justicia togada”, “ el formalismo de los sistemas de civil law” y el “ principio de unidad de jurisdicción”, elementos que advertían la ruptura del monopolio judicial a la hora de resolver los conflictos de intereses y negaban dar oportunidad a los medios alternativos extrajudiciales.

Por este motivo se encuentra el desarrollo de dos tipos de mediación: la del sector público (trabajadores sociales, abogados) y la del sector voluntario (asociaciones) ¹⁴

6. CONCLUSIONES.

El proceso de institucionalización profesional y académica de la “ nueva mediación” integrada en el curriculum universitario y con nuevos ámbitos de trabajo, pretendidamente ajena a modelos de arbitraje y conciliación, muestra en su bagaje ciertas insuficiencias de carácter conceptual y metodológico: la persistencia de cierta confusión terminológica, aun no superada totalmente respecto a las formas paralelas de resolución; su instrumentalización como sistema individualista de resolución, ajena a la visión comunitaria del “ desarrollo humano integral” y la relación no siempre delimitada entre su dimensión eminentemente prácticas con las distintas áreas de investigación de las ciencias sociales.

Un estudio de la mediación a la luz del Derecho Romano puede derivar en las siguientes consideraciones:

1- La trascendencia de las aequitas romana de la que Solimano¹⁵ dice que la misma interviene “restableciendo la justa proporción, el exacto equilibrio entre derecho y vida. Miguens¹⁶ afirma que es un término expresivo de la “ *adecuación del Derecho positivo a los hábitos, costumbres, sentimientos e instintos morales e intelectuales arraigados en la conciencia colectiva*” Y por último, Roberto Rinaldi ¹⁷ refiere a los aequitas en tiempos justinianos como un elemento moderador, actuar equitativamente era “*actuar con misericordia, con flexibilidad*”.

2- La actividad del mediador de “terciar entre dos partes para la conclusión de un contrato o acuerdo” se encuentra referida en la Complicación Justiniana.

3- La no responsabilidad del mediador contemporáneo por el acuerdo suscripto ante él, que las partes incumplen salvo que actúe con dolo fue considerada por Ulpiano.

4- El ser “corredor de orejas” del mediador, de aquí para allá guardando el secreto, habilidad natural en la antigüedad, hoy se enseña como uno de los principales principios de la mediación, en la escuelas de formación de mediadores.

5- La gratificación que por servicio recibe el mediador puesta de relieve en Justiniano fue incorporada en la normativa de las mayoría de los países que tienen regulados el instituto de la mediación.

Concretamente es en la Convención de la Haya en el año 1907 sobre solución de controversias internacionales cuando se regula, de manera embrionaria, el

¹⁴ Blanco Carrasco, M. Mediación y consumidores. Madrid. 2005.

¹⁵ Louzan de Solimano; Nelly. Curso de historia e instituciones del Derecho Romano. Buenos Aires. p. 19 2001

¹⁶ Ponssa de Miguens, Nina. Manual de Historia del Derecho Romano. Buenos Aires, p. 18. 1984

¹⁷ Rinaldi, Norberto con la colaboración de Alvarez Mirta Beatriz. Lecciones ampliadas de Derecho Romano. Buenos Aires, p. 150 y ss. 2007

reconocimiento de la mediación jurídico como instituto jurídico distinto tanto de la jurisdicción como de otros medios alternativos de solución de conflictos.

En Estados Unidos, es a partir de los años 70 cuando comienza el interés de la búsqueda de nuevas formas para resolver conflictos. Este creciente interés se debe a factores sociales provocados por las revueltas estudiantiles, las reivindicaciones, sociales y políticas como consecuencia de la Guerra de Vietnam.¹⁸ Una serie de organizaciones intentó establecer servicios de mediación para dar respuesta a la insatisfacción popular y a la cada vez mayor trascendencia a presentar demandas por agravios, quejas, insultos, litigios familiares, desavenencias raciales, de comunidades, laborales e industriales.

En otro ámbito también en el mismo país la American Arbitration Association (AAA) empieza a establecer criterios de formación y capacitación para que las personas interesadas puedan aplicar sus conocimientos de conciliación, mediación y arbitraje en conflictos de consumidores, comunidades y familiares.

Así comienzan a darse los primeros avances que llevan a la mediación como una de las nuevas formulas para la resolución de conflictos.

Es en esta época donde se ubican los orígenes de la mediación tal cual como la conocemos en la actualidad, cuando se prevé un colapso judicial debido a la acumulación de procesos legales contenciosos por pequeños conflictos valorando necesario el aportar otras vías además de la judicial.

Sin perjuicio de que la mediación en su variante más pura ha existido siempre en muchas culturas y momentos históricos resulta difícil establecer el momento en que la mediación surge como método de resolución alternativa de conflictos y la mayoría de los autores sitúan el nacimiento de la mediación en el siglo XX

Pero pese a estas dificultades el camino está abierto. El impacto de la nueva conceptualización de la mediación como medio alternativo de resolución de disputas supuso, pese a la persistencia de sistemas tradiciones de autorresolución de conflictos (vecinales, familiares, comunitarias) o campos propios de la administración social, la génesis de un campo específico de intervención ligado a una re conceptualización del Derecho social.

¹⁸ Boqué Torremorell, M., *Cultura de mediación y cambio social.*, Barcelona. 2003
R.E.D.S. núm. 2, mayo-agosto 2013

BIBLIOGRAFÍA.

1. Blanco Carrasco, M. Mediación y consumidores. Madrid. 2005.
2. Boqué Torremorell, M., Cultura de mediación y cambio social., Barcelona. 2003
3. De Napoli, Domenico “El corporativismo en Italia: aspectos históricos y doctrina” Revista de Estudios Políticos. Nº 206-207 pp. 325-336. Madrid. 2007.
4. Fernandez de la Mora, Gonzalo. Los teóricos izquierdistas de la democracia orgánica. Barcelona. 1985
5. Fernandez Riquelme, S. Teoría y práctica de la mediación. *La gestión alternativa de los conflictos sociales*. Murcia, 2009
6. García Gerboles Lorna- Muesmann, Monika. El entronque histórico-jurídico del concepto de la mediación desde el Derecho Romano hacia la actualidad. Madrid, s/f pág. 23 y ss.
7. García- Longoria, M.P. y Sánchez, A La mediación familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares. 5º Congreso de Escuelas de Trabajo social de Huelva. 2004
8. García Villaluenga, L. Mediación en conflictos familiares. Madrid, 2006 p. 169-311
9. Gazquez, Serrano, Laura. El contrato de mediación y corretaje. Madrid.2007.
10. Highton, Elena I- Alvarez, Gladys S. Mediación para resolver conflictos. Buenos Aires, 2008 Pág. 144 y ss.
11. Louzan de Solimano; Nelly. Curso de historia e instituciones del Derecho Romano. Buenos Aires. p. 19 2001
12. Ponssa de Miguens, Nina. Manual de Historia del Derecho Romano. Buenos Aires, p. 18. 1984
13. Rinaldi, Norberto- con la colaboración de Alvarez Mirta Beatriz- Lecciones ampliadas de Derecho Romano. Buenos Aires, p. 150 y ss. 2007
14. Redorta Lorente, Josep La evolución de la mediación y el estudio del conflicto. En Trabajo Social Hoy, Nº 1, p 147-168.2005.
15. Rozenbenblum de Horowitz, S. Mediación: convivencia y resolución de conflictos en la comunidad, Barcelona, 2007 p. 259, 260

Website

Certezas y dudas sobre la tradición textual del Fuero de Avilés.

<http://www.unioviedo.es/reunido/index.php/RFA/article/view/9181> abril 2013.

Las siete partidas de Alfonso X el Sabio.

<http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/7partidas.pdf> abril 2013.

El Tribunal de Aguas de Valencia.

<http://www.tribunaldelasaguas.com>

AID EFFECTIVENESS AFTER NATURAL DISASTERS

THE CASE OF HAITI: A UNIQUE TRAGIC STORY

Elisa C. Lledó Benito
Master in International Relations 2012-2013
IE School of International Relations, Madrid

Fecha de recepción: 24 de Mayo de 2013
Fecha de aceptación: 28 de Junio de 2013

SUMMARY (table of contents): I. INTRODUCTION. II. HAITI PRONE TO ENVIRONMENTAL AND NATURAL DISASTERS. III. HAITI AND THE 2010 EARTHQUAKE: ECONOMIC, POLITICAL AND SOCIAL ANALYSIS. A) HAITI BEFORE THE EARTHQUAKE. B) HAITI AND THE EARTHQUAKE: LOSSES. C) HAITI AFTER THE EARTHQUAKE. IV. THE DEBATE: W. EASTERLY VERSUS J.SACHS. V. PROSPECTS OR SOLUTIONS

ABSTRACT: On 12 January 2010 an earthquake measuring 7.0 on the Richter scale struck Haiti. This natural disaster intensified the existing challenges (structural development) and created a “reconstruction” necessity for a country that was already the poorest in the American continent and one of the poorest in the world (with a GNI per capita of 700 US \$ according to the World Bank data).

In response to that devastating earthquake, Haiti received an unprecedented wave of international assistance providing a relatively fast and coordinated response to humanitarian emergency in the short-term.

Three years have already passed and Haiti is not improving as much as it should be.

Taking into account all of that: Does foreign aid really help recipient developing countries to develop?

KEYWORDS: Natural disasters, aid effectiveness, Haiti.

I. INTRODUCTION:

The 21st century is characterized by **interdependence** and **solidarity**. These two words are constantly seen in international agreements, in the media and are applied to all circumstances and events such as the economic and financial crisis, bailouts in Europe regarding the countries that have adopted the euro currency and are nowadays facing problems such as Greece, Portugal, Ireland, Spain or Cyprus. But also during the Arab Spring, solidarity could be appreciated in Facebook where flags of Egypt, Libya, Syria and more recently Turkey, were shown in the profile status of million of people around the world.

Moreover, interdependence and solidarity were also shown with humanitarian interventions, the responsibility to protect, climate change, even terrorism has a global and awareness effect. Indeed, in the XXI century, everything in this world is connected therefore the consequences are shared by all of us.

On January 12th 2010, shortly before 5pm, an earthquake with a magnitude of 7,0 on the Richter scale shook Haiti for 35 seconds, the longest and most unforgettable 35 seconds for Haitian population who were at that time enjoying their day-to-day life.

The earthquake created an unprecedented situation. Not only was it the most powerful earthquake to hit the country for 200 years but also was magnified by the fact that it destroyed the most populated area of the country as well as its economic and administrative center.

It was a sad outcome for a country which was already the poorest nation in the American continent and one of the poorest in the world, with a GNI per capita of 700 US \$ (low income) according to the World Bank data.

Solidarity was the driving force that characterized the unprecedented wave of international assistance received by Haiti. Solidarity must be understood as an intangible element but moral. When a natural disaster happens, TV, radios, news papers, in short all media show the sad images of countries (normally poor) that had been hit by a natural disaster and do not have anything to survive because they have lost everything in the earthquake: house, money, food and family. That feeling of deliberate help is called solidarity. Donors normally show that type of feeling and aid is disbursed not only from the developed countries but also from developing countries, for example, Brazil. Solidarity must be understood as a moral component, for some, even as an obligation of human beings.

When a natural disaster occurs, two main elements might be highlighted:

- ⇒ Immediacy
- ⇒ Solidarity

The case of Haiti was not an exception and those two components were applied:

Immediacy of international mobilizations: countries such as the US, Chile, Brazil, Canada, indeed the whole international community mobilized their efforts in order to send food, medicines, water, soldiers to help Haiti in that moment. Indeed military planes landed in Haitian ground just a few hours after the earthquake happened. But also immediate private donors helped Haitian sending million of dollars, euros and pledging loans, grants etc.

Solidarity understood in the sense that the whole global society mobilized¹ to help Haitians in that terrible situation. Furthermore, solidarity understood in the sense of the willingness of the international community to assist and support the government and people from Haiti. As I have explained before, solidarity is not something imposed, but an altruistic action. In that particular case, the commotion of the terrible earthquake and the images broadcasted in TV, caught the attention and the hearts of millions of people who started contributing with the cause.

Undeniably, the whole international community, the whole world turned their attention, their solidarity and their compassion to this small and poor country and showed how united the globalized world can be.

Three years after the devastating earthquake destroyed the economic and the administrative center of the country, the solidarity that characterized the whole effort relief seems to have disappeared. The economy is still stagnant, not significant change has happened since that terrible date (12th January) and the situation appears to be worsened (cholera spread among the population, shortages of food, etc.). Where “that unprecedented wave of international assistance” that Haiti received three years ago has gone?

It seems that this solidarity, this compassion, follows a process where people are first affected by the aggressive event (earthquake), then they have a kind of “overshooting effect” (as adrenaline) and finally, when time goes by, this “overshooting effect” goes down and falls into oblivion. Are we witnessing a situation of “donor’s fatigue”? Or is it more a domestic problem?

It is true that Haiti suffers from internal problems such as corruption and also suffers problems within the government. In the particular case of Haiti, we face the two sides of the coin concerning international aid. On the one hand, “donor’s fatigue” can be understood as the situation when donors invest money in order to assist and solve an economic development problem or a natural disaster relief, and they realise that positive results never arrive. On the other hand, it can also be a problem of the donors themselves who do not invest their money in good projects; therefore the result of the effect of the aid is negative as it seems is the case in Haiti. However, it looks that the internal affairs has a lot to do with the “disappointment” of donors but particularly, of Haitian population.

Is international aid effective when talking about natural disasters?

Although there is no simple answer to this question, the Haitian history may provide some insights on key issues that should not be avoided since aid does not seem to have been effective in this case.

Indeed, is Haiti these days, the symbol of the failure³ of aid?

After the terrible earthquake and chaos that hit Haiti, we can state that the Caribbean island has been since then in a dramatic situation. This situation has put this small nation on the front pages of newspapers; but the weak economic, political and social situation goes way back in time.

Haiti has actually a unique tragic history: natural disasters, poverty, diseases, racial disputes, and political instability have all plagued the small country throughout its history.

¹ Via the Internet, NGO’s, singers, etc.

² Solidarity and compassion

³ Not only domestic but also of the International Community

II. HAITI PRONE TO ENVIRONMENTAL AND NATURAL DISASTERS:

Haiti has suffered since 1564, eleven earthquakes and seisms⁴ and has faced all over its history: cyclones, hurricanes, tropical storms, torrential rains and floods.

Indeed, Haiti is a country prone to environmental and natural disasters and is vulnerable to climatic changes. Furthermore, Haiti is located in what it can be considered as the corridor of hurricanes and tropical depressions, and is placed between complex systems of fault lines.

Actually, from May-June to November, Haiti is exposed to cyclones and hurricanes that involve considerable damage, when touching its territory. However, these adverse natural events cannot explain all the disasters that have taken place in Haiti. In addition, poverty, deforestation and climate change make Haiti more vulnerable when is struck by natural disasters.

According to the European Commission report about Humanitarian Aid in Haiti *“From 2001 to 2007, tropical cyclones and floods left more than 18,000 dead and 132,000 persons homeless and approximately 6.4 million people were affected. During the 2008 Atlantic hurricane season, Tropical Storm Fay, and Hurricanes Gustav, Hanna and Ike, all of which hit the country within a month, devastated Haiti. As a result, eight out of ten departments were severely affected”*⁵. Moreover, the fact that the biggest population in Haiti lives in the cities (Port au Prince), and in weakly constructed buildings is an incentive for the increase of the vulnerability of the country towards earthquakes.

Besides, according to Haiti Post-Disaster Needs Assessment (PDNA) report 2010, *“Haiti has the highest index of vulnerability to cyclones of all the developing small island states. Haiti is located in the middle of the Caribbean Basin, and 96% of its population live in constant danger of 2 or more risks”*⁶. It keeps saying, *“In addition to the hydro meteorological threats, Haiti is in a seismically active zone. Thus, four fault lines capable of producing high magnitude shocks cross its territory. The recurrence interval is estimated at 150-200 years, with the country’s two biggest towns, Port-au-Prince and Cap-Haïtien situated directly on the fault lines”*.

The last earthquake⁷ that Haiti faced was the one in January 12th 2010 with a magnitude of 7,0 in the Richter scale. Its epicenter was situated approximately at 25 kilometers from Port au Prince, the capital of Haiti where all the main administrative and community buildings were, including the cathedral, the main hospital and the UN peacekeeping headquarters. Port au Prince is also the most populated city in Haiti. The devastating earthquake cost the lives of more than 300,000 people and left 2.1 million displaced⁸.

That is why, after the bitter experience of the last earthquake, the government was foreseeing to move the capital from Port-au-Prince to the north where it does not suffer those intense and powerful earthquakes.

⁴ Michael Blanpied of the U.S. Geological Survey (USGS) Earthquake Hazards Program describes Hispaniola as “caught between two tectonic plates [which are] shearing the island, crushing it, grinding it.

⁵ European Commission, Humanitarian Aid. http://ec.europa.eu/echo/index_en.htm

⁶ Haiti Earthquake PDNA working document 2010, Annex to the Action Plan for National Recovery and Development of Haiti.

⁷ See appendance Figure 2.

⁸ Haiti Humanitarian Action Plan 2013

III. HAITI AND THE 2010 EARTHQUAKE: ECONOMIC, POLITICAL & SOCIAL ANALYSIS

A. *Haiti before the earthquake:*

❖ ECONOMY:

“The problem with Haiti is a social and political problem because of its economic situation and is an economic problem because of its political and social situation⁹”.

Haiti has a basic economic structure based on a rudimentary agriculture, an emerging service sector and a very reduced industrial segment and the major ports for commercial exchange are Port-au Prince, Gonaives and Cap Haïtien¹⁰.

Regarding the **agriculture sector**, around 68%¹¹ of the working population are farmers. Moreover, Haitian farms are mostly familiar farms where small-scale subsistence crops such as corn, mango¹², sweet potatoes, rice, coffee¹³, sugar, bananas, cacao¹⁴, etc. prevails. In addition, the Centre for facilitation of Investment in Haiti confirms, *“Agricultural production in Haiti represents 30% of GDP and employs up to 50%¹⁵”*. Furthermore is important to highlight that Haiti is the second country in the Caribbean that has most arable land.

According to the World Bank statistics, the **service sector** is one of the few sectors of Haiti's economy that has continued a stable growth through the 1990's.

Tourism in Haiti is almost inexistent due to, first, political upheavals, corruption and instability throughout Haiti's history, second, inadequate infrastructure¹⁶ and finally because of its orography. Indeed, its rough relief and narrow valleys limit the existence of beaches if we compare them to the ones in the neighbor Caribbean countries. However, the government wants now to promote tourism in the island as one of the key sectors that can help Haiti's economic survival. According to CFI, *“Tourism played an important role in the past and is in the forefront of the present economic revival. It has drawn an average of 500,000 visitors annually in the past five years. The Caribbean Tourism Organization (CTO) has joined the Haitian government in an effort to restore the island's image as a tourist destination¹⁷”*.

Vis à vis the **industrial sector**, Haiti's specialization is the transformation of agriculture products such as coffee and sugar. The most important industries in Haiti are focused on beverages, butter, sugar, soap, textiles¹⁸ etc. The main problem of growth in industry sectors is a lack of capital investment in the island. According to CIA World Factbook, *“the Martelly administration has launched in 2011 a campaign aimed at drawing foreign investment into Haiti as a mean for sustainable development”*. In addition, aid in form of grants from the United States and other countries have tried to limit this problem, but without much achievement.

⁹ M. Glezher.

¹⁰ See appendance Figure 3

¹¹ González Hernández, Manuel and Manero Salvador, Ana. “El conflicto de Haití”. Ministerio de Defensa, May 2011

¹² According to CFI, *“Haiti was known in the past for being a large sugar and coffee producer in the Caribbean”*.

¹³ According to CFI data, *“Haitian's cacao is renowned to be of the best qualities in the world.”*

¹⁴ Center for facilitation of Investment in Haiti (CFI) <http://cfihaiti.net/pages/1/10-agribusiness.php>

¹⁵ Improvements in hotels and restaurants are needed in order to attract tourists and improve the tourist image of Haiti.

¹⁶ Ídem 34

¹⁷ According to CFI data, in 2010 industry accounted for about 16 percent of the GDP and employed less than 12 percent of the working force. However, it appears to be that the housing sector became a new sector for growth.

¹⁸ Ídem 20, page 31

Concerning the **mineral and energy sector**, deposits of bauxite, copper, gold and silver have been localized in Haiti. However, the exports of bauxite stopped in 1983 and the production of copper also stopped due to the low world prices in 1970¹⁹. Concerning the energy sector, the majority of the country's energy comes from the burning of wood²⁰. As the Center for facilitation of investments (CFI) points out, “*The energy sector in Haiti has great potential for growth and investment*”²¹.

As we can see, there are many impediments to the economic growth of Haiti, and the last ones have been the 2010 earthquake and the 2012 tropical cyclones. All of that has pushed Haiti to become one of the poorest countries in the Western hemisphere.

Despite being a free market economy with low labor costs and tariff-free access of its exports to the US market, despite the Caribbean Basin trade Preference Agreement (CBTPA) with the US, despite the 2008 Haitian Hemispheric opportunity through Partnership Encouragement Act (HOPE II)²², despite having remittances²³ that represent 20% of Haitian GDP, despite debt forgiveness after the 2010 earthquake and foreign aid; Haiti is still facing many problems in order to develop its economy.

Before the earthquake, the Haitian economy was growing slowly since 2005. As a result, investments and revenues were expected to grow during the first quarter of 2010, however the devastating earthquake cut down all the illusions and set the economy back.

The value of the losses and damages of the seism were estimated to represent more than 120% of the 2009's GDP. The vast majority of the government revenues are obtained through customs duties thanks to the exports²⁴ but they are insufficient to sustain an economy where, in addition, there exists a large informal economy, tax evasion and an inefficient tax administration²⁵.

❖ POLITICS:

Political instability and corruption are two of the main factors that have prevented economic development in Haiti.

Haiti is the story of a poor country, which, since its discovery by Christopher Columbus in 1492, has suffered diseases, political upheavals, racial disputes, a dictatorship²⁶, poverty and natural disasters.

From the 3rd March 2006 to the 20th March 2011, René Préval was the President of the Republic of Haiti. The year of 2009 was characterized, on the one hand, as a period of political stability but on the other hand, as a period with an increase in insecurity that neither the Haitian security forces nor the MINUSTAH could stop at the time. Indeed, kidnappings and residential robberies happened every day. Public safety was one of the main concerns of the government. Despite promising fair and transparent elections for

¹⁹ Nowadays, only 3% of original forests remain in Haiti. Deforestation is a big issue in Haiti and a potential factor for the devastating outcomes when the country is hit by a cyclone or hurricane. BBC News, *Haiti's history of misery*, Wednesday 13 January 2010

²⁰ Centre for facilitation of investments (CFI)

²¹ HOPE II was established by the US in order to help Haiti to increase its exports and investments by providing duty-free access to the US. In 2010, US voted to extend the agreement until 2010.

²² Index

²³ According to CFI data, “Haiti's main trading partner with 70% in import and 34% in exports, is the US. The Dominican Republic also plays an important economic role, importing 23% and exporting 9%. Other trading partners include Canada, Netherlands Antilles and China”.

²⁴ Haiti: economy, Global Edge, Michigan University, Broad College of Business.

²⁵ “Les dictatures des Duvalier”: François Duvalier (Papa Doc) from 1957 to 1971 and his son Jean-Claude Duvalier (Baby Doc) from 1971 to 1986.

²⁶ Finally the elections took place in November 2010

February 2010²⁷, the OAS highlighted that the counting in the 2010 elections was rigged. Finally, Michel Martelly was confirmed into office on May 14th 2011.

❖ SOCIAL AND HUMAN DEVELOPMENT INDICATORS²⁸:

The fact of Haitian poverty is shocking. The UN Human Development Index (HDI) (2012) ranks Haiti as 161 least developed out of 186 countries²⁹.

According to the CIA World Factbook, “80% of the population lives under the poverty line and 54% in abject poverty”. In Haiti, only 52.9%³⁰ of the population is literate and is concentrated most frequently in urban areas, coasts and valleys where they can find resources and subsistence to live. According to International Human development indicators, UNDP³¹, adult literacy rate regarding both sexes (percentage aged 15 and above) is 48,7% (2010).

Half of the population has no access to drinking water³². The Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC)³³ provides data saying that 69% of the population is using and improved drinking water sources which 85% in urban areas and 51% in rural areas.

One-third of the Haitian population has no sanitary facilities and only 10% have electrical service. According to ECLAC, the proportion of population using and improved sanitation facility is 17% in 2010, which 24% corresponds to urban areas and 10% to rural areas.

Official unemployment rates for Haiti ranges from 50% to 70%, but those data are not accurate. In addition ECLAC does not provide data regarding unemployment rates³⁴. *L’Institut Haitien de statistique et d’informatique*³⁵ highlights that 54.4% of Haitian population is active and 45.6% is inactive.

A small elite organized in family groups, controls all exports, imports, tourism, construction and manufacturing³⁶. In fact, about 4% of the population owns 66% of the country’s wealth (GINI coefficient). Some 10% own nothing; therefore inequality is very high in Haiti. According to the World Bank data, the GINI coefficient of Haiti is 0.59³⁷.

Finally, about 5% to 8% of the population has HIV/AIDS, and that percentage is rising. Haiti is the most severely affected by HIV/AIDS outside Sub-Saharan Africa. Only an estimated 5% to 10% of those with HIV/AIDS receive treatment. In addition, tuberculosis, and recently polio and cholera, have emerged as epidemics. ECLAC data of 2010 for Haiti points out that the proportion of population with advanced HIV infection with access to antiretroviral drugs is 51%. In addition, International Human development indicators, UNDP says that the public expenditure on health in 2010 in Haiti was 1.5% of the Haitian GDP.

²⁷ The UN Human Development Index <http://hdrstats.undp.org/en/countries/profiles/HTI.html>

²⁸ <http://hdrstats.undp.org/en/indicators/103106.html>

²⁹ Literacy rate, data collected by CIA World Factbook and national self-reported data (2003 est)

³⁰ <http://hdrstats.undp.org/en/countries/profiles/HTI.html>

³¹ 42% according to Unicef and WHO (2012)

³² Economic Commission for Latin America and the Caribbean. http://interwp.cepal.org/cepalstat/WEB_cepalstat/Perfil_nacional_social.asp?Pais=HTI&idioma=i

³³ data not available

³⁴ *Institut Haitien de statistique et d’informatique*. Population active et inactive (15 ans et plus) http://www.ihsi.ht/haiti_en_chiffre.htm

³⁵ National Academy of Public Administration, “*Why Foreign Aid to Haiti failed*”. International Affairs Series, February 2006 <http://www.napawash.org/wp-content/uploads/2006/06-04.pdf>

³⁶ The World Bank. <http://www.worldbank.org/en/country/haiti/overview>

³⁷ Office of the special envoy for Haiti, Has aid changed? Channelling assistance to Haiti before and after the earthquake, June 2011 www.haitispecialenvoy.org

❖ INTERNATIONAL AID:

According to the Office of the special envoy for Haiti³⁸ and related to what it has been mentioned in the economic section, one of the main factors of the Haitian economy is **foreign aid** (aid dependency³⁹). Following the report of the Office of the special envoy for Haiti, “*aid flows to Haiti have varied with political events and humanitarian crisis over the last twenty years*”.

Aid to Haiti has tripled between 2009 and 2010 (previous to the earthquake), increasing from \$ 1.12 billion⁴⁰ to \$ 3.27 billion⁴¹. In fact, the aid to Haiti had increased noticeably after the establishment of the UN Stabilization Mission in Haiti (MINUSTAH) in 2004. It is to say that between 2004 and the year prior to the earthquake (2009), net official development assistance increased from \$298.6 million to \$1,12 billion, including also an increase in humanitarian assistance⁴².

At a first look it seems that Haiti was receiving a lot of money if we take into consideration that net ODA is superior to the Haitian internal revenue of the government for use in its annual budget. But if we compare it to other fragile states such as Afghanistan, Ethiopia or Congo DR, net ODA to those countries is greater than to Haiti.

Prior to the earthquake, aid was coordinated by the Group of 11 donors, informally called the G11: the EU, the Inter-American Development Bank (IDB), Japan, Canada, the International Monetary Fund (IMF), France, Spain, the US, the UN, the World Bank and representatives of Argentina, Brazil and Chile. The channels by where they provided aid (aid modalities) included on the one hand financial assistance to the government, like concessional loans and grants to budget in order to support projects, and on the other hand non-financial assistance to the government, technical assistance, procurement of goods and services and debt relief.

The report highlights that “*between 2004 and 2009, two key changes were made with respect to the modalities adopted in Haiti. First, the IDB, the World Bank and bilateral donors converted their ODA to Haiti from loans to grants and cancelled most of the country’s debt. Second, donors re-established budget support as a modality and provided to the government’s budget from 2004 to 2009, approximately \$ 60.5 million per year, including \$ 93.6 million in the 2009 fiscal year*”⁴³.

B. Haiti and the earthquake: LOSSES

According to the PDNA Report 2010⁴⁴, the total value of damage and loss caused by the earthquake on January 2010 is estimated at **US\$ 7.80 billion**, which is equivalent to about 120% of the country’s GDP in 2009⁴⁵. However the data are not accurate when the Inter-American Development Bank estimated the cost at **US\$ 8.5 billion**.

³⁸ According to OECD, Haiti is among the 20 most aid dependent countries and economies in the world (2000-2010).

³⁹ \$ 142.1 million in relief and \$ 977.6 million in development funding. (Office of the special envoy for Haiti, June 2011)

⁴⁰ \$ 1.55 billion in relief and \$ 1.73 billion in recovery and development funding. (Office of the special envoy for Haiti, June 2011)

⁴¹ From \$ 70 million in 2004 to \$ 142.1 million in 2009.

⁴² Global Humanitarian assistance, a development initiative, Haiti. <http://www.globalhumanitarianassistance.org/countryprofile/haiti>

⁴³ Haiti Earthquake PDNA: assessment of damage, losses, general and sectorial needs, Annexe to the Action Plan for National recovery and development of Haiti, 2010

⁴⁴ Haiti: economy, Global Edge, Michigan University, Broad College of Business. <https://globaledge.msu.edu/countries/haiti/economy>

⁴⁵ Humanitarian Action Plan 2013

Most of the damage and losses were in the private sector representing 70% of the total whereas the public sector represented 30% of the total.

The value of material assets destroyed, including housing, schools, hospitals, roads and bridges, ports and airports have been estimated at 55% of the total effects of the disaster.

Housing was the sector most affected by the earthquake, given that the total figure for the damage is US\$ 2.3 billion and the total figure for the total losses represented 738.70 million. Consequently the housing sector represented approximately 40% of the effects of the earthquake.

Regarding other sectors such as **transport** or urban and **community infrastructure**, the total figure for the damage was 307.10 million for transport and 411.60 million for urban and community infrastructure. The losses estimated were 289.10 million for transport and 183.80 million for urban and community infrastructure. In fact, the most emblematic buildings were destroyed with the earthquake: the Presidential Palace, the National Assembly, the Port au Prince Cathedral, the main jail, the headquarters of the MINUSTAH, the main airport's control tower, etc.

Concerning the **production sectors**, the first sector's damages represented a total of 53 million and 96 million of losses. Finance and banking represented 98.2 million of damages.

According to **Post-disasters need assessment** (PDNA) working groups (2010), the total needs value amounts estimated was US\$ 12.9 billion and breaks down as follows: Governance (918.6 million), regional development (725 million), environment, disaster risk management (1,398 billion), social sectors (6,376 billion), infrastructure (1,837 billion), production sectors (342.4 million) and transversal (607.8 million).

Table 2: Summary of damage and losses

Theme/Sub-theme:	Damage			Losses		
	Public	Private	Total	Public	Private	Total
Environment & disaster risk management	3.00	0.00	3.00	321.40	1750.00	496.40
Social sectors	153.80	805.40	959.40	197.80	355.60	553.30
Water and sanitation	20.90	13.10	34.00	8.40	193.00	201.40
Health	94.70	101.70	196.40	187.70	86.10	273.70
Education	38.20	395.60	434.00	1.70	41.50	43.20
Food safety and nutrition	0.00	295.00	295.00	0.00	35.00	35.00
Infrastructure	628.1	2 528.00	3 166.7	774.2	520.00	1294.8
Housing	0.00	2333.2	2333.20	459.40	279.30	738.70
Transport	188.50	118.6	307.10	91.60	197.50	289.10
Telecommunications	66.00	28.00	94.00	24.00	22.00	46.00
Energy	20.80	0.00	20.80	37.23	0.00	37.23
Urban and community infrastructure	352.80	58.80	411.60	162.00	21.80	183.80
Production sectors	3.10	394.00	397.10	0.00	933.30	933.30
Agriculture	3.10	49.90	53.00	0.00	96.00	96.00
Industry	0.00	74.60	74.6	0.00	267.70	267.70
Retail	0.00	148.70	148.7	0.00	490.60	490.60
Finance and banking	0.00	98.20	98.2	0.00	0.00	0.00
Tourism	0.00	22.60	22.6	0.00	79.00	79.00
Total	781.80	3 738.00	4 526.2	1,293.4	1,984.50	3,277.8

Summary of damage and losses after the 12th January Earthquake

C. Haiti after the earthquake:

The destruction caused by the 2010 earthquake was unprecedented in Haiti's history. Similarly unprecedented was the massive generosity of donors, both private and public all over the world. Solidarity and immediacy were the two characteristics of the international community accompanying Haiti's suffering.

Three years have passed and improvements cannot be seen. However the UN has developed an Action Plan in order to achieve improvements in the poorest country of the Western Hemisphere.

The question: Is it going to work? Haiti has received for decade's foreign aid in order to develop the country but as we can see, no improvements have been achieved. The massive and aggressive earthquake of January 2010 made the country receives even more help from the international community but, again, Haiti still is poor.

According to Haiti Humanitarian Action Plan 2013, Humanitarian Action has worked in Haiti for the last three years accomplishing tangible results. In fact, it has helped to improve more that 1.5 million Haitians. The key achievements in 2012 were: a reduction in the percentage of Haitians displaced, a prevention of the deterioration of the living in IDP camps, a system to respond to peaks of cholera was established and the strength of the Haitian legal framework for the protection of vulnerable groups. Despite those improvements, humanitarian aid such as food security and nutritional crisis, displacements and cholera, still needed.

Concerning food security, as the HAP⁴⁶ points out, “*at least 2.1 million⁴⁷ people are living in severe food insecurity and a nutritional crisis can happen if not preventive interventions are carried out. Today, 81, 600 children are malnourished*”. The main causes of that were a combination between droughts and tropical storms such as Isaac and Hurricane Sandy. All of them have had a devastating effects regarding food security. The consequence of natural disasters in Haiti after the Earthquake in 2010 is that the government had to declare a state of emergency at the end of October 2012.

Vis à vis displacements, the HAP warns “*358,000 of the most vulnerable people remain in camps in significantly deteriorated living conditions and at risk of forced evictions*”. In fact, as the report notes, three years after the 2010 earthquake, 496⁴⁸ camps still existing where 358,000 Haitians live. Moreover, the average income of a camp family is \$38 per week. The HPA points out that the “*rhythm of closure of those camps has been significantly slower in 2012 in comparison to prior years*”. Going further, the main worrying in the camp are living conditions. Indeed they are deteriorating rapidly, making the people who live in, more susceptible to diseases or to natural disasters.

About cholera, in spite of a decrease in the number of cases, outbreaks in remote areas⁴⁹ still existing and even increasing while response capacities to treat it are decreasing due to the cut down of humanitarian funding and the decline of NGO's. The main warning the HAP wants to claim is a possible epidemic in the year 2013.

A possible non-intervention and disengagement of humanitarian actors taking into account those problems, is that Haiti would end up converting the country in a real failure state where foreign aid did not work and where international donors did not know how to help those poor people living with only 38\$ per week for a whole family.

In order to avoid that future sad outcome, the Humanitarian Action Plan 2013 required **US\$ 144million** in international assistance to support the implementation of the plan. The main differences with other Humanitarian Action Plans are that, HAP 2013 only focuses in critical priorities and does not include all sectors.

IV. THE DEBATE: WILLIAM EASTERLY VERSUS JEFFREY SACHS

Three years after the earthquake in Haiti, questions such as “*Where has the money gone?⁵⁰*” or “*How was it given?*” were frequently asked, regarding the effectiveness of the aid that Haiti has received right after the earthquake.

This situation leads us to question its efficiency in poor countries such as Haiti.

In this field it is essential to appoint two eminences that have worked, debated and discussed for so long about the effectiveness of international aid in developing countries. On the one hand, **Jeffrey Sachs**⁵¹ has deeply engaged to alleviate poverty in Africa. In 2005 he published one of his most well known works, “*The End of Poverty*” where he wrote “*Africa's governance is poor because Africa is poor.*” He presents himself as a supporter that foreign aid can help poor countries to develop. On the other hand, **William Easterly**⁵², also an American economist, is specialized in economic growth and

⁴⁶ If we compare it to 800,000 Haitians in 2011, the amount has increased.

⁴⁷ 425 camps are located in Port au Prince where 349,000 Haitians (98% of the total of them) live there.

⁴⁸ As the HAP notes, the Ministry of Public Health and Population reported 621,660 cases of cholera and 7,759 deaths since October 2010.

⁴⁹ <http://blogs.reuters.com/felix-salmon/2011/08/22/where-haitis-money-has-gone/>

⁵⁰ A prominent American economist and Director of The Earth Institute at Columbia University

⁵¹ He is a Professor of Economics at New York University and Co-Director of NYU's Development Research Institute

⁵² Easterly William, Can Foreign aid buy growth?, Journal of Economic Perspectives, Volume 17, Number 3, Summer 2003, pages 23-48

foreign aid. Easterly presents himself as a skeptical toward many of the trends that are common in the field of foreign aid. Moreover he asserts, “*Economic research on foreign aid effectiveness and economic growth frequently becomes a political football*”⁵³. In his book, “*White Man’s Burden: Why the West’s Efforts to Aid the Rest Have Done So Much Ill and So Little Good*”, he analyzes the reasons why foreign aid has failed in many developing countries to produce sustainable growth.

Having presented the main authors and their main positions toward foreign aid in developing countries, first, it is important to define “**effectiveness**”⁵⁴.

“**Effective**” can be defined as “*aid, which has achieved an objective*”⁵⁵.

The **objective** of the effectiveness of the aid that a recipient country receives is **economic growth** (GDP). However, there are other possible targets of aid, such as income growth for a specific segment of the population (e.g. the extreme poor), development of non-income areas such as education, health or democracy (good governance), or even political support.

Is aid effective?

In order to answer that question, it is interesting to follow J. Sachs and W. Easterly’s main ideas about the effectiveness of aid in developing countries such as Haiti. Indeed, they have had an academic debate about the effectiveness of aid that has lasted for years and in fact, still continues.

A. Arguments that aid is effective: J. Sachs

Sachs is a big believer and supporter that aid can and really helps developing countries. His arguments for the effectiveness of aid are well explained in his book “*The End of Poverty*”. In short, he mentions three main arguments as the core components of his thesis that foreign aid works.

The **first argument** he gives in his book is establishing the moral obligation for aid by showing and detailing the extent and severity of extreme poverty in developing countries such as in Africa. He does so, on the one hand with **macro level statistics** and on the other hand with **stories from real people** he has met and who are actually living within the constraints of extreme poverty.

The **second argument** he points out is that behind the theory of aid effectiveness there is two elements: “**poverty trap**” and “**financing gap**”. Sachs claims that the extreme poor are in a poverty trap whereby they are “*too poor to save*” and need to lift themselves out of poverty. He argues then, that growth requires investment and investment requires saving. Saving only happens when a country or an individual has income. However he asserts that that income is invested for survival. So at the end, is impossible to distinguish in that country, economic growth. Therefore, his theory is that aid is effective when it ensures capital accumulation and this will lead to economic growth.

That explains why, **for Sachs** investment in infrastructure and human capital are central to his theory. Economic growth will not happen without investments in schools, clinics, roads, health, buildings, etc. **However**, and this is another central point of his theory, he says that when a government is unable to make those investments, in fact, foreign aid can fulfill that financing gap.

⁵³ Aid has already been defined in the previous section

⁵⁴ Morissey (2001)

⁵⁵ Radelet et. al, 2006

The **last argument** he suggests in his book is examples that support and explain the prior arguments. Indeed he gives many examples of aid success. Then he says “*if a development project can work at a small level (village) then it can also work at big level (country)*”.

As I have mentioned in prior lines, the effectiveness of foreign aid in developing countries is an open debate. On the one hand there exist many supporters of Sachs’s theory; and on the other hand, many authors have criticized his work. As an example of authors that agree with Sachs, we can mention Steven Radelet and Charles Kenny.

Steven Radelet also states that there are three economic arguments for aid.

He agrees with Sachs on “*Aid will increase growth by augmenting saving, financing investment and adding to the capital stock*”. Another argument he points out is “*Aid that supports health and education may increase growth by increasing worker productivity*”. Finally he says “*Aid could provide a conduit for transfer of technology or knowledge from rich countries to poor countries*”⁵⁶.

Charles Kenny asserts that “*aid influences policy and improved policy leads to better growth*”⁵⁷.

B. Arguments that aid is ineffective: W. Easterly

The other side of the coin regarding the debate has a name: William Easterly and he is the most critical opponent of aid effectiveness.

A proof of that is his book, “*White Man’s Burden: Why the West’s Efforts to Aid the Rest Have Done So Much Ill and So Little Good*”, released a year after “*The End of Poverty*” and in many ways, “attacks” Sachs’s arguments.

His main thesis is that foreign aid does not work. He supports his theory with two main arguments. **On the one hand**, he is sure that aid has failed because its application is not accountable to the people assisted. **And on the other hand**, he points out that aid creates incentives for bureaucrats that have little to do with development, as in the case of Haiti where tons of foreign aid have been invested in the country but weak government institutions and corruption prevented its effectiveness among other factors.

The rest of his book is an attack on Sachs and other big aid supporters. Easterly highlights three main arguments against Sachs and to those who look for an increase in foreign aid to the developing countries in order to fight against “the poverty trap”⁵⁸:

-He rejects the poverty trap itself because he argues that it does not exist. He cites statistical tests that show that economic growth is not “trapped” by poverty.

-He rejects the premise of Sachs that poor countries have inferior growth because of a poverty trap rather than bad government. In order to prove that he uses index ratings of democracy and corruption. He concludes that, bad government explains the slower growth. Therefore aid is to be judged ineffective because it is sure to be confused by corruption and poor governance.

- Aid is not effective by referring to the academic research that shows that aid does not lead to growth.⁵⁹

⁵⁶ Kenny, 2008: 332

⁵⁷ William Easterly: “Can Foreign Aid buy growth?” The Journal of Economic Perspectives, Vol 17, N° (Summer 2003), pp 23-48

⁵⁸ “The Burnside and Dollar study”

As it happens with J. Sachs, there are many authors that agree with Easterly point of view of aid unfulness. On the one hand, Roger Riddell⁶⁰ mentions three main limitations of aid being effective: the fungibility of aid, the Dutch Disease, and limited absorptive capacity. Following this idea, Dambisa Moyo and her bestseller “*Dead Aid*” criticizes aid in Africa. Her core arguments are:

- A complaint about how the West is patronizing Africans.
- Aid has harmed Africa instead of helping it to develop.
- She offers entrepreneurial alternatives for Africa’s path.

Miroslav Prokopijevi in “*Why Foreign aid fails*” argues that foreign aid fails because the structure of its incentives resembles that of a central planning. He claims that aid is not only ineffective but also counterproductive.

Finally, Peter Bauer in “*the Failure of Foreign Aid*” was the first to criticize foreign Aid in the early 70’s. In fact from 1972 he saw that foreign aid was failing and hurting economic development.

Regarding Peter Bauer and his work about *the failure of Foreign Aid*, Andrei Shleifer, a professor of Economics at Harvard University, summarized all the remarks made in memory of Peter Bauer in a conference in the London School of Economics in 2006.

As mentioned before, Peter Bauer was skeptical of foreign aid; he went further and claimed that foreign aid was harming economic development in developing countries. The only exception he pointed out is that foreign aid may work at the micro-project level.

In fact, at the time (1972) Peter Bauer was criticized by many of his colleagues who considered aid as a moral obligation of the developed countries to the developing ones. In order to support his theory he commented to focus on the empiric data.

He explains in his opinion why foreign aid did not work:

In the period of as he called “The Age of Milton Friedman”, there was rapid economic and social development. However there was not any progress in foreign aid. He says that foreign aid would have done better at the time that the world was doing better economically speaking.

In 1972 (already) he pointed out several reasons why foreign aid did not work:

The big push model:

The problem for him was the investment. He said that donors did not know which projects were profitable, so the money was used or invested in bad projects; therefore it undermined growth or the possible economic development of that country. It was what he called the “*white elephants*”. However, he said that a solution for the problem of projects selection could be mitigated by conditionality. Nevertheless that measure was criticized by interfering with the sovereignty of developing countries.

⁵⁹ <http://www.europesworld.org/NewEnglish/Home/Article/tabid/191/ArticleType/articleview/ArticleID/21588/Default.aspx>

⁶⁰ According to Reinikka and Svensson (2004), “13 cents out of each dollar of the Ugandan governments expenditure on schools actually reached those schools”

Road of the dollar of a Western taxpayer before it reaches a recipient in a developing country:

According to Peter Bauer remarks “*First, it must be allocated by the donor country's government. That government has its national political, military, and economic objectives (...)*”. He continues saying that “*just as donor countries want to allocate aid money for national priorities, recipient governments want to spend it for their national priorities that may, but need not, coincide with development needs.*” So in this case, both, donor country and recipient are on the same idea regarding foreign aid but have different priorities or objectives. Furthermore, Bauer argues, regarding the dollars sent to Uganda for example, “*The small piece of it designated for some activity that resembles economic or social development (...). At each turn, some fraction is diverted, misspent, or wasted*”⁶¹.

Odious debt (repayment):

Peter Bauer explains in his work that many developing country leaders have become rich thanks to foreign aid. Take the example of the “*Organisation internationale de la francophonie*”. For decades, French government had supported Francophile dictators in its ex-colonies in Africa in order to expand its influence in the continent. In fact, corruption was the daily bread. The problem was compounded in the case of foreign loans (IMF and WB) and normally was vulnerable to alteration but which is more dramatic, unlike the grants; loans have to be repaid by the borrowing countries. That is why loans in developing countries were known as “odious debt”.

In conclusion and according to Bauer “*foreign aid has failed on its objective: to stimulate economic growth*”.

Last but not least, keeping in mind all the arguments set by the different economic development economists, the problem in Haiti is not totally because of the poverty trap but also because weak institutions, corruption and bad government. (*Index Transparency International*)⁶²

In fact, and following Peter Bauer and William Easterly, there are some empiric data that lead us to say that the problem of Haiti is mainly bad governance, wrong selection of projects and not accountability and vigilance regarding donor countries.

According to the World Bank data, Haiti is **the poorest country** in the Western hemisphere and is characterized as the least developed country. Furthermore, the Index of corruption perceptions (2012) situates Haiti as the 165 out of 171 most corrupted country⁶³.

V. PROSPECTS OR SOLUTIONS

Dambisa Moyo, a Zambian-born economist talks in her book⁶⁴ about the vicious cycle of aid. In fact she says, “**Foreign aid** props up **corrupt governments**, and corruption fosters corruption. (...) These corrupt governments interfere with the rule of law, the establishment of transparent civil institutions and the protection of civil liberties, making domestic and foreign investments in poor countries unattractive (...) therefore, it reduces economic growth, which leads to fewer job opportunities and increases **poverty** levels. As a matter of fact and in response to growing poverty, donors give even more aid, which helps with the downward spiral of poverty.” This is, as she keeps saying along her

⁶¹

<http://www.transparency.org/country#HT>http://www.transparency.org/news/feature/haiti_one_year_on_integrity_struggles

http://www.freedomhouse.org/report/freedom-world/2013/haiti_to_take_root

⁶² <http://www.transparency.org/cpi2012/results>

⁶³ Moyo Dambisa, “Dead Aid: Why Aid is Not Working and How There is a Better Way For Africa” (2009)

⁶⁴ Moyo Dambisa, “Dead Aid: Why Aid is Not Working and How There is a Better Way For Africa” page 49.

book, what creates a culture dependency and facilitates corruption. As she points out, “the cycle perpetuates **underdevelopment** and guarantees economic failure in the poorest aid-dependant countries”⁶⁵.

The vicious circle described above looks like it explains the situation happening in Haiti. Indeed, one of the main factors of the Haitian economy is foreign aid. According to the OECD, Haiti is among the twenty’s most aid dependent countries in the world. Nothing to say that the amount of aid received by Haiti has varied along with political events, humanitarian crisis and natural disasters as the 2010 earthquake.

Unprecedented was the destruction caused by the earthquake as unprecedented was the amount of solidarity received by the small island. In fact, few hours after the disaster, massive flows of money, support, technical and medical assistance, food, water and soldiers arrived to Haiti. Generosity and immediacy were the main two factors that characterised the aid relief in “*la perle des Antilles*”.

Three years later, nothing seems improved. Haiti still is poor, being the 161 least developed countries out of 186 countries⁶⁶. Moreover, not all Haitians have access to drinking water, outbreaks of cholera and other diseases threat day after day the vulnerable population. Furthermore, the HAP 2013 points out that even if tangible results were accomplished, Haiti still need \$ 144 million to help with food security, displacements and cholera.

Where all of the massive flows of aid have gone in this last three years? Are Haitians in this “aid vicious circle” that Dambisa Moyo talks in her book? What should all donors do regarding the situation of ineffectiveness of the aid? What do Haitians really need? What do they expect from developed countries?

At first sight, the answer of the Haitian problem could be corruption and political and institutional problems⁶⁷. It is clear that foreign aid did not work in Haiti, at least until nowadays and the fire proof was the last earthquake. However, it is not the moment to forget about the country and about its population. It is time to look for other solutions and not to point the finger to the Haitian government and accuse them of corrupt. In fact the problem can also be a donor’s problem as Peter Bauer had argued in the 1970’s.

That is why I propose some prospects and solutions for Haiti that could at least be taken into account by donors and also by the Haiti government and its population but also by all of us that are interested in Haiti. Indeed, the government of Martelly is aware that Haiti needs a change⁶⁸. Among the solutions I present:

- Stay as they are
- Trade and not aid
- “Something else” (improve domestic institutions and create a national office to detect future natural disasters),
- Private investments

⁶⁵ Human Development Index 2012

⁶⁶ **Global South** “It is estimated that when Baby Doc fled the country he took \$900 million of these loans with him (von Tunzelmann, Alex. “Haiti: the land where children mud.” The Times. 17 May 2009.). Still more of these loans were taken out by the military regimes that ruled from 1986 to 1990 (Farmer, Paul. The Uses of Haiti. Maine: Common Courage Press, 2003.). Though the abuses and resource misuses of the Duvaliers and military regimes were widely known and reported, countries and financial institutions continued to lend to them (Lytje, Mimi. Jubilee USA Network. “Policy Update: Debt Cancellation for Haiti.” August 2009. http://www.lwr.org/Haiti/advocacy/docs/Policy_Update_Debt_Cancellation.pdf). This debt was used, not for the benefit of the people, but to fund their oppression”. <http://globalsouth12.wordpress.com/an-unending-debt/>

⁶⁷ “How much money was spent? A lot...how much we don’t know!” Michel Joseph Martelly about foreign aid spent in Haiti

⁶⁸ President Martelly greets Caricom Secretary General, Irwin La Rocque during his recent visit to the Caricom Secretariat. <http://www.kaieteurnews.com/2013/03/28/caricom-chairman-insists-trade-not-aid-will-help-haitis-recovery>

➤ Microcredits.

Haiti is the story of a country that has been since its independence in 1804, highly indebted and continues to be even if the IMF, the WB, the IDB and other creditors (Venezuela and G7 countries) have cancelled Haiti debt prior and also after the devastating earthquake.

▪ ***STAY AS IT IS:***

The first prospect that I can perceive is that Haiti **stays as it is**: such as a failure state and continues living from foreign aid and remittances. Therefore, perpetuating the vicious circle of aid. As a matter of fact, since January 12th, 2010, Haiti is receiving more loans that the country has to pay. If truth were told, that continues Haiti to be burdened by debt.

▪ ***TRADE, NOT AID:***

The second prospect or solution for Haiti is trade, not aid⁶⁹. Trade can be understood as a substitute for aid. In fact, a preferential treatment of developing countries in trade relations with developed countries can be an equivalent of aid⁷⁰. Haiti can benefit from aid: trade creates employment, improves trade balances, lower the prices of goods and produce income through its tariffs and income taxes⁷¹. However, appearances can be deceiving and as David Baldwin says, "*International trade can also be an instrument of national foreign policy*". Without no doubt, as he points out, "*it is a potential threat of each trading partner to terminate the trade*⁷²".

▪ ***SOMETHING ELSE:***

The third solution is "**something else**", not only aid:

*"As Haitians we were not ready for such a catastrophe (...) we never lived it before*⁷³." President Martelly, in a conference for CARICOM secretariat, he pointed out that they were not prepared for the earthquake and they were uncoordinated regarding all the help received, "*but at first, it was a matter of saving lives, feeding people (and) giving them water*⁷⁴."

The problem of Haiti is not only that aid is not effective; nevertheless, the problems are the "**tools**" in the recipient country to implement in order to make that aid real. "*Countries need more than aid to be effective*⁷⁵". In the case of Haiti, those "tools" are the political institutions, the rule of law and an institution that coordinates, organizes all aid received in Haiti without any intrusion.

⁶⁹ *idem* 81, page 445

⁷⁰ *idem* 111, page 122 (paraphrasing the example of Dongo)

⁷¹ *idem* 81, page 446

⁷² *idem* 115

⁷³ *idem* 115

⁷⁴ Hooper Emma, Senior Research Fellow Associate at CIDOB and Project Director for the CIDOB project "Sources of Tension in Afghanistan & Pakistan: A Regional perspective", Dr. Hooper is a specialist in South Asia and the Middle East.

⁷⁵ Morrison Kevin. "*What Can We Learn About the 'Resource Curse' from Foreign Aid?*"

Kevin Morrison is an Assistant Professor of Public Policy and Political Science at the University of Pittsburgh, where he teaches classes on game theory and the political economy of developing countries. He is also a principal investigator of the Global Leadership Project. His work has been published in *Business & Politics*, *Comparative Political Studies*, *Comparative Politics*, *Development Policy Review*, *Electoral Studies*, *International Organization*, *Public Choice*, and the *World Bank Research Observer*, and his article in *International Organization* won the 2009 Robert O. Keohane award for best paper in that journal by an untenured professor.

In the same idea, Kevin Morrison⁷⁶, proposes to reduce foreign aid by take the aid out of the hands of the government by project-lending or to leave aid with the government but change the government's action through conditionality. The problem, as he points out, would be that once the government would have an opportunity, it would reverse it and the situation would come back to the prior situation of corruption. Following Peter Bauer's idea, Mr Morrison thinks that aid is effective if "*one is selective about where aid goes*". Another solution he gives for aid effectiveness is good governance⁷⁷.

▪ ***PRIVATE INVESTMENTS:***

A fourth solution can be private investments⁷⁸.

The problem is how to promote foreign investments (FDI) in a country where instability and corruption are the main two factors. In fact, The Centre for Facilitation of Investments in Haiti (CFI) offers a wide range of information, facilities and advantages to attract private investors to do business in Haiti such as the Leopard Haiti Fund (LHF), the collaboration with the International Finance Corporation (IFC), etc.⁷⁹

▪ ***MICROFINANCE:***

A fifth solution can be to focus on the local level that is **Micro-level**.

That means to decide to change the donor's mind and try to invest the aid at the local level rather than at the national level. If investing in small projects does work, then it could be applied cautiously and in a future at the national level. Microcredits could be an opportunity and a solution for Haitians.

After the earthquake, nearly 600,000 Haitians migrated to the countryside, creating economic and social pressure in the rural areas. As an initiative, a venture between Fonkoze US and The Toronto¹, offered microcredits to extremely poor women in rural areas in Haiti. These microcredits are "market-driven programs" and in the long term will prove the quote by the economist Milton Friedman "*The poor stay poor not because they are lazy, but because they have no access to capital*".

The purpose of this study was to find out if international aid was effective in Haiti, a case study that can set an example to other countries as poor and prone to natural disasters as Haiti.

After having analysed the geographic, orographic, economic, social and political situation in Haiti, I came out with **nothing has changed in Haiti** after receiving such amount of generosity from developed countries. International aid does not help people to get out of the poverty trap. Why is not working in Haiti? International aid is admirable and has helped some countries and people, but not Haiti.

I have proposed some solutions for Haiti in order to help "*la Perle des Antilles*" to get out of poverty and start its economic growth.

⁷⁶ In order to explain his theory, Professor Morrison gave an equation to determinate how aid effect is determined by need and by institutions:

X= productivity = N (aid) + I (aid)

N= how aid effect is determined by need

I = how aid effect is determined by institutions

⁷⁷ Barjon Régine, "Effectiveness of Aid in Haiti and how private investment can facilitate the reconstruction" ("Rebuilding Haiti in the Martelly Era")

⁷⁸ Centre for facilitation of investments (CFI) <http://cfihaiti.net/pages/1/21-where-is-the-money.php>

⁷⁹ Canada's based MasterCard Foundation

The first solution is the most pessimists and the worst of the five. If nothing is done, Haiti will continue to be poor. On the other hand, if donors stop foreign aid, the situation will be also very negative. The second solution already exists, for example, Haiti's main trade partner is the US, but it seems to be that improvements did not come yet. The third solution is a positive one, however is not easy to change the mind of a country that has always suffer from oppression. The third solution should be an outcome of the third solution. In fact, if there is security and political stability in Haiti, as a matter of fact, it will attract foreign investments. Finally, the fifth solution seems the most attractive and real. In fact, to empower the Haitian people is central to the country's recovery and to a future economic growth. It provides poor people access to loans and savings, educational services and health care. As I have mentioned before, the MasterCard Foundation is the tip of the iceberg and an example to follow. As they say: *"Investing in women is investing in Haiti's future"*.

BIBLIOGRAPHY:

BOOKS:

1. Easterly, William “*White Man’s Burden: Why the West’s Efforts to Aid the Rest Have Done So Much Ill and So Little Good*”. Penguin Books, 2006
2. Gonzalez Hernández, M and Manero Salvador A, “El conflicto de Haití”, Ministerio de Defensa, Mai 2011
3. Hancock, Graham, “*Lords of Poverty, the power, prestige, and corruption of the international aid business*”, The Atlantic Monthly Press, New York, 1992
4. Moyo Dambisa, “*Dead Aid, why aid is not working and how there is a better way for Africa*”, Introduction, Farrar, Straus and Giroux, New York
5. Sachs J, “*The End of Poverty: Economic Possibilities for Our Time*”. Penguin Group, 2005
6. Troubé, Christian, “*L’Humanitaire, un business comme les autres?*” Larousse 2009

WORKING PAPERS:

1. Athukorala, P “*Disaster, generosity and recovery: Indian Ocean Tsunami*”, Arndt-Corden department of Economics, Crawford School of Public Policy ANU College of Asia and the Pacific, April 2012.
2. Baldwin, David A. “**Foreign Aid, Intervention and Influence**”, World Politics, Vol 21, No 3 (April 1969), pp 425-447, Cambridge University Press
3. Barjon, R, “**Effectiveness of Aid in Haiti and how Private Investment can facilitate the Reconstruction**”, US Senate Subcommittees of Foreign relations on International Development and Foreign Assistance and Western Hemisphere, “*Rebuilding Haiti in the Martelly Era*”, June 2011
4. Beaulière A, Paul, B Ouedraogo, S, “ **L’inefficacité de l’aide au développement à Haiti de 1980 à 2010: une analyse en termes de gouvernabilité**”
5. Bauer Peter, “**The failure of foreign aid**”, Cato Journal
6. Benham, Frederic, “**Economic Aid to Underdeveloped Countries**”. London 1961, 104
7. Easterly, William, “**Can Foreign aid buy growth?**”, Journal of Economic Perspectives, Volume 17, Number 3, Summer 2003, pages 23-48
8. Easterly, William, Review of Dambisa Moyo’s book *Dead Aid, June 2009. London Review of Books, but LRB rejected it for publication.*
9. Fullbright J. William, “**The Arrogance of Power**” (New York 1967)
10. **Haiti Earthquake PDNA: assessment of damage, losses, general and sectorial needs, Annexe to the Action Plan for National recovery and development of Haiti, 2010**
11. Haiti **Humanitarian Action Plan 2013**, United Nations
12. Mikesell, Raymond F. “**Problems and Policies in Public Lending for Economic Development**” Raymond F. Mikeseel ed, US Private and Government Investment Abroad (Eugene, Ore. 1962), 325.
13. National Academy of Public Administration, “**Why Foreign Aid to Haiti failed**”. International Affairs Series, February 2006 <http://www.napawash.org/wp-content/uploads/2006/06-04.pdf>
14. Office of the special envoy for Haiti, “**Has aid changed? Channelling assistance to Haiti before and after the earthquake**”, June 2011 www.haitispecialenvoy.org
15. Prokopijevic, M “**Why Foreign aid fails**”, Panoeconomicus, 2007, 1, str. 29-51. Institute of European studies, Bgrade
16. Ranis, G , “**Giving up on Foreign Aid?**” Cato Journal Vol 31, n° 1 (Winter 2011), Cato Institute.
17. Real Instituto Elcano, Haiti: **the US and Military Aid in Times of Natural Disaster** (ARI), Carlota García Encina. May, 5, 2010

http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_eng/Content?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_in/zonas_in/ari57-2010

THE INTERNET:

1. **BBC News** , *Haiti's history of misery*, Wednesday 13 January 2010
2. BBC news <http://news.bbc.co.uk/2/hi/8460185.stm> "*The long story of troubles between the US and Haiti*", Saturday, 16 January 2010.
3. Center for facilitation of Investment in Haiti (**CFI**) <http://cfihaiti.net/pages/1/10-agribusiness.php>
4. **Courrier Internationale**.
<http://www.courrierinternational.com/dossier/2010/01/14/haiti-ravage-par-un-seisme-meurtier>, <http://www.courrierinternational.com/article/2013/01/24/le-nouvelliste-haiti>, <http://www.courrierinternational.com/article/2013/04/16/haiti-un-pays-assassine-depece>,
<http://www.courrierinternational.com/article/2013/01/11/trois-ans-apres-le-seisme-l-oublie-l-inertie-et-la-honte>
5. **ECLAC**: the Millennium Development Goals: Country Profiles. http://interwp.cepal.org/perfil_ODM/perfil_Pais.asp?Pais=HTI&Id_idioma=2
6. **Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC)**.
http://interwp.cepal.org/cepalstat/WEB_cepalstat/Perfil_nacional_social.asp?Pais=HTI&idioma=i
7. **European Commission, Humanitarian Aid**.
http://ec.europa.eu/echo/index_en.htm
8. **Global Humanitarian assistance, a development initiative, Haiti**.
<http://www.globalhumanitarianassistance.org/countryprofile/haiti>
9. **Haiti: economy**, Global Edge, Michigan University, Broad College of Business. <https://globaledge.msu.edu/countries/haiti/economy>
10. **Institut Haitien de Statistique et d'informatique (IHSI) (2009)**
http://www.ihsi.ht/haiti_en_chiffre.htm
11. **Le Nouvelliste**. <http://lenouvelliste.com/>
12. **The CARICOM Council of Ministers of Finance and Planning (COFAP)** took the decision to establish the Centre in September 1999 and it became operational in November 2001
13. **The Guardian**, <http://www.guardian.co.uk/global-development/datablog/2012/jan/12/haiti-earthquake-aid-money-data>
14. **The Inter-American Development Bank (IDB)**, Debt Relief, Haiti.
<http://www.iadb.org/en/countries/haiti/debt-relief,1013.html>
15. **The International Monetary Fund (IMF)**, Factsheet technical assistance. <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/tech.htm>
16. **The UN Human Development Index**
<http://hdrstats.undp.org/en/countries/profiles/HTI.html>
17. **The World Bank (WB)**, Haiti overview, results.
<http://www.worldbank.org/en/country/haiti/overview>
18. **The World Bank**.
<http://www.worldbank.org/en/country/haiti/overview>
19. **Transparency International**.
<http://www.transparency.org/research/cpi/overview>

LA SUCESIÓN NOBILIARIA

Ignacio Lledó Benito
Abogado especialista en Derecho Penal Económico

Fecha de recepción: 2 de septiembre de 2013
Fecha de aceptación: 16 de septiembre de 2013

RESEÑA DEL LIBRO:

MARTELO DE LA MAZA GARCIA, M. (2013). **La sucesión nobiliaria**, perteneciente a la colección *monografías de Derecho Civil*. Director, Doctor Mariano Yzquierdo Tolsada, (Catedrático de Derecho Civil). Dykinson. Madrid.

La obra que el lector, tiene en sus manos, constituye un excelente y magnífico trabajo sobre un tema de candente actualidad y que el autor sabe desarrollar con indudable acierto, revelando un conocimiento no solo de esta materia que forma parte del Derecho civil especial sino que pone de manifiesto un sobrio conocimiento de las categorías jurídico sucesorias.

En este sentido, explica el autor con buen criterio que este escenario revela con toda claridad el riesgo al que hoy está expuesto el Derecho nobiliario: su desgajamiento del Derecho civil, su autonomía como nueva rama (nuevo Derecho privado especial) de ese tronco común que es el Derecho civil (como Derecho privado general), atomizando éste aún más. Y ello no por una justificada razón de necesidad histórica, legislativa o científica, sino como consecuencia de una avidez de especialización sin más base que la puramente dogmática, en el más peyorativo de los sentidos: el del afán por construir artificiosamente, sin anclaje alguno en razón de fondo que lo justifique, un Derecho nobiliario autónomo del Derecho civil, mediante el sutil método de la incansable y resuelta exclusión, en el estudio y exposición de aquél, de las categorías legales e instrumentos conceptuales propios y específicos del Derecho civil.

Así pues, insiste el autor certeramente que el Derecho nobiliario no constituye un Derecho autónomo del Derecho civil, sino que forma parte de él, y lo justifica “centrándose en el objeto central de su regulación, el fenómeno de la sucesión mortis causa nobiliaria”.

La sistemática y metodología del excelente trabajo se sistematiza de la siguiente manera:

En el capítulo primero aborda el tema de “La sucesión mortis causa como título único de adquisición derivativa de las mercedes nobiliarias”. En palabras textuales del autor identifica la concesión y la sucesión mortis causa como los únicos títulos de adquisición de las dignidades nobiliarias, razonando el porqué la cesión, distribución, usucapión, sentencia judicial de mejor derecho genealógico, rehabilitación y designación de sucesor, tradicionalmente calificados como tales, no lo son.

Continuando con este excelente estudio el objeto del capítulo segundo, “Posición de la sucesión nobiliaria respecto a la ordinaria en el esquema general de la sucesión mortis causa”, lo constituye explica el autor, la ubicación de la sucesión nobiliaria en el mapa de la sucesión civil, fijando aquella por referencia a la sucesión civil ordinaria (la regulada por el

Código civil o, en su caso, el Derecho foral que sea de aplicación) y explicando magníficamente el autor el significado jurídico de sus coordenadas como sucesión extraordinaria y vincular.

El autor acomete con acierto, el capítulo tercero, que lleva por título “Análisis comparativo del proceso de sucesión nobiliaria y del proceso de sucesión mortis causa ordinaria”. En el analiza la “fisiología del fenómeno sucesorio nobiliario, desentrañando el mecanismo de desenvolvimiento del proceso sucesorio de las mercedes (las sucesivas fases del iter sucesorio nobiliario) en paralelo al propio de la sucesión hereditaria”.

En el capítulo cuarto, trata con técnica jurídica impecable “La posesión civilísima de los títulos nobiliarios”, posesión civilísima de los títulos nobiliarios en la aceptación pura y ordinariamente civil del art. 440 CC.

En el capítulo quinto analiza con el mismo rigor jurídico “El orden de sucesión en las mercedes” distinguiendo entre el llamado orden irregular de sucesión, que es el prefijado en su Real Carta de concesión, y el regular, que es el régimen legal supletorio a aplicar en defecto de previsión sucesoria expresa en dicha Carta.

No obstante como indica el autor sí hay una diferencia con el *ius delationis* hereditario, sería que el *ius delationis* nobiliario, su ejercicio positivo (la aceptación de la merced), no produce, *per se*, la efectiva transmisión del derecho sobre el título nobiliario. La perfección o adquisición del derecho por parte del llamado que acepta la merced, exige, además, la expedición de la correspondiente Real Carta de Sucesión a su favor, esto es, su declaración como sucesor por parte del Rey.

A la luz de lo expuesto, explica el autor que se prodría definir la delación nobiliaria como el ofrecimiento actual del derecho sobre una merced que se hace una vez vacante ésta, a aquél de los llamados que, mediante la aceptación seguida de la expedición de la correspondiente Real Carta, puede hacerla suya por ser el preferente de entre todos los convocados que resultan de su orden de sucesión.

Siguiendo el razonamiento y exposición literal del autor, explica que en una sucesión nobiliaria la circunstancia que marca –como regla general- la “restitución” de la merced por su poseedor/fiduciario al siguiente llamado/ fideicomisario, es la muerte de aquél. En su consecuencia, resolver si la sucesión nobiliaria opera a imagen y semejanza del fideicomiso a término o del fideicomiso adicional (a fin de responder a la cuestión de a qué sistema de delación – por su colocación temporal respecto a la apertura de la sucesión- pertenece la delación nobiliaria) pasa por determinar si esa circunstancia, la muerte del poseedor de la merced, opera –en cuanto evento determinante de su sustitución por el que le sigue en orden de preferencia- como término o condición (sigue explicando el autor):

Si la muerte del poseedor de la merced fuese condición

Si el fallecimiento del poseedor de la merced fuese término (término indeterminado o término *certus an et incertus quando* –término que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo-).

La aceptación de la merced nos explica con claridad que se encuentra regulada por el Real Decreto de 27 de mayo de 1912, sobre reglas para la concesión y rehabilitación de Títulos y Grandezas (modificado por Real Decreto 222/1988, de 11 de marzo). La aceptación de la merced y la aceptación de la herencia sólo difieren en su eficacia.

En su consecuencia como razona y nos explica convincentemente el autor en el proceso sucesorio nobiliario se impone distinguir una fase más: la expedición de la Real

Carta de sucesión, que produce la efectiva transmisión de la merced y, con ella, la consumación o conclusión de todo el proceso.

En definitiva concluye acertadamente que la adquisición del derecho sobre la dignidad nobiliaria no tiene lugar hasta que se da el último de los singulares hechos jurídicos (la expedición del Real Despacho de sucesión) que constituyen el título de adquisición de la sucesión nobiliaria.

Como indica el autor, del art. 5 del Decreto de 4 de junio de 1948 (que desarrolla la Ley de 4 de mayo de 1948 sobre Grandezas y Títulos nobiliarios, que, a su vez, restableció la legislación nobiliaria derogada por la II República) resulta que el orden de sucesión en los títulos nobiliarios es, con carácter principal o preferente, el determinado en su Carta de creación. Es el llamado orden irregular de sucesión.

Y así nos explica con mucha claridad que ello convierte a su autor, el Rey concedente de la merced, en la primera y principal voluntad reguladora del orden de su sucesión, en la primera y principal fuente de llamamientos al título. En definitiva, convierte la voluntad real en la ley fundamental de la merced. Ley fundamental de la merced cuya aplicación está sujeta, no obstante, a lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios.

En fin, concluye el autor que la prevalencia de esta sucesión irregular sobre la sucesión regular se fundamenta en el hecho evidente de que la voluntad del Rey concedente de la merced es la razón de ser de ésta, su justificación primera y última.

En definitiva termina razonando y explicando de una forma clara, concisa y técnicamente perfecta que la supremacía de la voluntad real sobre el régimen legal sucesorio (es decir, del orden irregular de suceder sobre el orden de la sucesión legal o regular) se justifica por la naturaleza graciable de todo título nobiliario.

Nos parece que esta es una obra oportuna de una actualidad social y jurídica encomiable, y puede decirse que es una obra necesaria en el panorama jurídico para entender en su ámbito más preciso el fenómeno de la sucesión nobiliaria.

URBANISMO Y CORRUPCIÓN POLÍTICA

(Una visión penal, civil y administrativa)

Ignacio Lledó Benito
Abogado especialista en Derecho Penal Económico

Fecha de recepción: 2 de septiembre de 2013

Fecha de aceptación: 7 de octubre de 2013

RESEÑA DEL LIBRO:

LORENZO MORILLAS CUEVA (2013). Urbanismo y corrupción política (Una visión penal, civil y administrativa). Dykinson. Madrid. 2013

RECENSIÓN

Esta obra de actualidad vigente por los acontecimientos que hemos vivido es necesaria para entender el contexto jurídico y sociológico de España y los vaivenes del mercado inmobiliario, “sus luces y sus sombras”. La experiencia contrastada del director uno de los penalistas más notables de la literatura española y el elenco de autores que reúne en el comentario de esta obra abalan la calidad técnica y rigurosa de su estudio.

Así las cosas, esta obra está dividida en cinco partes o sectores con una metodología que responde fundamentalmente a las diversas variables que se han incorporado al estudio, unidas por afinidades sistemáticas.

La primera de ellas a la que se denomina Introducción acoge en esencia reflexiones generales sobre la materia desde distintos enfoques, linealmente atomizados en las ideas de corrupción, de responsabilidad política, de deficiencia de la lucha contra la indisciplina urbanística desde una perspectiva de valoración administrativa, urbanismo y corrupción en la Administración Local, excelentemente tratada por los autores.

El segundo “bloque” afronta la dicotomía Responsabilidad penal por delitos urbanísticos versus responsabilidad política. En ella, se analiza con rigurosidad una profunda valoración sobre el papel actual del Derecho Administrativo, de su inoperancia al respecto, y de su futuro como motor en la búsqueda de criterios con los que restituir el papel decisivo de la disciplina urbanística.

Asimismo se explica la cuestión nuclear desde la dimensión punitiva de los delitos sobre la Ordenación del territorio y el urbanismo. Se comienza con una valoración dogmática y político criminal donde, desde el examen referencial del Derecho positivo español, se comparan los diversos sistemas con los que se afrontan estas conductas, con especial atención al alemán y al español.

A continuación los siguientes capítulos están dedicados al estudio dogmático de los diversos tipos y variables que el legislador español regula en el Título XVI, Capítulo primero del Libro segundo. Se distribuye en dos apartados. Por un lado, el análisis de las tipologías contenidas en el artículo 319:

- Sujeto activo.
- Objeto material y conducta típica.
- Tipo subjetivo y su ausencia.

Se explica asimismo con indudable acierto otros delitos íntimamente relacionados con la delincuencia urbanística: La protección penal del patrimonio histórico frente a conductas de este tipo.

Otra materia de este libro atiende al perfil criminológico en estos delitos. Se trata, como se dice en el texto, de un importante esfuerzo para incluir una visión criminológica de semejantes infracciones.

Otro aspecto a destacar de este libro está configurado sobre cuestiones civiles y administrativas, fusionadas entre ellas.

Sentado todo lo anterior la sistemática de esta obra resumida con visión de síntesis para el lector comenzaría con la parte primera dedicada a la introducción se dedican cinco capítulos

El capítulo primero: Urbanismo y Corrupción en la Administración Local. En él se explica el problema de la eficacia en la persecución de los delitos no es privativo del derecho urbanístico pero tiene unas consecuencias visibles en la específica dimensión de la *eficacia del derecho penal urbanístico*, en la medida en que la policía urbanística depende en primer término (y casi exclusivamente) de los municipios, y, en lo que se relacione, la lucha contra la corrupción. En el capítulo segundo se habla de la Responsabilidad penal por delitos urbanísticos versus responsabilidad política. En el capítulo tercero se explica muy bien De cómo el Derecho Penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística (El deterioro de métodos y objetivos en la lucha contra la indisciplina urbanística y el protagonismo del legislador y la Jurisprudencia en la deriva de la institución). En el capítulo cuatro se describen Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la corrupción y su extensión al ámbito punitivo. Y finalmente en el capítulo quinto se habla del Marco normativo internacional contra la corrupción.

La obra desarrolla su estudio con una parte segunda sobre Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, y queda estructurado en ocho capítulos. En el capítulo primero, se habla con rigurosidad y acierto de Los delitos urbanísticos: una valoración entre dogmática y político criminal. El capítulo segundo está dedicado al tema del sujeto activo en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. En el capítulo tercero con una notable sistemática se estudio el Objeto material y conducta típica en los delitos contenidos en el artículo 319 del Código penal. En el capítulo cuarto se analiza el tipo subjetivo y su ausencia en el art. 319.1 y 2 del Código Penal. En el capítulo quinto se aborda la cuestión de la recuperación del orden urbanístico vulnerado: la demolición. En el capítulo sexto, la siempre influyente cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El supuesto previsto para los tipos del artículo 319 del Código Penal. En el capítulo séptimo destaca la atención al análisis del delito de información, votación o resolución favorable a instrumentos de planeamiento o licencias urbanísticas y la

vulneración de la potestad inspectora en el ámbito urbanístico. Y ya finalmente en el capítulo octavo se analiza la eventual responsabilidad penal de los notarios por su participación en los delitos urbanísticos de los artículos 319 y 320 del Código Penal.

La obra que abordamos dedica la parte tercera a otros delitos y al respecto los analiza en dos capítulos. El primero de ellos referido a la protección penal del patrimonio histórico frente a conductas de delincuencia urbanística. Y el segundo a las consideraciones sobre los delitos de cohecho como paradigma de la corrupción pública tras la reforma de junio de 2010.

La obra dedica en su estructura sistemática una parte cuarta a la criminología explicando precisamente el perfil criminológico en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

Y finalmente la parte quinta de la obra se dedica al estudio de las cuestiones civiles y administrativas, dedicando en su análisis tres capítulos. El primero a las consecuencias contractuales derivadas del incumplimiento de la normativa urbanística. El segundo a las facultades del propietario y los límites de la legislación urbanística. Y el tercero a la protección de los consumidores por incumplimiento de la disciplina urbanística y administrativa por parte del promotor en la adquisición de vivienda. Responsabilidad ¿objetiva?

DERECHO Y CONSUMO

Aspectos penales, civiles y administrativos

Francisco Lledó Yagüe
Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 2 de septiembre de 2013

Fecha de aceptación: 7 de octubre de 2013

RESEÑA DEL LIBRO:

LORENZO MORILLAS CUEVA (2013). **Derecho y Consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos**. Dykinson. Madrid. 2013.

Este magnífico libro, tiene una sistemática muy práctica y útil para el lector. Así dedica una parte primera: cuestiones generales, en el que se dedica un capítulo primero a la autonomía de la voluntad al imperativo estatal en la protección de consumidores en España. Un estudio jurídico. El autor que desarrolla esta cuestión preliminar y nuclear del tema es *Antonio Sánchez Aranda*. Entre otros aspectos este autor, dedica un excelente apartado a la constitucionalización de la protección de los consumidores y usuarios en el Derecho español y la Ley General de Defensa de 1984.

La parte segunda se dedica a la parte general del derecho penal y así entre otros capítulos se aborda el de la delimitación conceptual y legitimidad de la intervención penal, cuyo autor es *Javier Valls Prieto*. Y así destaca este autor que en los casos de protección de los consumidores podríamos entender que existe un problema de doble incriminación, en el cual la opinión de la doctrina sostiene que la primacía de los reglamentos sancionadores europeos es un estándar mínimo. En el caso en que se defendiese el mismo bien jurídico en el Derecho penal nacional y en los reglamentos comunitarios, hay una primacía del Derecho europeo, no pudiendo afirmarse que la norma penal tendría prioridad.

Así mismo se aborda el tema de los bienes jurídicos protegidos.

En el primer grupo de contenido principalmente económico tenemos los delitos contra el mercado, competencia y consumidores, publicidad engañosa, facturación indebida, estafa de inversores y maquinaciones para alterar el precio de las cosas. Para todos estos delitos Martínez-Buján Pérez considera que existe un bien jurídico colectivo que es la protección del mercado pero siempre enlazado con un bien jurídico individual, normalmente alguno de tipo patrimonial. Muñoz Conde invierte el orden considerando que el bien jurídico protegido es el patrimonio pero que se tiene que utilizar un concepto como el del orden público económico para englobarlo, pero en cualquier caso remarcando que se trata de la defensa de los bienes individuales. En cuanto al tema de si se debe hacer una limitación cualitativa, cuantitativa o no hacerla y seguir la teoría unificadora entre el Derecho administrativo y penal señala, el autor, que la cuantitativa, por sí sólo, hoy día no es adecuada. Las sanciones económicas que se imponen en el ámbito administrativo son en muchos casos más altas que las penas económicas que se imponen en la actualidad. Pero es

que en el ámbito comunitario, se indica con acierto, que las sanciones son de unas cantidades inimaginables para los procedimientos penales. Si seguimos considerando que la pena de privación de libertad es cuantitativamente más importante que las sanciones pecuniarias o limitadoras de Derechos, lógicamente, todo lo que tenga una sanción privativa de libertad sería Derecho penal, pero no nos sirve de limitador del alcance de este.

En el capítulo tercero, se destaca con interés y acierto la proyección penal de los principios limitadores del *ius pinendi* de un estado social y democrático de derecho en la protección penal del consumidor, abordado magistralmente por *José María Suárez López*, quien indica que en este contexto, se pueden seleccionar como figuras penales prioritariamente protectoras de los consumidores las relativas a los delitos contra la salud pública, la estafa y los delitos relativos al mercado y a los consumidores de la sección tercera del capítulo 11 “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”, del Título XIII “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico” –arts. 278 a 286- dentro de los que muy especialmente destacan los delitos dirigidos estrictamente contra los consumidores, arts. 282 y 283 –a los que hay que añadir tras la entrada en vigor de la LO 5/2010, el art. 282 bis- que tutelan los intereses económicos de los consumidores como colectivo, en relación a la publicidad y suministro de determinados productos.

Ciertamente, la intervención mínima debe ser una regla que guíe el Derecho penal en esta materia. La decisión final sobre la oportunidad o no de la creación de los delitos dirigidos estrictamente contra los consumidores, está influenciada por la concreción del bien jurídico que protege. Su carácter colectivo incide claramente en dicha decisión. Se debe ser cauteloso a la hora de optar por la creación de estas nuevas figuras. La escasa aplicación de las mismas puede aconsejar replantearse su oportunidad. Como ha dicho *DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO*, en esta materia el legislador penal debe establecer los requisitos de gravedad que permitan distinguir los ilícitos penales de los mercantiles o administrativos.

En el capítulo cuarto se destaca con muchísimo interés y acierto los intereses de los consumidores como bien jurídico en los delitos relativos a la propiedad industrial. Especial consideración a los signos distintivos. Su autor *Lorenzo Morillas Cueva* explica convincentemente entre otros aspectos sistemáticamente excelentemente tratados como son:

Bien Jurídico:

El bien jurídico protegido en esta modalidad de propiedad industrial comparte la mayoría de los criterios y valoraciones analizadas para el de carácter general líneas más arriba. No obstante, es preciso su adaptación al objeto material que en esta hipótesis se trata de proteger. En primer lugar, y desde tal perspectiva, el uso o explotación exclusivo de una propiedad industrial derivado de su registro en los organismos correspondientes que se concreta en la exclusividad del signo distintivo de los productos que se ofrecen a la venta.

Objeto Material:

El objeto material de protección penal al que alude el artículo 274 es, en inicio, los signos distintivos. Estos han sido definidos “como todos aquellos que se utilizan en la industria o en el comercio para diferenciar de las manifestaciones o actividades homólogas de los demás, las propias actividades, servicios, productos o establecimientos.

Su fundamento radica en otorgar a su titular, una vez registrados conforme a la normativa de marcas, un medio para identificar y distinguir en el mercado los diversos productos, mercancías o servicios de su actividad empresarial o comercial puestos en circulación, que han de presentar, a su vez, una aptitud diferenciadora, que posibilite su individualización y distinción en el mercado.

En el capítulo quinto, su autor, *Jesús Martínez Ruiz*, refiere su comentario muy analítico y certero a la competencia de la audiencia nacional en los delitos contra los consumidores. La necesaria revitalización del principio de taxatividad en el proceso penal.

Y es que, como indica su autor, en su esencia, la consecuencia patológica de la oscuridad de la ley procesal, conducen a una inexorable devaluación en la *praxis* de la eficacia del Derecho penal sustantivo, dada la connatural interrelación entre ambas ramas del Ordenamiento jurídico, esencialmente, por cuanto que, a diferencia de lo que acontece con otras ramas del Derecho, el penal solo vive *por y para el proceso*, no encontrando predicamento material fuera de los Tribunales. Ésa fue la razón, a nuestro juicio, por la que RUIZ VADILLO postulaba, con la corrección de que siempre hizo gala, que *“la quintaesencia de los principios esenciales del Sistema jurídico punitivo ha de estar presente en el proceso penal”*.

En la sistemática de esta obra colectiva, la parte III, se dedica al DERECHO PENAL, pero su PARTE ESPECIAL. Y así, en el capítulo sexto se habla, por parte de *Fátima Pérez Ferrer*, de los aspectos dogmáticos y político-criminales de la protección del mercado, la competencia y los consumidores en el derecho penal español.

Y así en este contexto, explica la autora, la existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y establece los recursos productivos a favor de los operadores o las técnicas más eficientes. No cabe duda, que existe un acuerdo generalizado con respecto a la creciente importancia de la defensa de la competencia, que se ha consolidado como uno de los elementos principales de la política económica en la actualidad.

En el capítulo séptimo se explica de forma ejemplar el delito de la publicidad engañosa por parte de *Belén Macías Espejo* y comenta con acierto que la expansión de este tipo de actividad han convertido el siglo actual en la denominada “Era de la publicidad”, el delito publicitario ha vendido a colmar una laguna existente en la protección de intereses especialmente vulnerables ante conductas propias del sistema económico actual –de la sociedad de consumo y que suponen un riesgo de producción de perjuicios a los patrimonios de múltiples e incontables consumidores.

El art. 282 del Código Penal exige que el sujeto pasivo del delito publicitario se halle bajo la denominación de consumidor, ello lo hace en una evidente alusión a la necesidad de encontrarnos ante un sujeto pasivo plural, lo que significa que la relación entre el sujeto pasivo y el bien jurídico protegido en este delito se halle indeterminada por ofender a una colectividad plural de individuos.

Precisamente, su objeto material, como indica la autora, queda referida a las alegaciones o manifestaciones falsas o inciertas vertidas sobre los productos o servicios que hayan sido ofertados o publicitados, siempre y cuando viertan sobre el consumidor un potencial peligro, basado en la gravedad y manifestación del mismo.

El Capítulo Octavo se dedica al delito de facturación abusiva por parte de *María José Jiménez Díaz* y aborda en la conducta típica aspectos tan notables como son:

- Alterar o manipular determinados aparatos automáticos y facturar cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por dichos aparatos.
- Relación entre actos
- Casos problemáticos.
- La omisión.
- La exigencia “en perjuicio del consumidor”

El Capítulo Nueve se dedica a la estafa de inversores en relación con el delito de publicidad engañosa por parte de *Ignacio Lledó Benito* llevando a cabo un estudio notable sobre la cuestión.

El art. 282 bis del Código Penal plantea una de las cuestiones más sensibles y difíciles de resolver relativas a la protección del inversor en los mercados de valores. Efectivamente, la admisión de un valor a cotización oficial no garantiza “per se” la calidad del producto cotizado (acciones, obligaciones, etc.). El inversor, en consecuencia, sabe que se expone a un riesgo económico cuando decide operar en el mercado.

Nos parece a nuestro modo de ver, que a veces se mitifica y sobrevalora la publicidad engañosa en relación a los productos financieros. Y es que el potencial inversor siempre podrá solicitar información a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, (en adelante CNMV) y conocer las “entidades oficiales” que prestan sus servicios de inversiones. Asimismo, desde la propia CNMV se viene insistiendo la posibilidad de consultar los Registros públicos. La CNMV siempre facilita a los inversores, información suficiente (si la entidad está registrada en la CNMV o en el Banco de España, la experiencia y antigüedad de la cuestionada entidad, los riesgos de la inversión, subida y bajada de los tipos de interés, etc...). Es más, cuando se trata por ejemplo de productos financieros complejos en mercados extranjeros siempre insta a acudir, a las entidades autorizadas. Téngase en cuenta que el mercado de valores, se basa en el principio de transparencia informativa (*full disclosure*).

Se aborda la siempre interesante cuestión de La propuesta de Eurodelitos: estafa de capital, de crédito y la publicidad engañosa. Consideraciones necesarias.

Se castiga, en esta Propuesta de Eurodelitos “las informaciones falsas, cuando estas sean idóneas para influir de manera considerables en la cotización de títulos valores en los mercados organizados de valores de la UE”. La omisión se equipara a la acción cuando esta viole la normativa legal, y la información omitida afecte a la organización. Así se concluye, que los peligros que amenazan el correcto funcionamiento de los mercados de capitales –y sobre todo los concretos intereses del inversor individualmente considerado- derivados de conflictos de intereses entre intermediarios financieros y clientes sería el objetivo del delito de administración fraudulenta en la intermediación financiera.

Segunda: Coincidimos con la doctrina más autorizada que toda “*conducta de estafa de inversión es siempre una conducta constitutiva de publicidad falsa*”. Esta posición, puede encontrar un escollo de interpretación, con relación a los términos empleados en el art. 282 Código Penal (Delito de publicidad falsa). Entendemos que se puede incluir también la publicidad de los distintos instrumentos financieros. En línea con este razonamiento, los

citados instrumentos de inversión, debemos entenderlos integrados en la expresión del citado precepto “productos o servicios”. Sobre esta cuestión, abogamos por una interpretación extensiva de *lege lata*, en el citado precepto. La “conducta típica” en este artículo, se define de una forma genérica: “hacer alegaciones” falsas o manifestar características inciertas, que están referidas a los productos o servicios que son objeto de publicidad objetivamente falsa.

En el Capítulo Décimo se habla, por parte de *Pilar Fernández Pantoja*, del delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas.

En definitiva, las nuevas perspectivas y modelos económicos y financieros en las líneas apuntadas hacen que se avance en la búsqueda del objeto de protección por lo que en la actualidad se viene estableciendo que lo protegido en los delitos contenidos bajo la denominación de “delitos contra el mercado y los consumidores” sea *el mercado en sus condiciones básicas de funcionamiento* y, en concreto, en el artículo 284 el objeto de protección sea *la determinación del precio de las mercaderías en condiciones de igualdad*.

Entre las conductas recogidas en el tipo parte de la autora, cabe señalar también la presencia entre los objetos materiales de elementos normativos que nos conducen hacia el Derecho civil con las referencias a “cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación”, por lo que estamos ante un amplio concepto que abarca también derechos y cuya limitación para todos se encuentra en que sean objeto de contratación lo que implica, tal y como reiteradamente ponen de manifiesto doctrina y jurisprudencia, que quedan fuera del tipo los precios de las cosas que se engloban en el concepto de *res extracommercium*.

En el capítulo undécimo se aborda el delito farmacológico del artículo 361 del código penal por parte de *Nuria Castello Nicás*, quien con rigor y análisis sistemático desarrolla el esquema del delito, de una manera muy didáctica e instructiva

En el Capítulo Duodécimo con mucha precisión y contenido de calidad se explica certeramente, el siempre actual tema de los fraudes alimentarios nocivos realizados por productores, distribuidores y comerciantes, por parte del insigne estudioso y buen jurista que es *Ignacio Francisco Benítez Ortúzar*. Y así explica que los llamados fraudes alimentarios nocivos realizados por productores, distribuidores y comerciantes, se incluyen, por tanto, dentro del arsenal jurídico que trata de asegurar que el producto de consumo llegue al destinatario final en unas condiciones que no impliquen un peligro para su salud o, en su caso, un peligro que no supere el riesgo socialmente aceptado en los términos reglamentariamente establecidos. En definitiva se trata de una intervención en el mercado sobre los bienes de consumo que pueden afectar a la salud de los consumidores y usuarios. Entra de lleno, por tanto, en el control del riesgo por el producto en el mercado.

En definitiva, el producto o servicio llega al mercado en unas condiciones que suponen un peligro superior al reglamentariamente autorizado, es decir, en esas condiciones peligrosas para la integridad o la vida humana es puesto a disposición de los potenciales consumidores.

En el Capítulo Decimotercero la autora *Eva M^a Domínguez Izquierdo* explica el tema de la adulteración de productos de alimentarios y la alimentación del ganado con sustancias no permitidas, y entre las modalidades típicas señala:

- Administración a animales de sustancias no permitidas.

- Sacrificio de animales de abasto alimentados con las sustancias prohibidas o destino de sus productos al consumo humano.
- Sacrificio de animales tratados terapéuticamente con sustancias prohibidas.
- Despacho al consumo sin respetar los periodos de espera.

En el Capítulo Decimocuarto se explica con mucho acierto el capítulo de la responsabilidad penal por la adulteración o envenenamiento de aguas potables y alimentos destinados al consumo por parte de *María José Cruz Blanca, quien lleva a cabo un desarrollo y estudio metodológicamente muy notable y de interés práctico indudable.*

La parte cuarta del libro, se dedica con singular acierto al ámbito de la criminología por parte de Marta María Aguilar Cárceles, quien explica con mucha claridad, en el capítulo decimoquinto los delitos relativos al mercado y a los consumidores. Delimitación del sujeto activo desde el ámbito criminológico, la determinación de cada una de las conductas típicas, o sancionables en el propio Código contribuiría y facilitaría la búsqueda de los factores más relevantes en la delimitación del perfil criminal. Así pues, se revisan a continuación los preceptos penales objeto de tratamiento por cuanto son necesarios para comprender las variables incorporadas en la definición del citado perfil, justificando de este modo que no se trata de una revisión de los tipos penales, sino de una revisión de las características esenciales que se incorporarán posteriormente en la delimitación del perfil criminológico.

Finalmente la parte quinta, *Ramón Terol Gómez y Salvador Martín Valdivia,* dedican con indudable acierto al estudio del derecho administrativo con dos capítulos, muy bien orientados en su estudio. Los capítulos decimosexto y decimoséptimo se dedican al régimen sancionador en materia de consumo. Las disposiciones del real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y el derecho administrativo sancionador en materia de consumo: De sarcasmos y aporías.

Y para acabar la obra concluye con un ámbito dedicado al derecho privado, y más específicamente al campo del derecho civil. Y así en el capítulo decimoctavo se explica magistralmente la regulación del arbitraje de consumo por parte del excelente jurista *Ramón Herrera Campos.*

En el capítulo decimonoveno se aborda la siempre interesante cuestión conciliatoria de la mediación en los conflictos de consumo por parte de uno de los expertos más notables en la literatura española como es *Guillermo Orozco Pardo.*

En el capítulo vigésimo se concluye con una explicación muy didáctica, por parte de *Ramón Herrera de las Heras,* al asunto de la protección de los consumidores en el servicio de reparaciones a domicilio: Análisis legislativo.

En el capítulo vigesimoprimer se aborda la siempre interesante cuestión de actualidad muy notable, como es la materia del menor como consumidor y su protección ante la publicidad televisiva, excelentemente bien analizada por *Marta Morillas Fernández.*

Y para acabar el capítulo vigesimosegundo explica *Eduardo de la Iglesia Prados* la directiva 2011/83/UE de protección de los consumidores y su incidencia en el ordenamiento español.

Y en el capítulo vigesimotercero se aborda por parte de *Miguel Ángel Moreno Navarrete* la cuestión de la protección de los consumidores y las técnicas empresariales de marketing 2.0, y que como dice el autor la cuestión es si el usuario, entendido como consumidor, está lo suficientemente protegido en el entorno de la Web 2.0, como si se tratara de relaciones comerciales tradicionales o se hace necesaria una profunda revisión normativa y educacional. La respuesta, entendemos, debe ser afirmativa y vamos a tratar de explicarlo en los siguientes epígrafes.