



Universidade
de Itaúna

Revista Confrontos

CONFRONTOS JOURNAL OF LAW



REVISTA CONFRONTOS
CONFRONTOS JOURNAL OF LAW

Itaúna – Minas Gerais – Brasil
Publicação semestral

Ano III, Número 5 – ago. a dez. 2021
ISSN 2675-260X



Universidade
de Itaúna

Itaúna

2021

REVISTA CONFRONTOS
CONFRONTOS JOURNAL OF LAW
Itaúna – Minas Gerais – Brasil
Publicação semestral
Ano III, Número 5 – ago-dez. 2021
ISSN 2675-260X

EDITORES

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil, UIT,
Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira
Pedrosa Morais, UIT, Itaúna, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Alejandro González-Varas
Ibáñez, Universidad de Zaragoza,
Espanha.

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de
Tomaz, UNIT, Aracaju, Brasil.

Profª Dra. Cleide Calgaro, USC, Caxias
do Sul, Brasil

Prof. Dr. Erivaldo Moreira Barbosa,
UFMG, Campina Grande, Brasil.

Prof. Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva
Filho, UEA/UFAM, Manaus, Brasil

Profª Dra. Flávia Piva Almeida Leite,
UNESP, São Paulo, Brasil.

Prof. Dr. Gonçalo S. de Melo Bandeira,
IPCA, Barcelos, Portugal.

Profª Dra. Giulia Parola, UFF, Rio de
Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira
da Gama, UERJ/Estácio de Sá, Rio de
Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Gustavo Oliveira Vieira,
UNILA, Foz do Iguaçu, Brasil.

Prof. Dr. Heron José de Santana
Gordilho, UFBA, Bahia, Brasil.

Prof. Dr. Jahyr-Philippe Bichara,
UFRN, Natal, Brasil.

Profª Dra. Jamile Bergamaschine Mata
Diz, UIT/UFMG, Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Jean-Marc Sorel,
Université Panthéon-Sorbonne,
Paris, França.

Prof. Dr. José Luis Bolzan de Morais,
UIT/ESDHC, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. José Ribas Vieira,
UFRJ/PUC-Rio, Rio de Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Juarez Freitas,
UFRGS/PUC/RS, Porto Alegre, Brasil.

Prof. Dr. Lucas Carlos Lima, UFMG,
Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de
Araújo, UNICAP, Recife, Brasil.

Profª Dra. Márcia Rodrigues Bertoldi,
UFPEL, Pelotas, Brasil.

Profª Dra. Maria Cláudia da Silva
Antunes de Souza, UNIVALI, Itajaí,
Brasil.

Profª Dra. Marta Carolina Gimenez
Pereira, UFBA, Salvador, Brasil.

Prof. Dr. Paulo Velten, UFES, Vitória,
Brasil.

Prof. Dr. Pedro Curvello Saavedra
Avzaradel, UFF, Rio de Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Rafael Costa Freiria,
UNICAMP, Campinas, Brasil.

Prof. Dr. Rubens Beçak, USP, São Paulo,
Brasil.

Prof. Dr. Rubén Miranda Gonçalves,
USC, Santiago de Compostela, Espanha

Prof. Dr. Tagore Trajano de Almeida
Silva, UFBA, Salvador, Brasil.

Prof. Dr. Valério de Oliveira Mazzuoli,
UIT/UFMT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Valmir César Pozzetti, UEA/
UFAM, Manaus, Brasil.

Profª Dra. Vasilka Sancin, Universidade
de Liubliana, Eslovênia.

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo,
UNIMAR, Marília, Brasil.

QUADRO DE PARECERISTAS

Prof. Dr. André Cordeiro Leal, FUMEC,
Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Arnaldo de Souza Ribeiro,
UIT, Itaúna, Brasil

Profª Dra. Carla Ribeiro Volpini, UIT,
Itaúna, Brasil.

Profª Dra. Cintia Garabini Lages, UIT,
Itaúna, Brasil.

Profª Dra. Edilene Lobo, UIT, Itaúna,
Brasil.

Prof. Dr. Élcio Nacur Rezende,
ESDHC, Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Júnior,
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa, UIT,
Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. José Emilio Medauar Ommati,
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior,
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Magno Federici Gomes,
ESDHC, Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago,
IDP, Brasília, Brasil.

Profª Dra. Miracy Barbosa de Sousa
Gustin, UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Milton Vasques Thibau de
Almeida, UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Paulo Roney Ávila Fagundes,
UFSC, Florianópolis, Brasil.

Profª Dra. Renata Mantovani de Lima,
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona
Freitas, FUMEC, Belo Horizonte, Brasil.

Profª Dra. Wânia Guimarães Rabêllo de
Almeida, PUC-Minas,
Belo Horizonte, Brasil.

Diagramação: Lucila Pangrácio Azevedo

Capa: Waneska Diniz

Foto Capa: Vitória de Samotrácia
(Museu do Louvre, Paris)

Edição: Conhecimento Editora

Contatos

31.98309-7688 (whatsapp)

31.98847-8910 (whatsapp)

conhecimentojuridica@gmail.com

marcos@conhecimentolivrraria.com.br

www.conhecimentolivrraria.com.br

EDITORIAL

Apresentamos, como muita satisfação, a **Revista Confrontos – Confrontos Journal of Law (ano III, nº 05, ago./dez., 2021)** que é uma iniciativa do PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna – MG e que tem como interesse a publicação de trabalhos acadêmicos de cunho acadêmico, jurisprudência comentada, ensaios, monografias e resenhas de obras jurídicas, legislação nacional ou internacional comentada e pareceres.

São aceitas colaborações do Brasil e do Exterior, que envolvam as linhas de pesquisa do programa do Mestrado e Doutorado referentes ao direito processual coletivo e efetividade dos direitos fundamentais e às organizações internacionais e a proteção dos direitos fundamentais. Ela possui fluxo contínuo e periodicidade semestral.

Esta edição, nº 5, é constituída por 07 (sete) artigos. O primeiro texto intitulado **“El habitus positivista en el campus jurídico latinoamericano”** de autoria do Professor Doutor Alex Iván Franco Valle e o mestrando Felipe Rodriguez Estévez; o segundo artigo com o verbete **“The evolution of the right to health in the Covid-19 era in European Union”** da Professora Doutora Elena Evgenyevna Gulyaeva e do mestrando Evgeny A. Sevastyanov; o terceiro da lavra da Professora Doutora Eleftheria (Ria) Papadimitriou com o tema sobre **“Domain name dispute resolution in transnational level”**; o quarto trabalho com o título **“La reforma del patrimonio protegido en España sobre su constitución tras la aprobación de la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”** de autoria do Professor Doutor Salvador Morales Ferrer. O quinto artigo **“Respect for fundamental rights in the EU during the Covid-19 pandemic”** de Elena Tilovska-Kechedji. O sexto artigo

“Ordenação do território como Direito fundamental na Constituição Federal de 1988” da Professora Doutora Bruna Azevedo de Castro e da mestranda Sibila Stahlke Prado. Por último, o sétimo artigo intitulado **“Los principios generales, como quinta fuente formal del Derecho”** de autoria do Professor Doutor Sidney Alex Bravo Melgar.

Agradecemos, a todos os leitores, autores e avaliadores pela colaboração e confiança e pelo excelente trabalho realizado.

Boa leitura a todos!

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes

Editores

FOCO E ESCOPO

A *Revista Confrontos* é uma publicação semestral apoiada pelo PPGD – Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG que tem por finalidade divulgar artigos científicos, artigos de reflexão e resenhas cujo conteúdo afine-se com as seguintes as linhas de pesquisas:

Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais

Organizações Internacionais e a Proteção dos Direitos Fundamentais

Os artigos ou trabalhos inéditos serão publicados em português, inglês, italiano, francês ou espanhol. Todos os trabalhos submetidos à *Revista Confrontos* são avaliados, em primeiro lugar, pelos editores, que examinam a adequação do trabalho à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares, entre outros, considerando, ainda, o espaço disponível para publicação. Após essa etapa, cada texto foi enviado a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, que garante a privacidade de autor e avaliadores, para análise de forma e conteúdo, bem como emissão do parecer a ser disponibilizado ao autor do trabalho.

FORMATO E NORMAS EDITORIAIS

Extensão: O texto deverá ter extensão máxima de 20 a 22 páginas, com espaçamento de 1,5, incluídas referências bibliográficas e notas. **O título (no idioma original e em Inglês) devem conter no máximo 240 caracteres incluindo espaços.**

Imagens: se o artigo contiver imagens fotográficas e/ou desenhos gráficos, esses deverão ser encaminhados em formato original (.jpeg, .png, .tiff) e em arquivos separados (não inseridos no interior do próprio texto), **com resolução mínima de 300 dpi**. No arquivo referente ao texto, deverá ser indicado através da inserção das **legendas (no idioma do artigo e também em Inglês)**, o local aproximado onde devem ser inseridas as figuras, gráficos, tabelas e/ou quadros.

Citações: as citações no interior do texto devem obedecer às seguintes normas:

- a. Um autor: (Leipnitz, 1987);
- b. Dois autores: (Turner e Verhoogen, 1960);
- c. Três ou mais autores: (Amaral et al., 1966);
- d. Trabalhos com o(s) mesmo autor(es) e mesma data devem ser distinguidos por **letras minúsculas logo após a data**. Ex: (Amaral, 2008a) (Amaral, 2008b);

Apresentação das citações:

Citações com **menos de três linhas** deverão ser **incorporadas ao texto entre aspas**;

Citações com **mais de três linhas** deveram ser apresentadas **em parágrafo isolado, com espaçamento simples entre as linhas, corpo de 11 pt e recuo de 4 cm** da margem esquerda do texto.

Notas de rodapé: As notas de rodapé devem ser usadas de forma **parcimoniosa**. Somente são permitidas notas de rodapé

explicativas e não são permitidas notas que contenham apenas referências. Estas deverão estar listadas, ao final do texto, no item ‘Referências’.

Não utilize as expressões *op. cit;* *ibid;* *ibidem;* *id;* *idem;*

Não utilize a expressão *apud*, dê preferência pelo emprego da expressão *in*.

A matéria dos originais deverá conter, na seguinte ordem:

Título do texto: Título no idioma do artigo e em Inglês. Se o artigo for redigido em Inglês deve apresentar também o título em Português. Com no máximo 240 caracteres com espaço.

Resumos: no idioma do artigo e em inglês, em um único parágrafo, com até 20 linhas, acompanhado de três palavras-chave. Nos casos em que o artigo é escrito em inglês, solicita-se também a apresentação de **resumo e palavras-chave em português**.

Texto completo do artigo: formatado em Times New Roman, 12 pt, espaçamento 1,5.

Referências: as referências bibliográficas e de outra natureza devem ser listadas ao final do texto, em ordem alfabética, em 12 pt, espaçamento simples, como nos modelos abaixo:

Artigos em periódico:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do artigo. *Título do periódico*, **volume** (número/fascículo): pág inicial-pág final.

Ex.: JULIO-CAMPUZANO, A. 2009. Estado de Derecho, democracia y justicia constitucional. *Revista de Estudios Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. 1(2):8-20.

Artigos relativos a eventos:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do trabalho. *In:* Nome do Congresso (Encontro, Simpósio, etc.), nº, cidade, ano. *Anais...* Cidade, Sigla. **volume:** pág inicial-pág final.

Ex.: SALDANHA, J.M.L.; ESPINDOLA, A.A.S.; BOLZAN DE MORAIS, J.L. 2008. A superação do funcionalismo processual e a construção de mudanças processuais ‘estruturais’ e ‘metodológicas’: uma (nova) identidade para o sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. *In:* XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, Brasília, 2008. *Anais...* Brasília, Fundação Boiteux. 4310-4333.

Artigos em coletânea:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do artigo. *In:* Inicial(is) do nome. SOBRENOME (org.), *Título da coletânea*. Cidade, Editora, p. pág inicial-pág final.

Ex.: GRANDO, A. 2003. Os reality shows. *In:* V. HOEWELL (org.), *Coletânea GT Produção de sentido nas mídias*. Pernambuco, UNICAD, p. 75-81.

Livros:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. *Título do livro*. ed., Cidade, Editora, total de páginas p.

Ex.: FERRAJOLI, L. 2003. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo, Martins Fontes, 116 p.

Capítulos de livros:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do capítulo. *In:* Inicial(is) do nome. SOBRENOME (ed.), *Título do livro*. Cidade, Editora, p. pág inicial-pág final.

Ex.: CANÇADO TRINDADE, A. A. 2000. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: Recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, L. F. PIOVESAN, F. (Coord.) *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, p. 103-152.

GADAMER, H.G. 1991. Problemas de la razón práctica. In: H.G. GADAMER (ed.), *Verdad y metodo II*. Salamanca, Sígueme, p. 293-308.

Dissertações e Teses:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. *Título da tese*. Cidade, Sigla do Estado. Tipo de tese (mestrado, doutorado). Universidade, número total de páginas p.

Ex.: LUCAS, D.C. 2008. *Direitos Humanos e Interculturalidade: um Diálogo entre a Igualdade e a Diferença*. São Leopoldo, RS. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 266 p.

Citações de Sites e textos eletrônicos:

Caso seja possível identificar os autores de textos eletrônicos, a referência deve ser feita do seguinte modo:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do texto. Disponível em: <http://>. Acesso em: dd/mm/aaaa.

Ex.: LENKER, A.; RHODES, N. 2007. Foreign Language Immersion Programs: Features and Trends Over 35 Years. Disponível em: <http://www.cal.org/resources/digest/flimmersion.html>. Acesso em: 28/04/2007.

* Neste caso, no corpo do texto, a referência é identificada por (Lenker e Rhodes, 2007).

Se não for possível identificar os autores de textos eletrônicos, deve-se fazer a referência do seguinte modo:

FONTE/SITE. Ano de publicação. Título do texto. Disponível em: <http://>. Acesso em: dd/mm/aaaa.

Ex.: GLOBO ONLINE, O. 2006. Brasil será o país com mais sedes do Instituto Cervantes. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/cultura/mat/2006/10/25/286393283.asp>. Acesso em: 05/04/2008.

* No corpo do texto a citação será (O Globo Online, 2006).

Jornais e revistas, órgãos e instituições:

Todos os textos de jornais e revistas devem constar nas referências bibliográficas. Caso haja autor explícito, a referência é feita pelo seu sobrenome:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do texto. Fonte (Órgão, Instituição, etc.). Sessão (Coluna, etc.). Cidade, dia mês (abreviado).

Ex.: MICELLI, S. 1987. Um intelectual do sentido. Folha de S. Paulo. Caderno Mais! São Paulo, 7 fev.

* No corpo do texto, indica-se (Micelli, 1987).

Caso não haja um autor e o texto seja de responsabilidade do órgão, faz-se a referência assim:

Fonte (Órgão, Instituição, etc.). Ano de publicação. Título do texto. Cidade, dia mês (abreviado), p. número da página.

Ex.: CORREIO DO POVO. 1945. Os métodos objetivos de verificação que empregamos no RS. Porto Alegre, 5 out., p. 14.

* No corpo do texto, indica-se (Correio do Povo, 1945).

ESCREVEM NESTE NÚMERO

ALEX VALLE FRANCO

Doctor en jurisprudencia por la Universidad de Bremen-Alemania desde el 2016. Master en Ciencias Sociales con mención en sociología por la FLACSO-Ecuador en el 2012. Master en Derecho con mención en mecanismos de protección internacional de Derechos Humanos por la Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador. Abogado, licenciado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador en el 2002. Secretario General del COPLAD-ILANUD. Profesor del Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador – IAEN/ PUCE, Quito, Ecuador. E-mail: alex.valle@iaen.edu.ec

BRUNA AZEVEDO DE CASTRO

Doutora em Direito pela FADISP. Mestra em Direito Penal – Tutela dos Direitos Supraindividuais – pela Universidade Estadual de Maringá-PR. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Professora do Programa de Mestrado Profissional em Direito das Faculdades Londrina.

ELEFThERIA (RIA) PAPADIMITRIOU

Post-Doctoral Researcher at the Law School of Aristotle University of Thessaloniki, Greece in AI and privacy law, riapapadimitriou@gmail.com. Lawyer, Mediator, Trainer, ODR System Designer. Founder and General Director of startADR. The views expressed reflect solely the author’s views. Errors and omissions, if any, belong solely to the author.

ELENA EVGENYEVNA GULYAEVA

PhD, Associate Professor at International Law Department, Diplomatic Academy of the Russian Ministry of Foreign Affairs;

Member of Russian Association of International Law, Member of European Association of International Law, Member of the Council for International Relations of the International Institute of Human Rights (IIDH -America), Member of Constitutional Council of Justice (Argentina); E-mail: gulya-eva@yandex.ru

ELENA TILOVSKA-KECHEDJI

Associate professor. Vice Dean for International Cooperation and Science. Faculty of Law, University “St. Kliment Ohridski” - Bitola, North Macedonia. E-mail: elena-tilovska-kechegi@hotmail.com

EVGENY A. SEVASTYANOV

Master’s Degree Student. Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation.

E-mail: evsevas1997@gmail.com

FELIPE RODRÍGUEZ ESTÉVEZ

Abogado por la por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador desde el 2019. Estudiante de Masterado en la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR). Asistente de investigación de Alex Valle Franco. Quito, Ecuador. E-mail: feliperod1694@gmail.com

SALVADOR MORALES FERRER

Doctor en Derecho por el programa de Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología por la Universidad de Valencia, con la calificación Apto Cum Laude. Doctor Honoris Causa por el Claustro Nacional de Doctores de México (Unam). Profesor Colaborador de la Universidad Federal de Bahía (Brasil). Miembro investigador del Ilustre Colegio de Abogados de Alzira (Valencia) España. Conferenciante internacional. salvadormorales@icaalzira.com

SIBILA STAHLKE PRADO

Mestranda no Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologia da Escola de Direito das Faculdades Londrina (2020-2022). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pela Universidade Norte do Paraná. Advogada.

SIDNEY ALEX BRAVO MELGAR

Postdoctor en Nuevas Tecnologías y Derecho. Centro Internacional Mediterránea de Investigaciones sobre Derechos Humanos. Universidad Mediterránea de Regio Calabria, Italia. Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con estudios de especialización en la Universidad Católica Santa Teresa de Jesús de Avila-España y la Universidad Carlos Rafael Rodríguez (Cien Fuegos) de Cuba.

SUMÁRIO

1 EL HABITUS POSITIVISTA EN EL CAMPUS JURÍDICO LATINOAMERICANO

THE POSITIVIST HABITUS ON THE LATIN AMERICAN LEGAL CAMPUS

Alex Valle Franco

Felipe Rodríguez Estévez 1

2 THE EVOLUTION OF THE RIGHT TO HEALTH IN THE COVID-19 ERA IN EUROPEAN UNION

Elena Evgenyevna Gulyaeva

Evgeny A. Sevastyanov 37

3 DOMAIN NAME DISPUTE RESOLUTION IN TRANSNATIONAL LEVEL

Eleftheria (Ria) Papadimitriou 52

4 LA REFORMA DEL PATRIMONIO PROTEGIDO EN ESPAÑA SOBRE SU CONSTITUCIÓN TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

THE REFORM OF PROTECTED HERITAGE IN SPAIN ON ITS CONSTITUTION AFTER THE APPROVAL OF LAW 8/2021, OF JUNE 2, BY WHICH THE CIVIL AND PROCEDURAL LEGISLATION

IS REFORMED TO SUPPORT PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE
EXERCISE OF THEIR LEGAL CAPACITY

Salvador Morales Ferrer..... 85

5 RESPECT FOR FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE
EU DURING THE COVID 19 PANDEMIC

Elena Tilovska-Kechedji..... 117

6 ORDENAÇÃO DO TERRITÓRIO COMO DIREITO
FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
DE 1988

TERRITORIAL PLANNING AS FUNDAMENTAL RIGHT IN THE
FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

Bruna Azevedo de Castro

Sibila Stahlke Prado..... 131

7 LOS PRINCIPIOS GENERALES, COMO QUINTA
FUENTE FORMAL DEL DERECHO

Sidney Alex Bravo Melgar..... 159

1

EL HABITUS POSITIVISTA EN EL CAMPUS JURÍDICO LATINOAMERICANO

THE POSITIVIST HABITUS ON THE LATIN AMERICAN LEGAL CAMPUS

Alex Valle Franco

Doctor en jurisprudencia por la Universidad de Bremen-Alemania desde el 2016. Master en Ciencias Sociales con mención en sociología por la FLACSO-Ecuador en el 2012. Master en Derecho con mención en mecanismos de protección internacional de Derechos Humanos por la Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador. Abogado, licenciado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador en el 2002. Secretario General del COPLAD-ILANUD. Profesor del Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador – IAEN/PUCE, Quito, Ecuador. E-mail: alex.valle@iaen.edu.ec

Felipe Rodríguez Estévez

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador desde el 2019. Estudiante de Masterado en la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR). Asistente de investigación de Alex Valle Franco. Quito, Ecuador. E-mail: feliperod1694@gmail.com

RESUMEN

El presente texto analiza los elementos simbólicos, de lenguaje y de reproducción, en la formación y el ejercicio de la cultura jurídica y toma como caso concreto el Ecuador. El marco teórico se basa en los estudios de Bourdieu sobre el campus, el

habitus y los elementos simbólicos del derecho; sin embargo, no deja de lado otros autores relevantes en la temática. El artículo se divide en tres partes. La primera parte analiza la construcción del *homo juridicus*, no como el individuo transformado en sujeto de derechos sino como aquel que es sujetado por el derecho a través de la acción pedagógica asimilada en la formación del abogado. La segunda parte describe el ejercicio profesional de juristas y jueces, que han sido estructurados pedagógicamente bajo una corriente positivista, y adicionalmente muestra algunas distorsiones en el ejercicio del derecho, producidas por ciertas costumbres judiciales locales. La tercera parte muestra las dificultades en el cambio de cultura jurídica en el país, tomando como punto de partida la Constitución de 2008 y el nuevo modelo de Estado. Finalmente, se hacen ciertas reflexiones sobre lo que significa un cambio de cultura jurídica en el marco del constitucionalismo latinoamericano y el pluralismo jurídico.

PALABRAS CLAVE: Pluralismo, Habitus, Positivismo, Homus Jurídico

ABSTRACT

This text analyzes the symbolic elements of language and reproduction in the formation and exercise of legal culture and takes Ecuador as a concrete case. The theoretical framework is based on Bourdieu's studies on the campus, the habitus and the symbolic elements of law; however, it does not neglect other relevant authors on the subject. The article is divided into three parts. The first part analyzes the construction of *homo juridicus*, not as the individual transformed into a subject of rights but as one who is subjected to the law through the pedagogical action assimilated in the training of the lawyer. The second part

describes the professional practice of jurists and judges, who have been pedagogically structured under a positivist current, and additionally shows some distortions in the practice of law, produced by certain local judicial customs. The third part shows the difficulties in the change of legal culture in the country, taking as a starting point the 2008 Constitution and the new State model. Finally, some reflections are made on what a change of legal culture means in the framework of Latin American constitutionalism and legal pluralism.

KEYWORDS: Pluralism, Habitus, Positivism.

Recibido el: 31.08.2021

Aceptado en: 01.10.2021

INTRODUCCIÓN

La cultura jurídica de una comunidad ha sido direccionada por un sistema de derecho, y por un modelo determinado de Estado. En ese sentido, la cultura jurídica en un Estado socialista o comunista difiere de la cultura jurídica en un Estado capitalista, pues sus niveles de democracia dependen de su propia realidad. Adicionalmente, cada Estado ha adoptado un sistema jurídico propio de su contexto social, histórico, político y hasta religioso. Por ello, no todos los Estados democráticos -necesariamente – tienen el mismo sistema jurídico.

La variedad y multiplicidad de los sistemas jurídicos vigentes alrededor del mundo hacen compleja la elaboración de una clasificación; sin embargo, podemos decir que los sistemas más representativos son: el sistema de derecho continental europeo (que integra el germánico) o *Civil Law*; el sistema de derecho anglosajón o *Common Law*; el sistema de derecho

consuetudinario (en algunos países africanos, derecho indígena); el sistema de derecho religioso (islámico, canónico, y el de la Torá Judía); y, sistemas mixtos que incluyen elementos de varios sistemas enumerados (Hertel, 2009).

Cada uno de los sistemas de derecho arriba enunciados, han sido construidos sobre la base de valores propios y otros asimilados a lo largo de su historia, por eso su creación no es reciente ni improvisada; por el contrario, encierran un velo de rigidez y formalismo que los muestra como construcciones incuestionables. Este hecho es producto de los “problemas sistémicos consustanciales al paradigma jurídico hegemónico mundial” (Salamanca, 2009, p.152). Eso implica que las formas y metodologías tradicionales del estudio del derecho han generado un formalismo codificador, normativista o jurisprudencial y un dogmatismo monodisciplinar que muestra al sistema del derecho como un fetiche (Salamanca, 2009). En este sentido, la determinación del formalismo jurídico dentro del Derecho como ciencia, deviene de una conceptualización propia de los sistemas positivistas, por cuanto la estructuración del derecho positivo se fundamenta en sistemas deductivos (Iturralde, 2007), que permiten establecer consecuencias jurídicas, fundamentados en axiomas constitucionalmente reconocidos.

Bajo este esquema, los sistemas jurídicos se han posicionado en las instituciones estatales y se han encarnado tanto en los operadores de justicia como en la población, gracias a su codificación en las normas de distinto orden jerárquico y mediante un complejo ejercicio de interacción realizado en la gran constelación de la praxis del derecho. Por una parte, la asimilación de las normas y de su ejercicio – fruto de la práctica judicial – se ha visto reforzada por el rol del Estado como ente monopólico de la fuerza, pues la imposición vertical del sistema

de derecho y su ejecución, a través de mandatos judiciales, ha incluido el uso de la coacción y hasta de la coerción. Esa estructuración, que es fundamentalmente producida en los sistemas jurídicos positivizados (específicamente hablamos del Civil Law), ha adoptado un principio de derecho que dispone que la ignorancia de la ley no es excusa para su incumplimiento (*Ignorantia juris non excusat*). Dicha ineficacia, de orden fáctico, significa que ninguna persona – incluidos los juristas – conoce toda la normativa vigente. Aún en ese supuesto, ello no garantiza un alto nivel de comprensión o una adecuada interpretación. En conclusión, la presunción de origen decimonónico desconoce realidades sociales que afectan su eficacia, por lo que su presencia se vuelve innecesaria e incluso lesiva en un orden constitucional moderno, empero, dentro de la cultura jurídica ecuatoriana dicho principio sigue vigente en cada una de las actividades de orden legal.

Por otra parte, está la función de los jueces como un brazo ejecutor de la ley, quienes – en muchos de los casos – son expresión de una tradición conservadora y positivista, reflejada en sentencias originadas en una labor de interpretación basada únicamente en la aplicación del silogismo jurídico, que consiste en constatar las premisas mayor (la conducta prevista en la norma) y menor (el hecho), para dictar el resultado previsto en la misma norma, sin tomar en cuenta cualquier otra consideración fáctica que pudo haber alterado dicho resultado.

La labor de interpretación de la ley realizada por los jueces, proveniente de la interpretación reglada de textos jurídicos reconocidos (Bourdieu, 2000), lo que legitima las actuaciones derivadas de los jueces, razón por lo cual se los ha revestido de algunos privilegios y de un velo de sacralidad; los cuales se ha dicho, son propios de su cargo. De esta forma, la función judicial se ha transformado en una institución jerárquica, vertical

y rígida. Sobre la actuación de los jueces, el mismo Montesquieu afirmó que estos son “la boca de la ley o la boca que pronuncia la ley”. Bajo dicho presupuesto, se evitaría que los jueces realicen cualquier otro tipo de interpretación que pueda invadir las atribuciones propias del legislador, quien es el único con capacidad para interpretarla de manera auténtica.

Estos postulados, y otros contenidos teóricos, se han desarrollados a través de la práctica jurídica durante muchos siglos y se han transmitido generacionalmente al igual que cualquier otro conocimiento cultural propio de una sociedad. Dicha replicación proviene de la interiorización del fenómeno aprehensible (Lambert, 2006) del concepto de autoridad que se desprende del ejercicio de la profesión, lo cual ha permitido que la tarea de transmisión de dichos conocimientos ha sido encomendada a las escuelas y facultades de derecho, mientras que la consolidación pragmática se ubica en el campo de ejercicio del derecho, desde cualquiera de sus materias y funciones. Sobre el primer punto, podemos decir que el rol de las escuelas de derecho ha sido fundamental en el mantenimiento del *status quo*, de los expertos en el campo jurídico, por eso, su línea ha sido tradicionalmente formalista y positivista.

Respecto del segundo punto, se puede afirmar que el abogado destinado al litigio, sea como miembro de la función judicial, fiscalía, o en libre ejercicio, completa su formación en la praxis.¹ Allí, el nuevo profesional se conflictuará por primera vez, al constatar que el derecho vivo, no corresponde fielmente a lo asimilado en su formación profesional; por el contrario, encontrará formas, métodos, prácticas, códigos, símbolos, y demás elementos

¹ Según Antonio Salamanca, el formalismo, el fetichismo jurídico del sacerdocio de abogados, fiscales y jueces, tiene un origen histórico ideológico político, que se concreta también en la academia.

asociados con una costumbre jurídica originada en la práctica diaria de cada judicatura. Ante dicha realidad, el nuevo profesional no tendrá más opción que adaptarse al sistema imperante de la práctica, caso contrario está condenado al aislamiento y al fracaso por ser considerado una amenaza a dicho sistema.

Este proceso aparentemente sencillo en su descripción, encierra una complejidad de acciones y contenidos inmersos en la cultura jurídica de las sociedades, más aún, si consideramos que el derecho es una piedra angular en la prevalencia de la democracia. Para entender el significado de cultura jurídica en el presente ensayo, me permito citar la definición de David Friedman, quien considera la existencia de una cultura jurídica interna y externa; la primera enfocada a las ideas y prácticas de los profesionales del derecho y la segunda referida a las creencias o intereses generadas por ciertos grupos a través del derecho (Friedman, 1969). En ese sentido, la cultura jurídica constituye todo ese conjunto de prácticas, ideologías, teoría, técnicas, formas de interpretación u análisis que se utilizan en función de un sistema jurídico determinado.

Por lo arriba mencionado, la identificación de elementos propios de la cultura jurídica latinoamericana puede darnos algunas pistas sobre sus efectos sociales: positivos o negativos. En ese sentido, la asimilación de un nuevo paradigma jurídico resulta confusa, difícil y hasta amenazante al *status quo* que se ha mantenido durante siglos en la tradición positivista clásica.

Quienes creen que el derecho encuentra un fundamento en sí mismo y en la ley, sin tomar en cuenta otras consideraciones sociales, y que además son parte del círculo de privilegiados, no quieren aceptar un régimen de derechos promulgado por un nuevo modelo de Estado basado en el neoconstitucionalismo, los derechos, el multiculturalismo, y el pluralismo jurídico.

En ese sentido, el presente ensayo toma como hilo conductor, algunos conceptos del profesor francés Pierre Bourdieu, sobre el *campus jurídico* y el *habitus*, analizando la praxis jurídica en el contexto positivista latinoamericano. El trabajo se divide en tres segmentos. El primero analiza algunos aspectos relacionados a la formación tradicional del abogado; el segundo con la práctica profesional del abogado, tanto desde el libre ejercicio como en la función judicial; y, el tercero, analiza la dificultad de la transición en la cultura jurídica ecuatoriana.

1. LA CONSTRUCCIÓN DEL HOMO JURIDICUS

La socióloga argentina Agustina Prospero, en el análisis de la obra „*Homo Juridicus*“ del jurista francés Alain Supiot, menciona que el ser humano y su personalidad están compuestos por una unidad física que permite mantener su ser biológico y mental juntos (Prospero, 2001). Por otra parte, dice que el *homo juridicus* lo constituye la persona bajo un constructo normativo que le garantiza su participación en la sociedad como un sujeto jurídico de derechos y obligaciones (Prospero, 2001). En ese contexto, afirma que cada uno participa en la sociedad bajo el amparo de la dignidad humana y el marco legal vigente. Así, el orden jurídico garantiza el respeto a la ley como sujeto activo y como sujeto pasivo. De esta forma, la asimilación de la norma se naturaliza en cada persona. La obediencia a la ley sobrepasa el ámbito normativo y comprende un plano pedagógico; en el cual, los contenidos simbólicos y de lenguaje contribuyen a la legitimación de dicha norma. En conclusión, el *homo juridicus* es el constructo normativo-cultural de la persona – entendida en sus diversas dimensiones (física, mental, espiritual, emocional, etc.) – la cual, es reducida a sujeto/objeto del derecho. En ese

sentido, el derecho regula la convivencia social y la realización de los diversos negocios jurídicos. Para comprender el rol de la acción pedagógica como función antropológica del derecho en la formación del *homo juridicus*, analizaremos a continuación dicho concepto y su alcance.

a) La acción pedagógica, el uso de contenidos simbólicos.

– Para conocer el significado de la acción pedagógica nos remitimos a la obra “*La reproducción: Elementos para una teoría del sistema de enseñanza*”, realizada por Pier Bourdieu y Jean Claude Passeron, allí se considera que la educación constituye el transmisor fundamental de la cultura.

La educación actúa a través del adoctrinamiento de cada individuo, quien a su vez se convierte en un agente de reproducción social (Bourdieu y Passeron, 1977). De esta forma, la acción pedagógica tiene una eficacia diferenciada en función de las caracterizaciones culturales preexistentes. En otras palabras, la reproducción de diferencias, estratificación cultural y otras prácticas, se interioriza en los individuos y se legitima; a tal punto, que persuade a los sujetos de que su ejercicio es de orden natural y no social (Bourdieu y Passeron, 1977). En dicho contexto, la escuela esconde su naturaleza social como factor estructurante y se presenta como medio indiscutible de transmisión de una cultura objetiva (Bourdieu y Passeron, 1977).

Acorde a dicha definición general, algunas características propias en la formación del abogado pueden incluir: memorización literal de la doctrina de tratadistas (especialmente positivistas) y de cuerpos legales tradicionales como el código civil o penal. De otra parte, está la irrestricta observancia de la ley por sobre otras fuentes formales del derecho; el trato reverencial al profesor; y el aprendizaje de signos y lenguaje como contenidos simbólicos propios del ámbito jurídico. Entiéndase como contenidos

simbólicos en este caso, los referidos por Bourdieu como aquellos de “carácter material, visualizados en el vestir, la forma de hablar, el estilo, entre otros, que derivan su eficacia no solo por su materialidad, sino por su *misrecognitio*” (Fernández, 2005).

Las características citadas, entre otras, se encuentran presentes en mayor o en menor medida en los procesos de formación de abogados de las facultades de derecho. Dichas características aparentemente inofensivas, han sido “naturalizadas en el proceso de enseñanza-aprendizaje y por eso pasan inadvertidas, pero tienden a reproducir valores seleccionados, visiones y divisiones, basados en el orden simbólico socio-cultural, patriarcal y andrologocéntrico” (Aguilar, 2002).

La suma de estos elementos simbólicos da lugar a lo que Bourdieu denomina *capital simbólico*. El capital simbólico es definido como “una propiedad cualquiera, que, percibida por unos agentes sociales dotados de las categorías de percepción y de valoración que permiten percibirla, conocerla y reconocerla, se vuelve simbólicamente eficiente, como una verdadera *fuerza mágica*” (Bourdieu, 1999). En ese sentido, el capital simbólico actúa también como un medio para imponer determinadas representaciones simbólico-culturales, que tienen estrecha relación con el poder y la autoridad, estableciéndose como las legítimas, verdaderas y aplicables a toda realidad.

Por lo mencionado, la sola memorización de textos legales y doctrina se transforma en una operación mecánica que excluye cualquier suerte de reflexión analítica o crítica, dando por sentados e irrefutables los contenidos aprehendidos. En este sentido, el cuerpo docente como autoridad pedagógica, tiene un rol importante en la labor de condicionamiento social de los estudiantes y en la reproducción del sistema. La autoridad del docente está investida de legitimidad y es reconocida tanto por

el pedagogo como por los agentes que lo reconocen (Bourdieu y Passeron, 1977). En ese sentido, los estudiantes no hacen más que aceptar las cosas como son y se enmarcan dentro de los canales construidos para ellos, haciéndolos aún más profundos, asimilando ese aprendizaje como parte de la historia de vida de cada uno (Kennedy, 2001).

Bajo ese modelo de enseñanza y aprendizaje cobra vigencia la teoría bourdiana sobre el *habitus*, como un sistema de disposiciones duraderas, estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructurantes. Bourdieu conceptualiza este complejo tema como:

las estructuras son estructurantes, en tanto que principio de generación y de estructuración de prácticas y representaciones que pueden ser objetivamente „reguladas“ y „regulares“ sin ser en nada el producto de obediencia a reglas, objetivamente adaptadas a su finalidad sin suponer la mirada consciente de los fines y la maestría expresa de las operaciones necesarias para alcanzarlas y, siendo todo eso, colectivamente orquestadas sin ser el producto de la acción organizadora de un jefe de orquesta. (Bourdieu, 2000, p. 25)

En el caso particular, los futuros profesionales del derecho forman modelos ideales sobre los contenidos jurídicos estudiados, los métodos de interpretación de la ley, las prácticas jurídicas, el uso del lenguaje, y otros elementos transmitidos por la acción pedagógica. Las lecciones de derecho, transmitidas principalmente mediante el uso de doctrina jurídica clásica, reproducen en su mayoría valores con contenidos de corte liberal. Se destacan por una parte Hans Kelsen con su teoría pura del derecho, Norberto Bobbio con el positivismo jurídico metodológico, Herbert Hart con los significados del positivismo jurídico; entre otros autores clásicos, infaltables en las mallas curriculares de las escuelas de derecho tradicional.

De manera general podemos decir que dichos tratadistas coinciden en que las normas de derecho positivo deben ser generadas e interpretadas solo por quienes están autorizados para ello, mediante un procedimiento constitucional previamente establecido. Se distingue además al derecho de la moral, por la exigencia política y jurídica que habilita al primero al uso de la coerción en caso de ser necesaria para el cumplimiento de una decisión jurídica y en pro de la seguridad jurídica. En ese sentido, las cátedras se convierten en discursos sociales originados y transmitidos por “expertos en la materia”, discursos, en muchos de los casos tomados como verdaderos y legítimos; y por ende, no cuestionables, en especial si la docencia es impartida por un docente revestido de prestigio social, académico o profesional (Bourdieu, 2000).

A simple vista podemos afirmar que el estudio de la doctrina es inocente, y que no pasa de ser un ejercicio de reflexión teórica; pero esta, ha sido la generadora de una legislación y una cultura jurídica, que no siempre ha respondido a los intereses y necesidades sociales de un país. En la práctica, en más de un caso se ha llegado a influenciar la agenda legislativa nacional por parte de las élites nacionales o hegemonías internacionales.

Para demostrar lo afirmado, revisemos los temas relativos a la legislación penal positiva en observancia del derecho penal máximo y la tipicidad de delitos pluriofensivos. En las mallas curriculares de las facultades de derecho del país, sobresalen autores de corte positivista (Comte, Garófalo, Carrara, Ferri, Jakobs, entre otros) que propugnan una justicia retributiva, en la que prevalece un “derecho penal máximo” sobre un “derecho penal mínimo”.² La influencia de dicha doctrina también está inmersa en

² Mientras el minimalismo propugna el desarrollo y ejercicio de garantías constitucionales como un pilar fundamental del proceso penal, el maximalismo ha

las convenciones o tratados internacionales, conformando parte del ordenamiento jurídico positivizado mediante la ratificación. Al respecto de los lineamientos dogmáticos relativos al derecho penal máximo, al ser incorporados dentro de los ordenamientos jurídicos internos, el tratadista José Luis Diez Repolles afirma estas “aspiran a una punición absoluta, claramente incompatible con los actuales principios jurídico-penales de intervención mínima y de seguridad jurídica” (Diez, 1991).

El caso planteado en los párrafos precedentes no es único ni aislado. Podemos constatar el hecho de que varias de las leyes de un ordenamiento jurídico pueden recibir influencia directa o indirecta de legislaciones y doctrinas extranjeras, las cuales se han adoptado sin medir la realidad social de un determinado país y sin razonar en sus efectos. En ese sentido, se han naturalizado por parte de los profesionales del derecho que durante toda su carrera recibieron un marco conceptual con dichos contenidos. Es por eso que Bourdieu afirma que los instrumentos de conocimiento son instrumentos simbólicos que construyen el mundo objetivo que nos rodea, es decir actúan como “estructuras estructuradas estructurantes” (Bourdieu, 2000).

Bajo ese entender, el aumento de penas no encuentra mayor oposición al momento de analizarlo y justificarlo, pues está basado en la doctrina del derecho penal del enemigo, y en una práctica común de la política penal. Incluso la sociedad misma ha llegado a creer que esta es la única y mejor forma de combatir la inseguridad y delincuencia. La influencia de los medios de comunicación y los discursos institucionales de corte securitista también han influido negativamente. En ese sentido, los instrumentos simbólicos que siempre han estado allí y que se han

fomentado la necesidad de aumentar las penas, los tribunales de excepción y hasta la imposición de la pena de muerte en algunos casos.

naturalizado, son considerados por Bourdieu como “estructuras estructuradas estructurantes” (Bourdieu, 2000).

La influencia de dichas estructuras, en la práctica, se visualiza en diversas formas. Un caso es el de las ofertas electorales de varios candidatos políticos, quienes incluyen en su discurso – de carácter normativista- la tipificación de mayores penas a los infractores. Este hecho, aunque constituya demagogia, tiene una gran receptividad en la población. Incluso hay quienes ofrecen tipificar la pena de muerte como sanción a delitos graves, a sabiendas de que un país ha ratificado varios instrumentos internacionales que la han eliminado y que prohíben su reincorporación. Frente a esa posición estructurada sobre la “vindicta pública” en la conciencia social y la cultura jurídica de una sociedad, resulta difícil concebir una ruptura que suponga lo contrario.

Otro tema que citaremos brevemente – relativo al positivismo estructurante – es el pluralismo jurídico, que surge como contrapunto al monismo jurídico imperante durante décadas en el continente latinoamericano. En el Ecuador, desde la Constitución de 1998 (Art. 191 inc. 3) se garantizó el ejercicio de la justicia indígena. En la actualidad, dentro del marco constitucional, se lo estipula de forma más amplia y clara en el artículo 171 de la Constitución de 2008; sin embargo, su limitación llegaría a través de una acción extraordinaria de protección resuelta por la Corte Constitucional en el caso la Cocha de septiembre de 2014, en la cual se decidió que la justicia indígena no puede resolver casos que atenten contra la vida de personas, aun cuando estos involucren a miembros de sus comunidades como presuntos responsables (Corte Constitucional Ecuador, 2014). Adicionalmente, se puede evidenciar que son pocos los programas de las facultades de derecho, que incluyen materias o estudios sobre pluralismo jurídico, teoría crítica o justicia indígena u otras, que permitan entender las diversas

cosmovisiones existentes sobre el verdadero alcance y convivencia de las dos formas de administrar justicia. Por ello, no sorprenden decisiones judiciales que limiten normas constitucionales expresas y que reflejen estructuras positivistas clásicas.

En conclusión, podemos afirmar que el adoctrinamiento teórico de un profesional del derecho “supone una acción pedagógica efectuada dentro de un espacio institucional, por agentes especializados, dotados de autoridad de delegación, que imponen normas arbitrarias valiéndose de técnicas disciplinarias” (Giménez, 2008). Este adoctrinamiento construye el mundo objetivo del futuro profesional del derecho, quien en el ejercicio de su carrera también incorpora líneas propias de actuación y conducta, tal y como analizaremos en la segunda parte de este trabajo.

b) La acción pedagógica y el uso del lenguaje. – El uso del lenguaje en el derecho juega un rol importante, no solo por el uso técnico que este campo exige para la elaboración adecuada de alegatos, sentencias, ponencias, y otros documentos, sino como herramienta de distinción que define y separa a los expertos de los profanos del derecho (Bourdieu, 2000).

El uso del lenguaje define la competencia de un agente o experto en el derecho y lo diferencia del profano en la materia. Esta distinción limita o excluye la posibilidad de interpretar el derecho por parte de quien no es un jurista, en especial si se trata de un sistema tradicional de derecho con carácter positivista. En este marco, el establecimiento de una retórica común a los expertos jurídicos les da la posibilidad de formar un monopolio en el ejercicio e interpretación del derecho que desemboca en una acumulación mayor de conocimientos técnicos. En consecuencia, los profanos se ven obligados a contratar los servicios de los

expertos, pues estos son los únicos competentes y autorizados para desenvolverse en el mundo jurídico (Bejarano, 2010).

Bajo los presupuestos enunciados, la formación profesional en las escuelas de derecho incluye y naturaliza un uso de lenguaje técnico, propio del mundo jurídico. Las lecciones, pruebas, presentaciones y discursos, se van complejizando a medida que el estudiante de derecho va profundizando el estudio, en especial en temas de carácter procesal, en los que el uso de una palabra debe ser aprehendida con una rigidez matemática que no dé lugar a equivocaciones. Para citar un ejemplo, podemos hablar de la definición de “plazo y término” y de sus repercusiones en la vida práctica. Ambos vocablos sirven como una referencia al tiempo de duración que existe para realizar una actuación determinada en la etapa procesal; sin embargo, el primero incluye el conteo de días no hábiles – esto es fines de semana y feriados- mientras que, en el segundo, se cuentan únicamente los días hábiles. Esta diferenciación aparentemente sencilla, hace la diferencia entre el éxito o el fracaso de un proceso judicial, pues si el agente se equivoca en el uso y comprensión de dicha terminología para responder a una providencia judicial, su acción precluye. Un error como el anotado tendría repercusiones negativas irreparables, especialmente si la defensa recae sobre bienes jurídicos de trascendencia como el derecho a la vida, la libertad, la integridad personal y otros derechos fundamentales, pues en el caso de que ocurra, no existe la posibilidad de que el juez justifique las razones que impidieron contestar a tiempo.

Por lo anotado, podemos decir que la memorización y uso de términos técnicos en el derecho es necesaria como en toda profesión; sin embargo, este hecho produce una especie de monopolio simbólico por parte de los juristas. En ese contexto, el aprendizaje de términos jurídicos generalmente complejos –

en muchos casos de origen griego o latino (con vigencia actual) – son intrínsecos al proceso de formación profesional y del posterior uso cotidiano del abogado. En derecho internacional, por ejemplo, encontramos principios como: *Pacta sum Servanda*, *Bona Fides*, *Ius Cogens*, *Rebus sic standibus*, etc. En derecho penal tenemos: *nulla penae*, *nullum crimin sine lege penale*, *Ius puniendi*; *Iter criminis*, *Indubio pro reo*, etc. A tal punto se extiende el uso del lenguaje jurídico técnico, de sus aforismos y extranjerismos, que ha sido necesaria la redacción de sendos diccionarios jurídicos y enciclopedias que expliquen en lenguaje sencillo sus contenidos. Es debido a este hecho, que el uso de ese lenguaje es visto como signo de distinción y de uso exclusivo de los juristas. Los expertos adoptan un modo de pensamiento, expresión y de acción en el *campus* jurídico que los aleja de los profanos (Amézquita, 2008).

Por lo anotado, el lenguaje jurídico se traduce en “un poder simbólico invisible que no es reconocido como tal sino como algo legítimo, presupone cierta complicidad activa por parte de quienes están sometidos a él, requiere como condición de su éxito que éstos creen en su legitimidad y en la de quienes lo ejercen” (Fernández, 2005). La complicidad de la que hablamos se origina en las representaciones sociales formadas en el imaginario de la población.

Una representación es una imagen mental que tiene un individuo o comunidad acerca de una cosa, evento, acción, o proceso que percibe de alguna manera. La representación “en la medida que es conservada y no reemplazada por otra, constituye una creencia o es elemento de una creencia y es la base del significado que adquiere cada nuevo estímulo relacionado con esa cosa, evento, acción, proceso” (Raiter y Zullo, 2012). Las representaciones sociales colectivas tienen una función simbólica

que construye realidades y define sistemas de valores, ideas, prácticas. Dicha noción de representaciones sociales debe ser considerada más allá de una simple guía de conducta, pues estas, le dan sentido a las conductas y la integran en un sistema conductual más amplio (Herré & Lamb, 1986). Esa lógica simbólica de poseer “un lenguaje especial” sirve de base para obtener ulteriores beneficios materiales, sociales y simbólicos. Por eso, este círculo de “elegidos” se apoya entre sí, guarda el monopolio del lenguaje, y excluye la palabra de cualquier profano que pretenda rebatirlos.

2. EN EL CAMPUS JURÍDICO

Una vez que las y los abogados han sido formados en las respectivas escuelas de derecho, corresponde como en toda carrera, la respectiva defensa de tesis ante los tribunales. Además de ello, es necesaria la afiliación al gremio respectivo o el registro en la institución pública que lo habilita como abogado en libre ejercicio y le otorga la respectiva credencial para iniciar sus labores profesionales. En muchos países se acostumbra a dar uno o dos exámenes ante la barra de abogados o los representantes del gobierno local y nacional asignados para el efecto. Solo cumplidos dichos requisitos³, el nuevo abogado se cubre de la investidura para ejercer desde cualquiera de sus múltiples funciones.

Este mundo que gira alrededor de un sistema jurídico determinado es el que Bourdieu denomina como el campo jurídico, previo a dar su definición, es necesario explicar a qué se refiere el autor cuando habla de un *campus o campo* de

³ En el mundo jurídico la existencia de requisitos determina la solemnidad del acto jurídico en cuestión pudiendo ser solemnidades de índole probatoria o solemnidades per se.

manera general. El campo para Bourdieu es el espacio en el que se definen las relaciones sociales de un tipo específico. Allí los individuos actúan como agentes capaces de incidir en ese campo, su nivel de incidencia dependerá del capital económico, social, cultural o simbólico que posea (Bourdieu, 2000).

En ese sentido, la variedad de los campos dependerá de la multiplicidad de los espacios de detentación de poder. Haciendo una analogía, el campo es el espacio concreto en el que se produce una batalla, ahí los soldados se ubican por rangos, antigüedad, especialidad y funciones técnicas, entre otras posibilidades. En el campo “cada posición se define por la distribución de un capital específico, en razón de dicha distribución cada sujeto adquiere posiciones y genera intereses” (Núñez, 2000). Según Gilberto Giménez, “un campo, por lo tanto, es una esfera de la vida social que se ha ido autonomizando progresivamente a través de la historia en torno a cierto tipo de relaciones sociales, de intereses y de recursos propios, diferentes a los de otros campos” (Giménez, 2008).

Aclarado el concepto del *campus*, podemos afirmar según los mismos estudios de Bourdieu, que el derecho está entre los temas de interés de los estudiosos de la sociología jurídica, dado que de dicho *campus* surgen muchas relaciones y posiciones de dominación, subordinación, homologación y asimilación. En ese sentido, el profesor francés define al campo jurídico como:

el lugar de una concurrencia por el monopolio del derecho, de decir el derecho, esto es, la buena distribución (*nomos*) o el buen orden en el que se enfrentan agentes investidos de una competencia inseparablemente social y técnica, que consiste esencialmente en la capacidad socialmente reconocida de *interpretar* (de manera más o menos libre o autorizada) un corpus de textos que consagran la visión legítima, recta, del mundo social. (Bourdieu, 2000)

En dicha definición se puede observar que el poder simbólico del conocimiento de los agentes jurídicos sirve para legitimarse ante los que Bourdieu denomina como profanos. Dicha legitimación, naturaliza los roles y funciones del abogado, hasta lograr una sacramentalización técnica difícil de cuestionar.

La legitimación de la interpretación de los textos – considerados como unánimes–recae en la acumulación del capital social determinado por el rol que el abogado ocupa dentro de la estructura social (Bourdieu, 2000), por lo que las aproximaciones conceptuales de los profanos sobre los mismos textos – en términos jurídicos– carecen de fuerza para modificar la realidad social.

Por otra parte, el *habitus* del abogado no sólo se construye en la etapa de formación profesional tal como se analizó en la primera parte del trabajo, sino en la praxis, de hecho, allí adopta una dinámica generada por el ejercicio del derecho vivo. La práctica del derecho está determinada por una división de trabajo jurídico, por medio del cual se establecen: posiciones, jerarquías, funciones e instancias, en las que se van ubicando los nuevos profesionales del derecho o agentes judiciales. Esta predeterminación en la división del trabajo jurídico, permite una suerte de especialización en cada uno de los roles que el abogado desempeña. Así, las competencias técnicas adquiridas en la función judicial, no son las mismas que las adquiridas desde el libre ejercicio de la profesión, o las ejercitadas desde la fiscalía o la defensoría del pueblo. Es más, cada una de las posiciones mencionadas tiene un sinnúmero de subespecializaciones de acuerdo a la materia y a la jurisdicción.

Cabe señalar que los agentes del campo jurídico ubicados en los diversos campos del derecho e instituciones públicas o

privadas, de una u otra forma estuvieron influenciados por algún mentor que les inspiró o abrió el camino a determinada área de la profesión (Arellano, 2012).

Para Bourdieu la división del trabajo no solo es parte de un proceso histórico, sino una forma de legitimación de la dominación por parte de quienes acaparan el monopolio del capital simbólico del texto jurídico. Esta división está determinada por las competencias técnicas y sociales del agente, cuanto mayor capital tenga el agente, mayor será su rango dentro del campo (Bejarano, 2010). Adicionalmente, el capital político juega un rol fundamental al momento de determinar ciertos cargos y funciones que requieren de la confianza de los gobernantes de turno y que se desarrollan en el campo jurídico.

La brecha existente entre los profanos y los expertos puede disminuir a medida que el monopolio del derecho disminuya. Con el fin de indagar sobre las causas del monopolio del derecho generadas en la práctica, analizaremos, de manera muy general, las dos áreas más concurridas de los agentes jurídicos en el ejercicio de su profesión, conforme al criterio señalado por Max Weber en su libro *Economía y Sociedad*, así tenemos: a) Juristas. – responsables de la racionalización del derecho; y, b) Jueces. – como parte del aparato de coacción estatal (López, 1998).

a) Juristas. – En el caso del libre ejercicio en cualquiera de las materias existentes, sin duda está presente la estructura lógica y teórica de un abogado positivista, que conforme se va posicionando (estructurando) se vuelve estructurante. En otras palabras, los agentes jurídicos ejecutan comportamientos cuasi mecánicos en el ejercicio de su profesión, y aunque tienen un margen de cálculo racional en su accionar en el campo, no son dueños completos de dichos actos, puesto que estos provienen de una práctica jurídica previamente posicionada (Bourdieu, 2000).

La forma y los métodos del ejercicio son establecidos por quienes ya están posicionados en el campo jurídico, en ese sentido los más jóvenes e inexpertos se inclinarán a buscar estrategias de subversión o simplemente de asimilación y de homogeneización. En ese sentido, la lucha en el campo del derecho, no necesariamente está basada por la búsqueda de la justicia, sino por conseguir un espacio en el ejercicio del derecho. En el ámbito práctico se llega a aislar, a ignorar o a demonizar a quien trata de afectar los *modus operandi* impuestos por una costumbre judicial, aún si de lo que se trata es de cambiar prácticas ajenas y nocivas al derecho. No son pocos los casos en los que se han denunciado a abogados o miembros de la función judicial por delitos de cohecho o de concusión; sin embargo, son pocos los casos que han llegado a tener una sentencia judicial condenatoria o una sanción por parte del gremio.

Por otra parte, las condiciones del ejercicio de la profesión jurídica pueden mutar para los agentes o profesionales del derecho, pues a pesar que el proceso sea análogo y se trate de la misma materia y se rija bajo las mismas normas, algunas prácticas varían. Esto se debe a que cada circunscripción territorial y judicatura tiene su propia dinámica en el *campus* jurídico, aquí la agenda es impuesta por el ambiente social, las necesidades materiales, las capacidades tecnológicas, técnicas y profesionales de cada judicatura, etc. Por ejemplo, un proceso judicial de índole penal desarrollado en una circunscripción territorial, cuya actividad judicial se vea congestionada por la existencia de otros procesos judiciales – como es el caso de una capital de país– puede llegar al doble de tiempo del señalado en la ley, y al que tardaría en despacharse en una pequeña judicatura de provincia no central.

Aspectos elementales como el de la cortesía profesional, y otros referentes a procedimientos varían, no porque las normas sean distintas sino porque los *operadores jurídicos* son distintos, y son estos quienes imponen el ritmo y la ruta del proceso judicial en última instancia. Por eso, el abogado en libre ejercicio requiere de una competencia práctica para litigar, pues los conocimientos teóricos asimilados en sus estudios no siempre le son suficientes.

Esta suma, los conocimientos teóricos y prácticos asimilados en el campus jurídico, forman parte del capital cultural del abogado, pues está inmerso dentro de lo que he llamado como *habitus* jurídico. Hago referencia aquí al *habitus* jurídico en categoría bourdiana. En ese sentido, el *habitus* como sistema de disposiciones y prácticas hace que los agentes jurídicos se comporten del mismo modo ante ciertas circunstancias, sin detenerse siquiera a analizar las particularidades del caso concreto o los elementos endógenos que pueden variar dicha interpretación, aunque estos provengan de una fuente normativa válida. En este sentido, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el ejemplo que mejor nos puede ilustrar sobre el monopolio del derecho es el relacionado con la creación de la Ley de la Federación de Abogados emitida en el año de 1974, en la que en sus considerandos se advierte que: “[q]ue el ejercicio de la profesión de abogado, en todos los asuntos en que se lo requiere, es fundamental e imprescindible para la recta y eficaz administración de justicia y la solución de los problemas de carácter jurídico, tanto públicos como privados” (Decreto Supremo 201-A, 1974). Por lo anotado, la necesidad de contratar un abogado por parte de un profano se hace indispensable, no solo por el conocimiento que el experto posee, sino porque además el artículo 50 de la referida Ley estipula que las solicitudes

dirigidas a instituciones públicas deben constar la firma de un abogado debidamente inscrito en el gremio.⁴

A nivel material, la colegiación de los abogados ha permitido establecer puntos de control formal sobre el ejercicio de la profesión mediante la imposición de normas no técnicas⁵, que dentro de la praxis del abogado se ve delimitada por ámbitos de aplicación distintos en relación al rol que el abogado ocupe dentro del campo jurídico (Fernández, 2014).

b) Jueces. – En este acápite se analizará solo un tipo de jueces, de aquella diversidad propuesta por Max Weber en su libro “Economía y Sociedad”. En concreto, me remitiré al “juez burocrático” propio de los estados modernos. Cabe señalar, tal y como lo hizo Weber, que no existe un tipo ideal puro; sin embargo, existen ciertos lineamientos que identifican al tipo de juez citado (Weber, 1997).

En primer lugar, existen disposiciones que estos jueces siguen de manera rigurosa solo por estar determinadas en la ley, es decir que al momento de ejercer justicia excluyen cualquier otro tipo de valoración externa a la norma, y al silogismo jurídico. Se puede observar que estos jueces en el ámbito laboral gozan de protección en el ejercicio de sus funciones, ello se ve reflejado en la permanencia de sus cargos y a través de lo que se denomina la carrera judicial. Adicionalmente, tienen un sueldo regular considerable con relación a la media de otros funcionarios, y la

⁴ En la actualidad y gracias a algunas reformas normativas emitidas por la Asamblea Nacional, algunos trámites han dejado de requerir la firma del abogado como requisito indispensable de la petición. Adicionalmente la inscripción de los nuevos profesionales ha dejado de ser competencia privada de los colegios de abogados, para ser parte del Consejo de la Judicatura.

⁵ Son normas que por sí mismas no tienen relevancia jurídica a menos de que se encuentren expresamente determinadas en el ordenamiento jurídico, para verbigracia, las normas morales y sociales.

posibilidad de promociones según sus años de experiencia y sus capacidades. Un elemento adicional, es la jerarquía de funciones que lo distingue de todos los demás miembros de la función judicial (López, 1989). Finalmente, está el reclutamiento con base a concursos de méritos y exámenes en los que se exige una formación especializada, y en las que el juez normalmente es designado y raramente electo (López, 1989).

Este tipo de jueces demuestra una conducta judicial propia de su nombramiento y de las funciones asignadas, de tal manera que al administrar justicia sus actos se revisten de legitimidad ante la sociedad. En algunos casos, dependiendo del sistema jurídico en el que se desenvuelve dicho juez, este puede tener un margen de discrecionalidad en sus actuaciones, llegando incluso a realizar un control de constitucionalidad (judicial-difuso), por lo que cumple una suerte de legislador negativo. Este accionar de los jueces en un sistema netamente legalista es firmemente criticado, sus detractores han denominado a este hecho como “el gobierno de los jueces” (Dalla, 2005).

Sin embargo, el gobierno de los jueces, en la práctica, no solo debe ser considerado al momento de aplicar o inaplicar una determinada norma jurídica, sino también al momento de realizar una práctica procesal. Esto quiere decir, que más allá del positivismo normativo-reglamentario en el que se mueven, existe en ciertos casos la necesidad de adoptar un procedimiento específico no previsto en la norma, precisamente para lograr su cumplimiento. Esta suerte de nueva práctica judicial generalmente se observa con la vigencia de nuevas leyes y nuevos regímenes jurídicos, en los que se cambian generalmente las reglas del juego político y judicial.

En este orden de ideas, las costumbres procesales adoptadas por parte de los jueces se realizan por inercia, a tal punto que

se siguen aplicando aún bajo un nuevo sistema legal o político (Dalla, 2005). Por eso, la cultura jurídica en un sistema y en un país determinado dependerá también del margen de discrecionalidad en las actuaciones de un juez y de la aprobación tácita de dichos actos por parte de los usuarios y de los demás miembros de la función judicial.

Sobre otras prácticas judiciales, me permito citar el relacionado con las disposiciones atinentes a los plazos y a los términos procesales, los cuales se rigen al ritmo de la carga de trabajo de los despachos judiciales, o de las “simpatías o no” entre los funcionarios y los solicitantes o sus apoderados judiciales. Aquí se observa que los plazos o términos procesales no siempre coinciden con los estipulados en los códigos. El caso extremo de este aspecto son los juicios relacionados con las pensiones alimenticias, cuyo tiempo de duración en muchos ha excedido el legal.

La forma en que se realiza un secuestro o un embargo, el actuar de un depositario judicial o de un alguacil en materia civil, los conflictos laborales acaecidos ante los inspectores de trabajo o el cálculo de las costas procesales, y otras actuaciones, se rigen en principio por lo que dice la letra de la ley, pero adicionalmente incluyen prácticas procesales propias de cada judicatura. Estas prácticas o costumbres procesales refuerzan el imaginario de quienes creen que el sistema funciona con estricto apego a la ley y sin subjetividad de los operadores de justicia; sin embargo, la subjetividad no solo que está presente en quienes ejecutan la justicia, sino que en muchos casos ocasiona arbitrariedades o injusticias. En ese sentido, el fallo de un juez conservador y religioso sobre un tema de aborto puede diferir del fallo de un juez ateo y progresista.

En este punto, la vigencia de la Constitución ecuatoriana y del Código Orgánico de la Función Judicial de 2008, han dado

lugar a varios cambios estructurales a nivel institucional pero no a nivel individual; por ello, no han tenido el éxito esperado. Es necesario invertir en la transformación del *habitus* jurídico del funcionario judicial, puesto que éste aún actúa bajo la lógica del anterior modelo legalista de justicia. En ese sentido, los servidores públicos y quienes aplican la ley y los reglamentos de manera literal y rígida, han descartado cualquier tipo de intromisión normativa que pueda modificar los contenidos positivos a los cuales están ya acostumbrados, aún si las nuevas directrices provienen de la actual Constitución. Este *habitus* jurídico de apego total a la ley y no a los mandatos de optimización señalados dentro del marco constitucional de derechos, ha afectado el desarrollo pleno de una cultura jurídica constitucional de derecho, acorde al modelo de Estado garantista popularizado en Latinoamérica.

Los funcionarios públicos y jueces prefieren la aplicación literal de la ley (aunque está incluya contenidos contrarios a la Constitución) a los principios constitucionales, pues es más cómodo y seguro seguir con esquemas legales interiorizados, que arriesgarse a realizar interpretaciones “extensivas”. El aumento de poder simbólico de la clase judicial lo ha consolidado como una fuerza política tendiente a deslegitimar la estructura jurídica de los poderes del Estado. En este contexto, el auge del positivismo judicial dentro de los campos jurídicos y sus efectos negativos serán brevemente analizados en el siguiente acápite del presente trabajo.

3 ENTRE LA ANTÍGONA Y EL DERECHO INJUSTO

El eterno dilema de la obediencia del derecho por parte de los profanos del derecho y de su observancia y aplicación por

parte de los expertos, ha llegado más de una vez a poner en tela de duda la legitimidad y eficacia de las leyes aplicables en un determinado contexto histórico y temático.

El mito de la Antígona descrita en una de las tragedias de Sófocles (442 ac.), cobra vigencia hasta nuestros días, pues la evolución de las leyes no siempre tiene el mismo ritmo que el avance de la moral social. En ese sentido, leyes que penalizan la homosexualidad, el aborto, el consumo de drogas, la migración irregular, y otros “actos” considerados como peligrosos o dañinos por un Estado, hoy en día están siendo despenalizados, desmitificados, re-evaluados, y hasta aceptados moral y jurídicamente en algunos países. Cabe recalcar que dicho proceso se ha logrado gracias al derecho a la protesta y al posicionamiento que muchos activistas y organizaciones sociales han tenido respecto de ciertas leyes con contenidos injustos e ilegítimos, “bajo el entendimiento de que la ley que parece injusta no parece ser ley” (Dalla, 2005). Contrariar un sistema positivista estructurado no ha sido tarea fácil, en especial porque como se afirmó en los párrafos anteriores, en el campus jurídico existen una serie de expertos y agentes no dispuestos a modificar el *estatus quo*. Sin embargo, el *establishment* jurídico ha debido ceder a los cambios políticos y a las evidentes realidades sociales de cada contexto histórico, geográfico y temporal.

Uno de los axiomas positivistas más difundidos es el relacionado con la interpretación auténtica de la ley, la cual se le atribuye únicamente al legislador. En ese sentido, la propuesta del constitucionalismo aparece en Latinoamérica como la Antígona, porque los contenidos que encierran dichas propuestas precisamente están encaminados a romper con una serie de estructuras propias de un Estado legal-monista. Quizá el punto más neurálgico ha sido el relacionado con el rol de los jueces respecto

de la interpretación bajo parámetros y principios constitucionales. Este último punto contradice la propuesta de Kelsen de fundar una “teoría pura del derecho” que excluya lo axiológico. Al respecto Pierre Bourdieu dijo que la “teoría pura del derecho” no es sino el límite ultra consecuente del esfuerzo de todo el cuerpo de juristas para construir un cuerpo de doctrinas y de reglas totalmente independiente de sujeciones y presiones sociales y que encuentra en sí mismo su propio fundamento” (Bourdieu, 2000).

En actitud plenamente contraria a la relatada en el párrafo precedente, aparece el constitucionalismo latinoamericano. Para la dogmática, el nuevo constitucionalismo presenta algunas de las siguientes características: el predominio de los principios sobre las reglas, el empleo frecuente de la técnica de la ponderación, la presencia relevante y activa de los jueces por encima de los legisladores, el reconocimiento del pluralismo, y el constitucionalismo invasivo que penetra en todas las áreas del derecho (Sanchís, 2005).

Este quiebre paradigmático y metodológico, se produjo con la elaboración de constituciones después de la segunda guerra mundial, pues allí apareció la necesidad de constatar teóricamente el concepto de Estado neoconstitucional como una teoría de derecho (Carbonell, 2003). Para la dogmática, el constitucionalismo latinoamericano cobra características propias en cada contexto nacional. Entre dichas características podemos apreciar: “la expansión de derechos, el control de constitucionalidad por parte de todos los jueces, el redimensionamiento del estado basado en la equidad económica” (Ávila, 2011).

Bajo estas consideraciones, podemos observar que la cultura jurídica basada en la doctrina legalista implantada en un Estado legal-monista, es invadida por una teoría que precisamente

propone una línea contraria a la estudiada y practicada por los agentes jurídicos tradicionales. Ante dicha evidencia no podemos pretender que la transición sea pacífica e inmediata, por el contrario, las luchas en el campus jurídico serán intensas, de gran impacto y de largo aliento, pues éstas deben librarse entre un *habitus* jurídico individual e institucional firmemente posicionado. Al respecto Bourdieu escribió:

Aquellos que, dentro de un estado determinado de la relación de fuerzas, monopolizan (de manera más o menos completa) un capital específico, que es el fundamento del poder o de la autoridad propia de un campo, se inclinarán hacia estrategias de conservación, mientras que los que disponen de menos capital (lo que incluye a los recién llegados al campo, a los más jóvenes y los pobres respecto de dicho capital) se inclinarán a utilizar estrategias de subversión. (Gutiérrez, 2006)

Con lo arriba manifestado, no pretendo decir que el nuevo constitucionalismo o constitucionalismo latinoamericano sea la única solución al exacerbado positivismo, sin embargo, creo que ayuda a entender las causas, los límites y los caminos de superación para desvincular el *habitus* con el sistema ideológico político y jurídico que ha creado ese paradigma de derecho, de abogados y jueces. Las reformas legales que se presentan con los modelos constitucionalistas de derecho acarrearán la reforma normativa del ordenamiento jurídico de carácter positivo. Este hecho, ha provocado ciertas distorsiones al momento de aplicar la nueva normativa, ya que muchos de los servidores públicos (incluidos los operadores de justicia) no han cambiado su *habitus* positivista, ni sus prácticas.

Según lo descrito, podemos decir que los parámetros legales – en algunos casos – se imponen a los mandatos constitucionales a pesar de su indudable jerarquía y del hecho de que la Constitución

reconozca derechos fundamentales (Ferrajoli, 2005). Para realizar un verdadero cambio en las estructuras positivistas no basta con el cambio de normas e instituciones, sino se desarrolla una política pública que se enfoque en el cambio de prácticas y estructuras mentales anquilosadas que no están acorde al modelo planteado. Según Boaventura de Sousa Santos, es necesario construir un constitucionalismo transformador desde abajo (De Sousa Santos, 2010). Es decir, que los cambios deben surgir desde los espacios micro sociales y desde sus prácticas, y no por simple imposición de una normativa que en algunos casos puede carecer de legitimidad o incluso producir injusticias. Para graficar lo dicho, cito al teólogo y filósofo alemán Franz Hinkelammert, quien analiza el rol de la ley en el juicio de Jesús de Nazaret. Allí se revisa el hecho de que Jesús fue inculpado de violar la ley del Sanedrín al haber curado a un ciego en un día sábado, día dedicado al descanso. Ante tal acusación Jesús sostuvo no haber cometido pecado alguno, al respetar la vida humana, ya que la vida siempre debe estar por encima de las leyes (Hinkelammert, 1998). La reflexión de dicho pasaje, tiene que ver con el grado de discernimiento de los intérpretes de la ley, quienes pueden no aplicar una determinada ley, si esta produce un injusto o es claramente inconstitucional (Hinkelammert, 1998).

Los modelos constitucionales de estado brindan muchos elementos para realizar una transformación del monismo jurídico hacia el pluralismo jurídico, desde el estricto legalismo hasta un constitucionalismo humanista, pero para ello no se deben olvidar a los sujetos del cambio, quienes son los verdaderos brazos ejecutores del derecho vivo. El cambio en el *habitus* positivista implica un cambio en los procesos de enseñanza del derecho, sus contenidos y sus procedimientos, los cuales deben asumir una posición más innovadora, pluralista, interdisciplinaria, analítica y sobre todo

crítica. Para graficar las diferencias entre un sistema legalista y uno con enfoque constitucional, presentamos el siguiente cuadro:

Cuadro comparativo de la enseñanza del derecho y de su ejercicio

Elementos de una formación positivista	Elementos de una formación no positivista	Ejercicio bajo un sistema legal	Ejercicio bajo un sistema constitucional
Método dogmático	Método sistemático jurídico-sociológico	Interpretación por Silogismo jurídico	Interpretación conforme al contenido integral de la Constitución
Contenidos simbólicos excluyentes	Contenidos simbólicos incluyentes	Monopolio del derecho	Socialización y apropiación de derechos por parte de los sujetos
Memorización	Razonamiento lógico	Enfoque estrictamente jurídico	Enfoque interdisciplinario
Escuela jurídica positivista	Escuela jurídica positivista-naturalista	Se rige bajo el Estado de derecho	Se rige bajo un Estado de derechos
Monismo jurídico	Pluralismo jurídico	Monismo jurídico	Pluralismo jurídico

Elaboración: Alex Valle Franco, 2016.

Por lo ilustrado, necesitamos un cambio en la cultura jurídica que acompañe el proceso de transición de un Estado de derecho a un Estado constitucional de derechos y justicia. El Estado de derecho ya no es el imperio de la ley, sino el imperio de la Constitución, de los principios y de la labor de intérpretes y argumentadores. Citando a Peter Häberle, podemos decir que la profundidad del ejercicio del derecho se mide por la pluralidad y la calidad de la argumentación (1996). Es absurdo pensar que una transición se realice solo con el cambio de normativa sin que se plantee también un cambio en la manera de concebir y entender el derecho por parte de los operadores jurídicos. Desagraciadamente, las luchas de poder en el *campus jurídico* parecen no ceder terreno a la propuesta de un nuevo *habitus jurídico* enmarcado en el constitucionalismo latinoamericano, para ello es necesario reconstruir al *homo jurídico*, re-plantear las mallas curriculares tradicionales, enseñar a pensar y no a memorizar los contenidos de la ley, desmitificar el rol exclusivo y tradicional del abogado en el *campus jurídico*, cambiar los imaginarios sociales respecto de la rigidez de la ley, socializar los fines y contenidos del nuevo constitucionalismo latinoamericano, respetar el ejercicio del pluralismo jurídico, y sobre todo humanizar al *homo jurídico* para que sea un instrumento de la justicia y no solamente de la ley.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, V. 2002. La violencia simbólica entretejida en la enseñanza del Derecho Penal. Tesis de maestría regional en estudios de la mujer. Costa Rica. Universidad de Costa Rica y la Universidad Nacional, 364p.

AMÉZQUITA, C. 2008. Los campos político y jurídico en perspectiva comparada. Una aproximación desde la propuesta de Pierre Bourdieu. En: Revista de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, 65 (65), p. 100-101.

- ARELLANO, A. 2012. Jueces y abogados, discurso legal y práctica social. En: Revista Estudios Jaliscienses, COLMEX, 30 (88), p. 28-30.
- ÁVILA, R. 2008. El neoconstitucionalismo transformador: El estado y el derecho en la Constitución de 2008. Quito, F. Rosa Luxemburg.
- BEJARANO, L. 2010. Reseña: La fuerza del derecho de Michael Teubner y Pierre Bourdieu. En: Revista Taripawí-IEF, 1 (1), p. 130-131.
- BOURDIEU, P.; PASSERON, J.C. 1977. La reproducción: Elementos para una teoría del sistema de enseñanza. Barcelona, Laia.
- BOURDIEU, P. 1999. Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción. 2da ed., Barcelona, Anagrama.
- BOURDIEU, P. 2000. Poder, derecho y clases sociales. 2da ed., Bilbao, Desree de Browser S.A.
- DALLA, A. 2005. Los jueces frente a la política En: Revista ISONOMÍA, 1 (22), p. 4-24.
- DE SOUSA SANTOS, B. 2010. Enriquecer la democracia construyendo la plurinacionalidad. En: LANG, M.; SANTILLANA, A. (Coord.), Democracia, Participación y Socialismo. Quito, Fundación Rosa Luxemburg.
- DIEZ, J. 1991. Alternativas a la actual legislación sobre drogas. En: Revista Nuevo Foro Penal, 1 (54), p. 467-470.
- CARBONELL, M. 2003. Nuevos tiempos para el constitucionalismo, en Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Trotta.
- FERNÁNDEZ, M. 2005. La noción de violencia simbólica en la obra de Pierre Bourdieu: una aproximación crítica. En: Revista de la Universidad Complutense de Madrid, 18 (1), p. 8-17.
- FERRAJOLI, L. 2005. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid, Trotta.
- FRIEDMAN, L. 1969. Legal Culture and Social Development. En: Revista Law & Society Review, 4 (1), p. 29-44.
- GIMÉNEZ, G. 2008. La sociología de Pierre Bourdieu. En: Revista del Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM, 2(1), p. 1-23.
- GUTIÉRREZ, A. 2006. Las prácticas sociales: una introducción a Pierre Bourdieu. Córdoba, Editorial Ferreira.

- HÄBERLE, P. 1996. Retos actuales del Estado constitucional. País Vasco, Instituto Vasco de Administración Pública Oñati.
- HERTEL, C. 2009. Sistemas jurídicos del mundo. En: Revista del Instituto notarial alemán, 1(2), p. 185-200.
- HERRÉ, R.; ROGER L. 1986. Epistemología y Representaciones Sociales: Concepto y Teoría. En: Revista Universidad Complutense de Madrid, 47 (4), p. 409-419.
- HINKELAMMERT, F. 1998. El grito del sujeto. Del teatro-mundo del Evangelio de Juan al perro-mundo de la Globalización. San José de Costa Rica, DEI.
- ITURRALDE, V. 2007. El Derecho como sistema: análisis de tres perspectivas. En: Anuario de filosofía del derecho, (24), p. 345-364.
- KENNEDY, D. 2001. La educación legal como preparación para la jerarquía. En: COURTIS, C. (Comp.), Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho. Buenos Aires, Eudeba.
- LAMBERT, C. 2006. Edmund Husserl: la idea de la fenomenología. En: Teología y vida, 47(4), p. 517-529. Doi: <https://dx.doi.org/10.4067/S0049-34492006000300008>
- LÓPEZ, S. 1998. El juez en la sociología de Max Weber. En: UNAM (Coord.), Liber Ad Honorem Sergio García Ramírez. México, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, p. 447-463.
- NÚÑEZ, I. 2010. Elementos básicos de la teoría de los campos sociales de Pierre Bourdieu. Apuntes para estudiantes y docentes de derecho. En: Revista de la Universidad Alberto Hurtado, p. 210-219.
- PROSPERI, A. 2001. Comentario bibliográfico: Homo juridicus, un ensayo sobre la función antropológica del derecho de Alain Supioy. En: Revista NJRJ, 1 (1), p. 1-7.
- RAITER, A.; ZULLO, J. Y OTROS. 2002. Representaciones Sociales. Buenos Aires, Eudeba.
- SALAMANCA, A. 2016. El fetiche jurídico del capital: hegemonía global mediante los estudios de derecho. Quito, IAEN.
- SANCHÍS, P. 2005. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En: CARBONELL, M. (ed.), Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Trotta.

VALLE, A. 2009. Control de drogas en el derecho penal máximo y en el derecho penal mínimo. En: PALADINES, J. Y MORALES, J. (eds.), Entre el Control Social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

VALLE A. 2013. El pecado original: Ignorantia juris non excusat. En: Revista Aportes Andinos, 1 (32), Quito, UASB, p. 10-21.

WEBER, M. 1997. Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva. México, Fondo de Cultura Económica.

ZALAMEA, D. 2009. La oralidad y la prisión preventiva en el Ecuador. En: Revista DPLF, 1(11), p. 1-24.

LEYES, SENTENCIAS Y PÁGINAS WEB:

Asamblea Nacional del Ecuador. Indulto a personas que transportan pequeñas cantidades de sustancias psicotrópicas y estupefacientes. Montecristi, 4 julio 2008. Ver en: http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/indulto_transporte_drogas.pdf

Asamblea Nacional del Ecuador, estado de normas aprobadas. 2016. <http://constituyente.asambleanacional.gov.ec>

Corte Constitucional Ecuador. Acción Extraordinaria de Protección en contra de decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo 2010, 30 de julio 2014. Registro Oficial Suplemento 323 de 1 de septiembre de 2014.

Ley de Federación de Abogados del Ecuador, Decreto Supremo 201-A, 1974.

Revista digital Vaderetro, 2009. Ver en: <http://vaderetroref.blogspot.de/2012/09/20080704-indulto-de-rafael-correa-las.html>

2

THE EVOLUTION OF THE RIGHT TO HEALTH IN THE COVID-19 ERA IN EUROPEAN UNION

Elena Evgenyevna Gulyaeva

PhD, Associate Professor at International Law Department, Diplomatic Academy of the Russian Ministry of Foreign Affairs; Member of Russian Association of International Law, Member of European Association of International Law, Member of the Council for International Relations of the International Institute of Human Rights (IIDH -America), Member of Constitutional Council of Justice (Argentina);
119021, Moscow, Ostozhenka 53/2, Building 1.
E-mail: gulya-eva@yandex.ru
ORCID: 0000-0001-8376-7212

Evgeny A. Sevastyanov

Master's Degree Student Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation. E-mail: evsevas1997@gmail.com

ABSTRACT

This article reviews the evolution of the right to health during the pandemic of COVID - 19 in European States. Particular attention is paid to the legal regulation of the protecting the health of the EU citizens within the global health crises, as well as the answer to the question whether health protection is the duty of states and what legal sanctions could be imposed if the Government neglected this liability. The author examines the debate regarding the legal restrictions of the right to movement, the concept of the right to life, right to health and medical care in

their close relationship. The author found out that despite the fact of existence a list of the legal source for public health, it is necessary to create new international legal instruments in this sector.

KEYWORDS: Right to health, right to life, health crises, infection cases, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, COVID era, protection of human rights.

Received on: 13.11.2021

Accepted on: 27.11.2021

INTRODUCTION

COVID-19 has a significant impact on all areas of society, including the political and legal development and raises the debate on the State duties and civil rights for life and health protection. As at 8 October 2021, more than 219,000,000 people had been infected with the virus, and more than 4,550,000 of them died¹. In Europe, these numbers are 38,546,503 and 772,934, respectively². The new autumn wave of coronavirus as well as revaccination issues encourage world leaders and national Governments to introduce new measures designed to address the safety and health of citizens.

At the current stage, it seems necessary to further studies on operationalization of the right to health and medical care, given the spread of a new coronary infection. The focus of the

¹ Coronavirus Pandemic (COVID-19) – the data [Electronic resource] // URL: <https://ourworldindata.org/coronavirus-data>

² COVID-19 situation update for the EU/EEA https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Covid_ENG.pdf// URL: <https://www.ecdc.europa.eu/en/cases-2019-ncov-eueea>

scientific community is on the realization of the right to health in places of detention (especially the European Court of Human Rights case-law³ on this issue), which is attributable to the actual absence of scholarly work on the scope of the topic in the title. Nevertheless, applications relating to the Covid-19 health crisis before the European Court of Human Rights raise questions under a number of provisions of the European Convention on Human Rights⁴, in particular in terms of the right to life, the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment, the right to liberty and security, the right to a fair trial, the right to respect for private and family life, freedom of religion, freedom of expression, freedom of reunion, the protection of property and freedom of movement.

This article focuses on political and legal aspects of protecting the health of citizens of the European Union, as well as the answer to the question whether health protection is the liability of the State and what legal sanctions could be imposed if the Government neglected this liability. The methodological basis of the study is statistics on the spread of COVID-19, international human rights instruments, decisions of various specialized United Nations bodies, public health cases and EU legislation.

The right to health is not new to the international community. Within the framework of the Millennium Declaration, half of the Goals are directly related to the right to health⁵. This right is

³ See, COVID-19 health crisis https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Covid_ENG.pdf // URL: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Covid_ENG.pdf

⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Collection_Convention_1950_ENG.pdf

⁵ United Nations Millennium Declaration (adopted by the General Assembly resolution №55/2 of 08.09.2000) [Electronic resource] // URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/summitdecl.shtml

vouchsafed in a number of key international legal instruments, such as the Universal Declaration of Human Rights (article 25)⁶, Convention on the Rights of the Child (article 6)⁷, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (article 12)⁸, European Social Charter (article 11)⁹ (regional document) and so on. This right is exercised not only through the medical care provision, but also with open-informative and inclusive manner for everyone who wants to be aware of the circumstances crucial for life and health¹⁰.

The right to health and medical care is not limited to United Nations agencies but also regional international organizations such as the Council of Europe. Expert Committee on Effective Health Regulation advises Member States on medical bioethics, health care, drug research and equal access to health services¹¹. Within the framework of CIS, the CIS Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms was adopted in 1995, where the right to health was enshrined in article 15 and the measures

⁶ Universal Declaration of Human Rights (adopted by General Assembly resolution №217A(III) of 10.12.1948) [Electronic resource] // URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/childcon.shtml

⁷ Convention on the Rights of the Child (adopted by General Assembly Resolution No. 44/25 of 20.11.1989) [Electronic resource] // URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/childcon.shtml

⁸ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted by the General Assembly resolution №2200A(XXI) of 16.12.1966) [Electronic resource] // URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pactecon.shtml

⁹ European Social Charter of 03.05.1996 [Electronic resource] // URL: <https://www.coe.int/ru/web/moscow/evropejskaa-social-naa-hartia>

¹⁰ Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. 14. The right to the highest attainable standard of health (22nd session, 2000) [Electronic resource] // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/36/PDF/G0043936.pdf?OpenElement>

¹¹ European Health Committee (Council of Europe) [Electronic resource] // URL: https://www.coe.int/t/dg3/health/cdsp_EN.asp

that States undertake to introduce to give effect to this right were narrated¹². The African Charter on Human and Peoples' Rights states in article 16 that the State is under an obligation to ensure the highest possible standard of health for its citizens¹³. It is thus apparent that the right to health is vouchsafed in universal and regional legal instruments and recognized in most of the world's States¹⁴. However, in the COVID-19 era, the scientific community is faced with the specific content of the right. There is still no consensus on this issue at the national level.

The effectiveness of certain measures to combat the spread of coronavirus regrettably is also not the subject of consensus. As we know, many Governments are hard-liners of lockdown, curfews, and other restrictions imposed on the whole or most of the national territory. However, experts from the Joint United Nations Program on HIV/AIDS (UNAIDS) made a series of recommendations as part of Human Rights in COVID-19. Lessons from the HIV pandemic: effective community response addressed to State Governments and public associations¹⁵. It states, *inter alia*, that the World Health Organization does not recommend

¹² Convention of the Commonwealth of Independent States on Human Rights and Fundamental Freedoms (concluded in Minsk, May 26, 1995) (together with "Provision on the Commission on Human Rights of the Commonwealth of Independent States," approved on September 24, 1993. 24.09.1993) [Electronic resource] // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_6966/

¹³ African Charter on Human and Peoples' Rights [Electronic resource] // URL: <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49>

¹⁴ Yastrebova A.Yu., Gulyaeva E.E. Right to Health in the International Legal System of Human Rights at the Universal and Regional Levels. *Moscow Journal of International Law*. 2021;(2):99-121. (In Russ.) <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2021-2-99-121>

¹⁵ Human Rights in the Age of COVID-19. Lessons from the HIV Epidemic: Responding Effectively to the Community. Joint United Nations Programme on HIV/AIDS. 2020 [Electronic resource] // URL: https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/human-rights-and-covid-19_ru.pdf

to impose full-scale restrictions on freedom of movement – a far more effective strategy is screening, monitoring, providing up-to-date information on disease, access to health services for the most vulnerable (i.e., measures that will minimize human rights violations as well as strengthen «communities» through the removal of barriers). But still, in order to protect the health of citizens, restrictions may be imposed on their rights within the framework of current legislation (a target group of persons or region). That possibility is the core of the article.

On September 17, 2021, the Regional Civil Court (LGZ) first held the VSV hearing (Verbraucherschutzverein, Consumer Protection Association) against the Republic of Austria. The case concerns negligence on the part of the public authorities at Ischgl Resort where more than 2,000 people were infected and affected in one week due to a coronavirus outbreak. Despite warnings and statements by the Association, Austrian and Tyrol authorities imposed regional travel, movement and residence restrictions too late, which led to fatalities. A further 14 such cases are currently pending before the courts, and 40 letters sent to the Prosecutor's Office, about 60 cases in Germany waiting for the approval of insurers. The Association is also preparing to file about a hundred claims covering legal costs from insurance companies in Switzerland, Belgium, the Netherlands and the United Kingdom. A total of 1,000 to 1,500 applications are planned to be submitted to the courts of various European States. A total of more than 6,000 people from 45 countries have contacted the Association, 4,000 German citizens are among them¹⁶.

¹⁶ Verbraucherschutzverein. Ischgl und die Folgen [Electronic resource] // URL: <https://www.verbraucherschutzverein.eu/ischgl/#TextLang>.

The first tourists' infection cases were reported in March 2020 and concerned Iceland citizens. At that time, the provincial press office released a statement alleging that tourists got sick on the plane on the way home. The closure of public places did not begin until a few weeks later. Instead of a planned departure of tourists and the gradual lockdown procedure (insisted by the Tyrol Government) Austrian Chancellor Sebastian Kurz declared abrupt and severe ban on travel to Tyrol and the immediate departure of all tourists. This decision, according to the Association, led to a transport collapse, resulting in many tourists getting infected in cars, trains and buses on the way from Tyrol to their homelands.

In all cases governments of countries and regions are accused of «das Multiorganversagen», what can be translated as «multiorgan (polyorgan) deficiency (malfunction)». The merits of the claims are failing of the State officials to coordinate their actions to protect citizens from the spread of coronary infection and make their home return safe so, as a result, the human right to health has been violated.

It is worth noting that the great number of responses to the Association's call for claims against states and regions do not necessarily mean that these claims will be filed. In some jurisdictions, like Austria, there is no concept of a «class action». In fact, claimants would either have to file separate claims on a case-by-case basis (as was done with the case at the 17 September hearing) or cede the right of claim to the lead plaintiff, that is, the Association. Such legal relations are governed by Rome I and Rome II Regulations. Under art. 14 (1) of the Rome I Regulation, the relationship between the assignor and the assignee is governed by the law applicable to the contract between the above-mentioned parties. For the moment,

however, we see only the signs of pre-contractual relations expressed in the Association's call to join claims. Contract that the parties may enter into with the Association may not include an assignment of the right of claim, although it will involve consent to participate in a class action. Such contracts would be governed by Austrian law, since the «service provider» under art. 4 (1) of sub-paragraph b is the Association itself, whose «habitual residence» is Austria¹⁷.

Potential claim assignment in «class action suit», where the common plaintiff is the Association, has advantages. The high damages amount required would raise the profile of the case and provide funding to third parties to cover legal expenses. The statute of limitations will not apply to specific cases of “class action”. In addition, naturally, the political and social level of these cases is certainly higher than individual claims. However, the question before the court is to what extent tourists themselves are responsible for reacting adequately to the epidemiological situation (in other words, should the tourists themselves have taken measures to protect their health in the face of the pandemic, for example, hold off resort trips). In any event, no one can now say exactly how this trial will end.

Even if the Association loses, the resonance of the case may give some impetus to the development of European solidarity and cooperation. The European Union has already taken a number of steps in this direction, as can be seen from the European Central Bank Pandemic Procurement Program

¹⁷ Regulation (EC) №593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) [Electronic resource] // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32008R0593>

(PEPP ECB)¹⁸. Nevertheless, there is a certain set of measures that the EU authorities may undertake, from receiving patients from neighboring countries in case of insufficient medical capacity, and ending with a single action plan setting out criteria for the introduction of certain prohibitive measures in areas/regions/countries where the peak in the number of infections and fatalities is recorded. If Austria is concerned, this case may trigger the adoption of regulations, establishing a precise strategy and Pandemic Management Plan (in addition to the already existing Epidemics Act¹⁹).

As mentioned earlier, it is generally held that in considering the right to life, the problem of saving human lives cannot be ignored. This establishes a close relationship between the right in question and the human right to health or to receive medical care.

The right to health refers to the constitutionally recognized right of everyone to the creation by the State of conditions where the realization of social and environmental rights is as far as possible, as well as legal guarantees for health care and free medical and social assistance in state-run and municipal health-care institutions, and other factors contributing to the protection and promotion of human health».

The human right to medical care refers to “the possibility if necessary (illness, injury or other pathological condition) to take advantage of the health system resources, i.e. to be assisted by medical personnel. The mere fact of receiving a medical help

¹⁸ Pandemic emergency purchase programme (PEPP) ECB [Electronic resource] // URL: <https://www.ecb.europa.eu/mopo/implement/pepp/html/index.en.html>

¹⁹ Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Epidemiegesetz 1950, Fassung vom 11.10.2021 [Electronic resource] // URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10010265>

will be evidence of the exercise of the subjective right of those in need of medical care”²⁰.

It must be understood, however, that the right to health is a broader concept, as it relates to the activities of many public authorities, depends on the environment, the level of security in society and other global factors, while the right to medical care is directly linked to a particular disease, injury, etc. The latter is provided through the activities of health institutions and organizations.

Professor M.N. Maleina has her own vision of the situation. She believes that the right to life consists of an individual life preservation and management. The right to life preservation is exercised in the capacity to independently decide on gender changes and organ and tissue transplants²¹. The right to preserve life is that the individual is able to take significant risks (for example, testing the vaccine on volunteer) and decide when to end the life (for example, active euthanasia or refuse treatment in a touch-and-go situation in the event of a fatal disease).

Many scholars have analyzed the content of the right to life. Thus, V.M. Tanaev sees the right to life from the perspective of three blocks: the right to life, right to risk and right to death²². The first cluster, the right to life, is a broad one, according to his interpretation, and includes right to health care and medical assistance, right to a favorable environment, right to an adequate standard of living and, more specifically, the right to life protection. To our mind, these rights are indeed important components of the

²⁰ Pishchita A.N., Stetsenko S.G. *Medical Law. Special Part.* Moscow. 2005. P. 7.

²¹ Maleina M.N. *Personal non-property rights of citizens: Concept, implementation and protection.* PhD thesis. Moscow, 1971.

²² Tanayev V.M. *Right to die // Vestnik (Herald) of the State University. Ser.: Law.* Ekaterinburg. 1999. № 1. P.39

right to life, but it would be incorrect to identify them, for in such a case the essence of the right to life itself is lost.

T.M. Fomichenko considers the right to inviolability of life and the right to freely dispose of it as constituent elements of the right to life²³. The right to life also consists of several elements, according to N.V. Kalchenko: authority to inviolability of life, to control and preserve life²⁴. The scientist believes that the violation of the right to inviolability of life is the opposite to the legal powers under consideration. First, it may be an immediate threat to life caused by such encroachments as acts of terrorism, murders, etc., second, the threat to life may arise from the commission of offences and crimes, which endanger human life and may lead to death, for example, environmental crimes, criminal irregularities of working conditions and failure to provide proper medical care and so on.

In turn, the power to control life means voluntary endangerment of one's life. However, without an intention to end the life. It is known that every person is not immune from serious illness or accident. If, in such a situation, a person is unable on his own to eliminate the threat to his life, under the law, he has the right to seek assistance from persons engaged in such activities on a professional basis (health workers, firefighters, rescue teams, internal affairs, etc.). N.V. Kalchenko is therefore convinced that the third element of the right to life can be considered the right to life saving.

Modern development of medicine and biotechnology, from genetics and neurosciences to geriatrics and palliative medicine expanded the influence of the human being on his life, moving

²³ Capinus O.S. Euthanasia in the light of the right to life. M.: 2006. P. 174-175.

²⁴ Kalchenko N.V. Right to life. Volgograd, 2003. P. 90.

life from a previously natural legal category to a form of culture. Right to life concepts are still struggling with the changing status of human and other life forms. Austrian scientist Stefan Kirste believes that there are three approaches that attempt to answer the question of the content of the right to life today: naturalist theories that regard the right to life as the protection of natural rights and the human interest in life, or in other words simply to apply the biological concept of life; procedural theories that understand the right to life as a form of mutual recognition, and what some authors call the “cultural approach” which defines the concept of the right to life on the basis of a common language or «intuition»²⁵.

Many researchers of the right to life strongly advocate a naturalistic concept of life. The Federal Constitutional Court of Germany, for example, regards the right to life as “vital basis of human dignity” and the necessary condition for the existence of other fundamental rights. Others suggest that life is just a natural condition of human existence, or consider «physical existence of a person as a condition of his spiritual existence».

Having analyzed the various points of view, we found that the right to life can be defined as a fundamental personal, non-pecuniary natural good of the highest level, which is protected by a positive law from conception to permanent brain death, expressed in the natural maintenance of the physiological and social functions constituting the vital functions.

The understanding of the right to life is:

1. The right to life preservation;

²⁵ Stephan Kirste. The Right to life as a Right to Self-Determination about one’s life. Universitat Salzburg. P.19. Pp. 19-43.

2. The right to security of person;
3. The right to health protection;
4. Right to control life.

The right to life must be guaranteed by the State and the law. Its essence is the right of every individual to refrain from acts that infringe upon human life.

The right to security of person includes both physical and mental aspects. It includes the right to refuse medical care, the right to participate in and refuse medical experiments and consent to the removal of organs and tissues for transplantation and the right to modify biological gender is linked to the physical integrity right.

Thus, modern legal science must answer the question of what is the right to health and what are the specific responsibilities of the individual and State in the exercise of this right. The case of civil claims in Austria may set a precedent that many State legislators, as well as judicial bodies, should further elaborate.

The COVID-19 pandemic is unique in this sense as it affects the development of the law of all world countries, regardless of region and well-being, as well as, in the opinion of the authors, influences the adoption of new international legal instruments in this sector.

REFERENCES AND LITERATURE:

1. Universal Declaration of Human Rights (adopted by General Assembly resolution №217A(III) of 10.12.1948) [Electronic resource] // URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/childcon.shtml;
2. United Nations Millennium Declaration (adopted by the General Assembly resolution №55/2 of 08.09.2000) [Electronic resource] // URL:

https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/summitdecl.shtml;

3. European Social Charter of 03.05.1996 [Electronic resource] // URL: <https://www.coe.int/ru/web/moscow/evropejskaa-social-naa-hartia>;

4. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. 14. The right to the highest attainable standard of health (22nd session, 2000) [Electronic resource] // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/36/PDF/G0043936.pdf?OpenElement>;

5. Convention on the Rights of the Child (adopted by General Assembly Resolution No. 44/25 of 20.11.1989) [Electronic resource] // URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/childcon.shtml;

6. Convention of the Commonwealth of Independent States on Human Rights and Fundamental Freedoms (concluded in Minsk, May 26, 1995) (together with “Provision on the Commission on Human Rights of the Commonwealth of Independent States,” approved on September 24, 1993. 24.09.1993) [Electronic resource] // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_6966/;

7. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted by the General Assembly resolution №2200A(XXI) of 16.12.1966) [Electronic resource] // URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pactecon.shtml;

8. Human Rights in the Age of COVID-19. Lessons from the HIV Epidemic: Responding Effectively to the Community. Joint United Nations Programme on HIV/AIDS. 2020 [Electronic resource] // URL: https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/human-rights-and-covid-19_ru.pdf;

9. African Charter on Human and Peoples’ Rights [Electronic resource] // URL: <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49>;

10. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Collection_Convention_1950_ENG.pdf

11. Coronavirus Pandemic (COVID-19) – the data [Electronic resource] // URL: <https://ourworldindata.org/coronavirus-data>;

12. COVID-19 situation update for the EU/EEA [Electronic resource] // URL: <https://www.ecdc.europa.eu/en/cases-2019-ncov-eueea>;

13. European Health Committee (Council of Europe) [Electronic resource] // URL: https://www.coe.int/t/dg3/health/cdsp_EN.asp;
14. Pandemic emergency purchase programme (PEPP) ECB [Electronic resource] // URL: <https://www.ecb.europa.eu/mopo/implement/pepp/html/index.en.html>;
15. Regulation (EC) №593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) [Electronic resource] // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32008R0593>;
16. Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Epidemiegesetz 1950, Fassung vom 11.10.2021 [Electronic resource] // URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10010265>;
17. Verbraucherschutzverein. Ischgl und die Folgen [Electronic resource] // URL: <https://www.verbraucherschutzverein.eu/ischgl/#TextLang>.
18. COVID-19 health crisis https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Covid_ENG.pdf // URL: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Covid_ENG.pdf
19. Yastrebova A.Yu., Gulyaeva E.E. Right to Health in the International Legal System of Human Rights at the Universal and Regional Levels. *Moscow Journal of International Law*. 2021;(2):99-121. (In Russ.) <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2021-2-99-121>
20. Pishchita A.N., Stetsenko S.G. Medical Law. Special Part. Moscow. 2005. P. 7.
21. Maleina M.N. Personal non-property rights of citizens: Concept, implementation and protection. PhD thesis. Moscow, 1971.
22. Tanayev V.M. Right to die // Vestnik (Herald) of the State University. Ser.: Law. Ekaterinburg. 1999. № 1. P.39
23. Capinus O.S. Euthanasia in the light of the right to life. M.: 2006. P. 174-175.
24. Kalchenko N.V. Right to life. Volgograd, 2003. P. 90.
25. Stephan Kirste. The Right to life as a Right to Self-Determination about one's life. Universitat Salzburg. P.19. Pp. 19-43.

3

DOMAIN NAME DISPUTE RESOLUTION IN TRANSNATIONAL LEVEL

Eleftheria (Ria) Papadimitriou

Post-Doctoral Researcher at the Law School of Aristotle University of Thessaloniki, Greece in AI and privacy law, riapapadimitriou@gmail.com. Lawyer, Mediator, Trainer, ODR System Designer. Founder and General Director of startADR. The views expressed reflect solely the author's views. Errors and omissions, if any, belong solely to the author.

ABSTRACT

Domain names play a pivotal role in the digital era, especially when it comes to ecommerce. In many cases, domain names are used as trademarks or correspond to already registered trademarks. However, domain names' legal nature is more than unclear in many legal orders around the globe. The tension between domain names and trademarks is apparent as cybersquatting violations are on the rise each year. The paper is attempting to address the legal nature of domain names and illustrate the cybersquatting phenomenon through WIPO's relevant cases and the application of the "three step" test. Domain names' dispute resolution systems are described with reference to WIPO's rules and procedures, namely the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) and the Uniform Rapid Suspension System (URS). Finally, the role of alternative dispute resolution (ADR) in domain names is evaluated.

KEYWORDS: Domain names, trademarks, cybersquatting, UDRP, URS, ADR, dispute resolution, WIPO, ICANN.

Received on: 17.11.2021

Accepted on: 01.12.2021

I INTRODUCTION

Domain names have become through the years an integral part of our virtual presence at the Internet. This applies not only to businesses but also to natural persons as well. However, the role domain names play in the field of ecommerce, is more than pivotal. In many cases, domain names act as business identifiers or even trademarks. In this light, intellectual property rights and unfair competition issues may arise.

Due to the rapid development of the internet and exponential growth of ecommerce, the disputes emerging in this field are proliferating. Courts may not be always the best way to resolve such disputes where time and effectiveness is of essence. Legal issues with respect to the applicable law or recognition and enforcement of court decisions act as deterring factors when recourse to national courts is sought.

This paper shall address the legal nature of domain names and the relationship between the latter and trademarks, namely by reference to the “cybersquatting” phenomenon. Analysis of WIPO’s Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) Rules and Procedure and the Uniform Rapid Suspension system (URS) shall follow. Finally, there shall be a brief mention to alternative dispute resolution (ADR) in domain names and its benefits.

II TECHNICAL ISSUES AND DESCRIPTION OF THE DOMAIN NAME SYSTEM ORGANIZATION

a. A domain name is an alphanumeric address of a computer on the Internet, which enables a user to locate an Internet site without having to resort to its numerical IP (Internet Protocol) address¹. A domain name is actually an address. However, it is true that on the Internet, a company's "address" may raise a level of expectation as to the quality and the origin of the goods offered or the information provided in connection with that address².

b. Up until recently there were two categories of Top Level Domain names (TLDs). On the one hand is the Country Code Top Level Domain Names (ccTLDs), such as .uk for the United kingdom, .de for Germany, or .fr for France and on the other hand the Generic Top Level Domain Names (gTLDs). Two letter domains, such as .jp for Japan for example, are called country code top-level domains (ccTLDs) and correspond to a country, territory, or other geographic location. The rules and policies for registering ccTLDs vary significantly and a number of ccTLDs are reserved for use by citizens of the corresponding country³. With regard to gTLDs, the first introduced were .com, .org, .net, and followed .edu, .gov, .mil and .int. Thus, in 2000 ICANN introduced seven new gTLDs in order to meet the needs of the high demand for domain name addresses. The new gTLDs made

¹ See WIPO, Intellectual Property on the Internet: A Survey of Issues, December 2002, available at https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/856/wipo_pub_856.pdf, last accessed on September 10, 2021.

² See *Charlotte Waelde*, Domain names and trademarks: what's in a name?, Oxford: Hart 1997, p. 63.

³ See at <http://www.icann.org/en/about/learning/faqs>, last accessed on September 10, 2021.

available were .aero (for the aeronautical industry)⁴, .biz (for business activities)⁵, .coop (for accredited cooperatives)⁶, .info (for various activities)⁷, .museum (for museums)⁸, .name (for personal names)⁹, and .pro (for professional entities)¹⁰.

In June 2011 the ICANN approved the new gTLD Program which would allow for the first time the addition of International Domain Names (IDNs) into the root zone, and would enable internet users to access domain names in their own language¹¹. This brought significantly changes to the global DNS landscape and has already raised the awareness of many stakeholders, including WIPO and the International Trademark Association (INTA), supporting that “introduction of New gTLDs should be deliberate and should effectively address the widely recognized potential increase of online trademark abuse and consumer confusion”¹².

⁴ See the .aero registration service site at <http://www.sita.aero/>.

⁵ See the .biz registration service at <http://www.neustar.biz/>.

⁶ See the .coop registration service at <http://www.cooperative.org/>.

⁷ See the .info registration service at <http://www.afilias.info/>.

⁸ See the .museum registration service at <http://musedoma.museum/>.

⁹ See the .name registration service at http://www.verisigninc.com/en_US/products-and-services/domain-names/name/index.xhtml.

¹⁰ See the .pro registration service at <http://www.registry.pro/>.

¹¹ See at <http://www.icann.org/en/resources/idn>, last accessed on September 10, 2021. Initially, the Root Zone was limited to a set of characters conforming to US-ASCII (American Standard Code for Information Interchange) or “Latin” alphabets. This changed with the introduction of Internationalized Domain Names (IDNs), which introduced top-level domains (TLDs) in different scripts and enabled Internet users to access domain names in their own language.

¹² See at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/newgtld/#2>, last accessed on September 10, 2021. The first step to that direction was taken in early 2010 when ICANN approved a phased introduction of Internationalized Domain Names (IDNs), i.e., domain names in local language characters such as Arabic (عربي), Chinese (中文), or Cyrillic (Цыриллиц).

III THE LEGAL NATURE OF DOMAIN NAMES

Domain names' original function was to serve as Internet site locators on the World Wide Web. Gradually, a second function was added, that is as identifiers of businesses on the Internet. At the early stages of the evolution of domain names businesses tended to register domain names which corresponded to their trademark or service mark in their attempt to familiarize the consumers with their goods or services on the internet.

Nowadays, domain names tend to be used more for their function as business identifiers, playing the role that trademarks serve on the real world. The question that inevitably rises refers to the legal treatment we want to reserve for domain names. Can we equalize them with an intellectual property right especially when the domain name registration is based on the first come, first served basis? Could we grant to domain names the protection of intellectual property law or treat them as quasi-property? Or could we even think domain names as another form of trademarks and protect the domain name registrants as trademark owners?

In international level the registration of marks is regulated by the Madrid Agreement while under the UK law, trademark protection is granted under the Trade Mark Act 1994. Under the latter a trademark is defined as *“any sign capable of being represented graphically which is capable of distinguishing goods or services of one undertaking from those of other undertakings and may consist of words (including personal names), designs, letters, numerals or the sale of goods or their packaging”*¹³.

¹³ See Trade Mark Act 1994, section 1(1). The Act was introduced to comply with the European Trade Mark Directive 89/104/EC, OJ 1989 L 40/1.

Taking as point of departure the abovementioned definition of trademarks, we could even attempt to characterize domain names as “signs represented graphically on the Internet” and therefore to grant them the protection of trademarks, treating them legally as such. That would be a novel approach, thus it could be a successful attempt to protect domain names under trademark law, in which case the intricacies of the new medium of expression i.e. the Internet, should be seriously taken under consideration.

Nevertheless, there are other views arguing that the existence of property rights in domain names are imperative in the attempt to create more globally equitable domain system. Others, on the other hand, are in favor of treating domain names as legal property in a transactional context¹⁴.

IV THE TENSION BETWEEN DOMAIN NAMES AND TRADEMARKS

a. The cybersquatting phenomenon

As from the early 90s businesses started to incorporate into their registered domain names their company’s name or trademark in order to facilitate the location of their business on the Internet. The opportunists who had already foreseen this trend took advantage of that fact establishing their own profitable practice. Through the years to come a new phenomenon arose, that is cybersquatting. The last refers to the practice of registering one or more domain names with the intention of selling them for a profit to someone who has a particular interest in the domain

¹⁴ See *Jacqueline D. Lipton*, *Beyond Cybersquatting: Taking Domain Name Disputes Past Trademark Policy*, *Wake Forest Law Review*, Vol. 40, No. 4, 2005, also available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=770246, p.5 with references to other views.

name, most obviously the holder of a registered trademark corresponding to a name¹⁵.

It is generally accepted that cybersquatting as a practice embodies an act of immorality or an act in mala fides. However, some attribute illegality to its nature as well. It has been supported that cybersquatting is as much illegal as a blackmail as it refers to a non-productive behavior aimed at extracting money, a form of preferring one's self over others rather than respecting their equality¹⁶.

The most common type of cybersquatting is when the registrant of a domain name registers a domain name based on a trademark owned by someone else and attempt to sell it to the latter to gain profit. This type of cyber squatters are known as "classic" cyber squatters. There are two other types of cyber squatters, the "cyber pirates" and the "typo squatters". The first engage in the tactic of incorporating marks in their domain names to attract traffic and divert users from their indented destination, making in that way profits from the inadvertent "hits" on their websites and from online advertisement¹⁷. On the other hand, "typo squatters", register domain names which incorporate marks in a few variations, usually misspelled or incomplete, relying basically on typing errors. Since they achieve to divert

¹⁵ Ibid. note 14.

¹⁶ See *Wendy J. Gordon*, chapter 28: Intellectual Property, Boston University School of Law, Working Paper Series, Law and Economics Working Paper, N. 03-10, Chapter 28 of THE OXFORD HANDBOOK OF LEGAL STUDIES, Oxford University Press, edited by Peter Can and Mark Tushnet (October 2003).

¹⁷ See *Efroni, Zohar*, Names as Domains, Names as Marks: Issues Concerning the Interface Between Internet Domain Names and Trademark Rights. INTELLECTUAL PROPERTY AND INFORMATION WEALTH: ISSUES AND PRACTICES IN THE DIGITAL AGE, Peter K. Yu, ed., Praeger Publishers, 2007, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=957750.

users to their sites, then they lock the users in so-called “mouse traps”, causing them to view advertisements¹⁸.

b. The most famous Court case in which cybersquatting was first presented as legal term was *Panavision International LP v. Toeppen* (1998). In this case, the court was primarily asked to interpret the Federal Trademark Dilution Act as it applied to the Internet. The Court found that Toeppen “*was engaged in a scheme to register Panavision’s trademarks as his own domain names on the Internet and then to extort money from Panavision by trading on the value of those names*”¹⁹. In fact, the court rejected Toeppen’s premise that a domain name is nothing more than an address, referring to the significant purpose of a domain name, that is to identify the entity that owns the web site as a customer, who is unsure about a company’s domain name, will often guess that the domain name is also the company’s name²⁰.

Another relevant case is *Marks & Spencer plc. vs One in a Million Ltd [1998] FSR 265*, where five actions were brought by well-known organizations, each of which had substantial goodwill against the defendant which was a dealer in internet domain names. The latter had registered names such as ‘bt.org’, ‘sainsbury.com’ and ‘marksandspencer.co.uk’. The defendant wrote to the organizations offering to sell the domain names. The Judge considered that threats of passing off and trade mark infringement were made out and he granted injunctions ordering the defendant to transfer the domain names to the claimants. Even though the domain names had not been used,

¹⁸ Ibid. note 17.

¹⁹ See Case *Panavision International LP v Toeppen* (1998), available at <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1286135.html>.

²⁰ See *D. Rowland and E. Macdonald*, *Information Technology Law*, Cavendish Publishing Limited (2nd ed. 2000), p. 529.

the Judge thought the defendant was guilty of passing off by being in possession of instruments of fraud²¹.

In another cybersquatting case, the first case dealing with that matter in the UK, in the *Harrods plc v UK Network Services Ltd*, the Court referring by analogy to the case of *Glaxo plc v Glaxowellcome Ltd*, accepted the principle that the law relating to trademarks and passing off can also be applied to domain names. In that case, Harrods sued for trademark infringement, passing off and conspiracy on the grounds that the domain name “Harrods.com” was registered but not used by unrelated third parties with the intention of selling the name to Harrods at an inflated price²².

c. The new phenomenon of cybersquatting brought on the surface also the need for the adoption of a new legislation regime. In the United States, the Federal Dilution Act provided a remedy for holders of “famous” marks against those who used the same or similar marks in ways that might “dilute” the strength of the mark. That could occur by “blurring,” which causes the mark to lose its distinctive quality or by “tarnishment,” which associates undesirable qualities with the mark. Nevertheless, under the Dilution Act the liability could incur even in cases where there was no likelihood of confusion by the consumers due to the diluting use²³. However, the fact that there was no likelihood of confusion required under the Dilution Act, could not address effectively the problem when trademark infringements were related to domain names.

²¹ See *David I. Bainbridge*, Introduction to Information Technology Law, Pearson Education Limited, 6th edition (2008).

²² See *Charlotte Waelde*, Domain names and trademarks: what’s in a name?, Oxford: Hart 1997, p. 63.

²³ See *Aaron Schwabach*, Intellectual Property, A Reference Handbook, ABC-CLIO, Inc. (2007), p. 11.

The Anti-Cybersquatting Consumer Protection Act came to address the problem, taking into account these issues. According to ACPA, a person shall be liable to the owner of a mark, if he registers, traffics in or uses a domain name in bad faith and if the domain name is identical or confusingly similar to the mark²⁴. ACPA provides as available remedies the forfeiture, the cancellation or the transfer of the domain name, by court order, to the owner of the relevant trademark²⁵.

V DOMAIN NAME DISPUTE RESOLUTION SYSTEMS

A. Authorities

a. ICANN

The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) is a non-profit organization incorporated under the laws of the State of California of the United States of America. ICANN has the authorization under US law to coordinate the Internet Assigned Numbers Authority (IANA²⁶) functions. The IANA's functions are key technical services critical to the continued operations of the Internet's underlying address book, i.e. the Domain Name System (DNS). These functions include: 1) the coordination of the assignment of technical protocol parameters including the management of the address and routing

²⁴ See 15 U.S.C. § 1125(d), also available at <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/US-CODE-2010-title15/pdf/USCODE-2010-title15-chap22-subchapIII-sec1125.pdf>.

²⁵ See 15 U.S.C. § 1125(d)(1)(C).

²⁶ See at <http://www.iana.org/domains/root>. IANA is responsible for the management of the DNS root zone. This role means assigning the operators of top-level domains, such as .uk and .com, and maintaining their technical and administrative details, last accessed on September 10, 2021.

parameter area (ARPA) top-level domain, 2) the administration of certain responsibilities associated with Internet DNS root zone management such as generic (gTLD) and country code (ccTLD) Top-Level Domains, the allocation of Internet numbering resources and 4) other services²⁷.

b. Accredited Providers

ICANN maintains a list of Approved Dispute Resolution Service Providers (the Providers), where a complainant can submit the dispute for resolution. In this case, the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) and the Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (the “Rules”) apply. Accredited by ICANN Providers are the Asian Domain Name Dispute Resolution Center (ADNDRC), the National Arbitration Forum (FORUM), the World Intellectual Property Organization (WIPO), the Czech Arbitration Court Arbitration Center for Internet Disputes (CACACID), Arab Center for Domain Name Dispute Resolution (ACDR) and the Canadian International Internet Dispute Resolution Center (CIIDRC)²⁸.

Each Provider has the discretion and responsibility to maintain its own supplemental rules. The latter have to be consistent with the UDRP or the Policy Rules and provide information about the procedure such as the fees, word and page limits for the complaint, guidelines, file size and format modalities, the means for communicating with the Provider and the Panel and the form of cover

²⁷ See at <http://www.icann.org/en/about/welcome>, last accessed on September 10, 2021.

²⁸ See <https://www.icann.org/resources/pages/providers-6d-2012-02-25-en>, where former Providers are listed such as CPR: International Institute for Conflict Prevention and Resolution and eResolution, last accessed on September 10, 2021.

sheets²⁹. The consistency of the supplemental rules adopted by each Provider with UDRP and the Rules, is reviewed by ICANN prior to the Provider's approval. Additionally, the Providers' supplemental rules have to be consistent and not contravene with the Uniform Rapid Suspension System (URS), that has been established by the New gTLD Program. The URS applies the URS Rules that complement the UDRP and offer a lower cost and a faster way for the resolution of domain name disputes³⁰.

In 2010, ICANN addressed the issue of the uniformity in the application of UDRP by the respected Providers. ICANN undertook a review on this matter. The outcome of this review, having the form of a memo – status report, was published by ICANN in July 2003. One of the requests ICANN had received, concerned the implementation of a contract across Providers that will require uniformity in proceedings. ICANN ended up with the view that such a contract could only be implemented for the UDRP (as URS is not based on a policy). However, it would be a “cumbersome tool”, as imposing a contractual relationship, could actually make it more difficult for ICANN to take corrective actions in case of a UDRP violation by the Provider³¹.

Another issue that has been raised was the potential of “forum shopping” of Providers by the complainants, in their effort to enjoy preferential treatment in their dispute. ICANN's view on the matter was that the provided choice of more than one available Providers is primarily set forth to cover issues of

²⁹ See Rules for Uniform Domain Name Disputes Resolution Policy (“the Rules”), available at <http://www.icann.org/en/help/dndr/udrp/rules>, September 10, 2021.

³⁰ See at <https://newgtlds.icann.org/en/applicants/urs>, last accessed on September 10, 2021.

³¹ UDRP Providers and Uniformity of Process – Status Report, July 2013, available at <https://www.icann.org/en/system/files/files/uniformity-process-19jul13-en.pdf>, last accessed on September 10, 2021.

geography and language. As long as the Providers abide by the standards set by ICANN and adhere to the UDRP and the Rules, there will be no need for ICANN to take corrective action. In the opposite case and upon complaint on non – compliance of the UDRP Provider to the UDRP and the Rules, ICANN will ask the Provider to provide remedy acting in conformity with the UDRP. If the Provider refuse to conform, ICANN reserves its right to revoke this Provider’s approval³².

B. Rules and Procedures

a. The Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP)

In August 1999 the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (“ICANN”), adopted a Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (the “Policy”), which included a set of terms and conditions regulating the disputes between domain name registrants and trademark owners. One of the leading organizations offering dispute settlement mechanisms under these rules is the World Intellectual Property Organization (“WIPO”) in Geneva as from 1999 through its established Arbitration and Mediation Center. Only In 2010, trademark holders filed 2,696 cybersquatting cases covering 4,370 domain names with the WIPO Arbitration and Mediation Center (WIPO Center) under procedures based on the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP). That was an increase of 28% over the 2009 level and of 16% over the previous record year, i.e. 2008.

In the United States, equivalent protection provides the Anti-Cybersquatting Consumer Protection Act (“ACPA”). Both

³² See *ibid.* note 27.

ACPA provisions and UDRP Rules at a more global level, deal effectively with the protection of trademark interests with regard to cybersquatting practices. However, their scope does not extend to cases where there is actually a clash of two different, still equal legitimate, commercial interests of identical or similar domain names corresponding to identical or similar trademarks.

b. Applicability of UDRP

The UDRP serves as the legal framework for the resolution of disputes between a domain name registrant and a third party other than the registrar. It covers the abusive registration and use of an Internet domain name both in the gTLDs and the ccTLDs that have adopted the UDRP on a voluntary basis³³.

Under the UDRP, domain name disputes related to trademark infringements, must be resolved by agreement, court action, arbitration or an expedited administrative proceeding, before a registrar will cancel, suspend or transfer a domain name³⁴. However, article 4 of the UDRP provides that certain disputes are submitted to a mandatory administrative proceeding, which is conducted before an ICANN accredited dispute resolution service Provider. Disputes that fall into the scope of the abovementioned provision are disputes arising in the following cases: a) When a domain name is identical or confusingly similar to a trademark or service mark in which the complainant has rights and³⁵ b) the domain name registrant has no rights or legitimate interests in respect of the domain name

³³ See at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/guide/#a>, last accessed on September 10, 2021.

³⁴ See at <http://www.icann.org/en/help/dndr/udrp>, last accessed on September 10, 2021.

³⁵ UDRP, art. 4(a)i, available at <http://www.icann.org/en/help/dndr/udrp/policy>.

registered and³⁶ 3) the domain name has been registered and is being used in bad faith³⁷.

Thus, it needs to be mentioned, that all involved parties reserve their right to submit their dispute to the competent court for independent resolution before or even after the commencement or conclusion of the mandatory administrative proceedings³⁸. Access to justice is, therefore, not denied.

c. The three step test

1) Identical or confusingly similar domain name

The first requirement to be met for the application of the UDRP Rules is the domain name to be identical or confusingly similar to a trademark or a service mark in which the complainant has rights³⁹. If the complainant owns a trademark it is generally satisfied the threshold of having trademark rights. The owned trademark is taken as point of departure for the similarity test with regard to the registered domain name.

The similarity of the domain name to the owned trademark is decided on a case-by-case basis. In the case *RapidShare AG, Christian Schmid v. N/A Maxim Tvortsov*⁴⁰, the panelist concluded that the fact the domain name shared the word “rapid” with the complainant’s marks was insufficient for finding a confusion of similarity. The panel based its judgement on the grounds that, the word “rapid” is a common word in the English language that can be used or is already in use by thousands of business names

³⁶ UDRP, art. 4(a)ii.

³⁷ UDRP, art. 4(a)iii.

³⁸ UDRP, art. 4(k).

³⁹ Clause 4(a)(i), UDRP.

⁴⁰ See case *RapidShare AG, Christian Schmid v. N/A Maxim Tvortsov*, WIPO Case No. D2010-0696, available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/text/2010/d2010-0696.html>.

globally in order to convey the impression that the respective business provides fast services⁴¹.

On the other hand, in another case involving the same complainant against an individual located in India⁴², the respondent's registered domain name "rapidpiracy.com" was found to be confusingly similar to the complainant's registered trademark. In this case, the transfer of the domain name was ordered. It has to be mentioned, that the panel applied the "similarity test", stressing however, the fact that the confusing similarity is a low threshold test. It involves a simple comparison of the mark relied upon with the domain name at issue, while the geographical location of that mark is not important and normally neither is the degree of fame or reputation that a registered mark has achieved⁴³.

In the case *Dixons Group PLC v. Mr Abu Abdullaah*, as to the similarity test, the panel focused on the question of whether a sign used is identical to a registered mark where the registered mark is presented but with added matter. The complainant was the Dixons Group, which owns the well-known Dixons' trademark registered in the UK for the supply of photographic and electrical products and associated services. The respondent's registered domain name was "dixons-online.com". The panel considered the added matters whether rendered the sign that different from the registered mark as to distinguish it from the mark. The panel found that the adoption of the complainants name in the domain name is likely to lead people to believe

⁴¹ Ibid. 41.

⁴² See case *RapidShare AG and Christian Schmid v. majeed randi*, Wipo Case NO. D2010-1089, available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=D2010-1089>.

⁴³ Ibid. 42.

that the complainant is connected with it. The ruling was in favor of the complainant and ordered the transfer of the domain name⁴⁴.

Additionally, when a domain name contains a common or obvious misspelling of a trademark and the misspelled trademark remains the dominant or principal component of the domain name, then the similarity test is passed⁴⁵. This practice have been characterized as “typosquatting”. Therefore, “typosquatting” is when a domain name is purposefully misspelled, creating in this way a virtually identical and/or confusingly similar mark to the trademark infringed⁴⁶.

Thera are, nevertheless, WIPO Panels that require additionally to the confusing similarity element, an existing risk. This risk refers to the Internet users that may actually believe there is a real connection between the domain name and the complainant and/or its goods and services. It is of importance to stress out that the applicable top-level suffix in the domain name (e.g., “.com”) is usually disregarded under the confusing similarity test (as it is a technical requirement of registration), except in certain cases where the applicable top-level suffix may itself form part of the relevant trademark⁴⁷.

⁴⁴ See case *Dixons Group Plc v. Mr Abu Abdullaah*, WIPO case No. D2000-1406, available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-1406.html>.

⁴⁵ See WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Second Edition (“WIPO Overview 2.0”), 1.10, available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview2.0/#110>.

⁴⁶ See case *Wachovia Corporation v. Peter Carrington*, WIPO case No. D2002-0775, available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2002/d2002-0775.html>.

⁴⁷ See WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Second Edition (“WIPO Overview 2.0”), 1.2, available at [wipo.int/amc/en/domains/search/overview2.0/index.html#11](http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview2.0/index.html#11).

Finally, a question raised concerning the trademark owner is whether the use of internet can satisfy the trademark prior use, especially when trademark protection depends in some countries on the prior use of the mark in that country. It seems that use of a trademark on the Internet may qualify as “genuine use” for the purposes of use requirements, as long as the trademark owner shows that its trademark was actually present in the respective market, by proving for example actual sales or other commercially motivated relationships with customers in a country⁴⁸.

2) Absence of rights or legitimate interests

The second requirement to be met is for the respondent not to hold rights or legitimate interests in respect of the disputed domain name⁴⁹. The burden of proof lies with the complainant as to the existence of right or legitimate interest by the respondent, while the latter has to provide all the relevant evidence as to avail himself of the allegations⁵⁰.

On that matter, the UDRP Rules provide with a helpful guidance on how to demonstrate rights and legitimate interest over a domain name. Reference is made to certain, still indicative, circumstances: a) if the respondent, without prior notice, has used or made demonstrable preparations to use the domain name or the name corresponding to the domain name in good faith, offering goods or services⁵¹, or b) if the respondent as natural or legal person or

⁴⁸ See WIPO Document, Intellectual Property on the Internet: A survey of issues, WIPO/INT/2002, p. 70 with referral to the WIPO document SCT/3/2(1999), which includes summary of Responses of 36 States, replied to WIPO Questionnaire.

⁴⁹ UDRP art. 4(a)(ii).

⁵⁰ See WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Second Edition (“WIPO Overview 2.0”), 2.1, available at wipo.int/amc/en/domains/search/overview2.0/index.html#11.

⁵¹ UDRP art. 4(c)(i).

even organization, has been commonly known by the domain name despite not having acquired trademark or service rights⁵², or c) if he is making a legitimate noncommercial or fair use of the domain name, without intent for commercial gain to misleadingly divert consumers or to tarnish the trademark or service mark at issue⁵³.

As far as the burden of proof is concerned, it is recognized by the panels that the complainant is only required to make out a prima facie case that the respondent lacks rights or legitimate interests. In this way, there is a shift on the burden of proof to the respondent, who in his turn have to come forward with appropriate allegations or evidence and demonstrate rights or legitimate interests in the domain name⁵⁴. In the case *Croatia Airlines d.d. v. Modern Internet Ltd*, the panel found that the complainant had satisfied the requirement of paragraph 4(a)ii of the UDRP, by making a prima facie showing that the respondent lacked rights or legitimate interests in the mark and ordered the transfer of the domain name “croatiaairlines.com” to the complainant⁵⁵.

A thorny issue that has emerged with regard to the rights or legitimate interests of the domain name registrant concerns domain names that are comprised of a dictionary word. In these cases, apart from the rights or the legitimate interests of the respondent, the panel focuses on other factors as well. A factor assessed is whether the respondent has registered other domain names containing dictionary words or phrases and whether the domain name is used in connection with a purpose relating to

⁵² UDRP art. 4(c)ii.

⁵³ UDRP art. 4(c)iii.

⁵⁴ See WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Second Edition (“WIPO Overview 2.0”), 2.1, available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview2.0/#21>.

⁵⁵ See case *Croatia Airlines d.d. v. Modern Internet Ltd*, WIPO case No. D2003-0455, available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2003/d2003-0455.html>.

its generic or descriptive meaning. Panels have recognized that mere registration of a domain name, even one that is comprised of a confirmed dictionary word or phrase, may not of itself confer rights or legitimate interests in the domain name. On the contrary, the domain name has to be genuinely used or at least demonstrably intended for such use in connection with the relied upon meaning⁵⁶.

In the case *Allocation Network GmbH v. Steve Gregory*, the panel denied the transfer of the domain name “allocation.com” to the complainant in the failure of the latter to prove that the respondent lacked of right or legitimate interests to the registered domain name. The panel found that the registration of descriptive or generic terms as a domain name is possible under the .com TLD and that in principle such a practice may constitute use of the domain name in connection with a bona fide offering of goods or services (e.g. the sale of the domain name itself)⁵⁷.

Hence, when a domain name is used to post parking and landing pages or PPC links, does not in principle by itself confer rights or legitimate interests arising from a “bona fide offering of goods or services”, whereas that could be permissible under specific circumstance. It has been found by the panels that this is permissible when the domain name, consisting of dictionary or common words or phrases, support posted PPC links genuinely related to the generic meaning of the domain name at issue. However, there has to be no capitalization on trademark value

⁵⁶ See WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Second Edition (“WIPO Overview 2.0”), 2.2, available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview2.0/#21>.

⁵⁷ See case *Allocation Network GmbH v. Steve Gregory*, WIPO case No. D2000-0016, available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0016.html>.

(a result that PPC page operators can archive by suppressing PPC advertising related to the trademark value of the word or phrase)⁵⁸.

The above issue was a difficult one for the panel to solve in the case *Trade Me Limited v. Vertical Axis Inc*, where the respondent had registered the domain name “trademe.com”, while the complainant had a registered trademark of the words “trade me”. The panel was of the opinion that the majority of parked domain monetization sites, rely on a misleading diversion of consumers to a target different from the one that they intend to reach. Thus, a respondent may have a right to register and use a domain name to attract Internet traffic based on the appeal of a commonly used descriptive phrase, even where the domain name is identical or confusingly similar to the trademark of a complainant, provided it has not been registered with the complainant’s trademark in mind⁵⁹. In this case, the domain name is deemed to be registered in good faith and this may establish a legitimate interest.

3) Registration in bad faith

The UDRP goes one step further and provide for a list of indicative circumstances which constitute evidence that a domain name was registered and used in bad faith. These circumstances are the following: a) when circumstances indicate

⁵⁸ See WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Second Edition (“WIPO Overview 2.0”), 2.6, available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview2.0/#26>.

⁵⁹ See case *Trade Me Limited v. Vertical Axis Inc*, WIPO case No. D2009-0093, available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0093.html>. In this case, the panel denied the complaint but eventually not for the reason of lack of legitimate interests but due to the fact that the complainant failed to prove that the respondent acted in bad faith.

that the registrant has registered or has acquired the domain name primarily for the purpose of selling, renting, or otherwise transferring the domain name registration to the complainant who is the owner of the trademark or service mark or to a competitor of that complainant, for valuable consideration in excess of his documented out-of-pocket costs directly related to the domain name⁶⁰, or b) when the registrant has registered the domain name in order to prevent the owner of the trademark or service mark from reflecting the mark in a corresponding domain name, provided that he has engaged in a pattern of such conduct⁶¹, or c) when the registrant has registered the domain name primarily for the purpose of disrupting the business of a competitor⁶², or d) when the registrant, by using the domain name, has intentionally attempted to attract, for commercial gain, Internet users to his website or other on-line location, by creating a likelihood of confusion with the complainant's mark as to the source, sponsorship, affiliation, or endorsement of his website or location or of a product or service on his web site or location⁶³.

A crucial fact a complainant has to bear in mind, is that in order to be successful in supporting his complaint, he will have to prove that his has already acquired and registered his trademark. Otherwise, it will be very difficult for him to prove that the respondent registered the domain name in dispute in bad faith. It is generally found by the panels that a domain name is registered by the respondent in bad faith when there is a first established (whether on a registered or unregistered basis)

⁶⁰ UDRP, art. 4(b)i.

⁶¹ UDRP, art. 4(b)ii.

⁶² UDRP, art. 4(b)iii.

⁶³ UDRP, art. 4(b)iv.

trademark by the complainant, as if not, the respondent could not have contemplated in bad faith a non-existent right⁶⁴.

Indeed, in the case *Digital Vision Ltd v. Advanced Chemill Systems*, with regard to the registered domain name “digitalvision.com”, the panel found that the domain name at issue, hence it was being used in bad faith, it was not registered in bad faith as well. The panel reached this decision based on the time of the registration of the domain name in comparison with the time of the registration of the complainant’s trademark. The first was registered in September 1997, while the complainant did not register his trademark until December 1997. As a result, the panel found it difficult to conceive of how the respondent could have known of the complainant at the time of the domain registration and therefore to have registered the domain name in bad faith⁶⁵. Under this reasoning, the panel denied the complaint.

In cases of passive holding of a domain name, that is when a domain name is registered but is not in use and the respondent has not engaged in action of selling or contacting the trademark owner, the bad faith criterion is examined by the panel ad hoc. Cumulative circumstances that may determine the respondent’s bad faith include the complainant having a well-known trademark, no response to the complainant having been filed and the registrant’s concealment of its identity⁶⁶.

⁶⁴ See WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Second Edition (“WIPO Overview 2.0”), 3.1, available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview2.0/#3>.

⁶⁵ See case *Digital Vision Ltd v. Advanced Chemill Systems*, WIPO case No. D2001-0827, available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-0827.html>.

⁶⁶ See WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Second Edition (“WIPO Overview 2.0”), 3.2, available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview2.0/#32>.

In the case *Intel Corporation v. The Pentium Group*, the panel found that the domain name “pentiumgroup.net” was registered by the respondent in bad faith due to the fact that the trademark “Pentium” is extremely well known internationally and the respondent had no plausible explanation for registering the specific domain name⁶⁷. It has to be clarified here that despite the respondent’s name (The Pentium Group), the complainant which is one of the leading companies in the world in the field of microprocessors and computers, has registered the trademark “PENTIUM”. The interesting in the decision was the fact that the panel acknowledged that the “click-through” or “pay per click” business model itself may be, under circumstances, legitimate. Nevertheless, in the specific case the panel ruled in favor of the complainant for the abovementioned reasons.

Finally, what is the role of the disclaimer on the web page of a disputed domain name? The panels have ruled on the matter that the existence of a disclaimer can not by itself cure the bad faith, when bad faith has been established by other factors⁶⁸. In the case *Este Lauder Inc. v. estelauder.com, esteauder.net and Jeff Hanna*⁶⁹, the panel found that the respondent’s disclaimers, frequently cited on its websites, does not cure the initial and illegitimate diversion attempted by the respondents. The respondent did not denied that the use of the domain name was to

⁶⁷ See case *Intel Corporation v. The Pentium Group*, WIPO case No. D2009-0273, available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0273.html>.

⁶⁸ See WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Second Edition (“WIPO Overview 2.0”), 3.5, available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview2.0/#32>.

⁶⁹ See case *Este Lauder Inc. v. estelauder.com, esteauder.net and Jeff Hanna*, WIPO case No. D2000-0869, available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0869.html>.

attract Internet users desirous of criticizing the complainant or its products, and therefore likely divert them from legitimate sites authorized by the complainant.

d. The available remedies and procedural issues

The only available remedy under the UDRP is the cancellation of the domain name or its transfer to the complainant. ICANN is bound by the respective Administrative Panel's decision on the transfer or the cancellation of the registration, thus there is a ten days period afforded to the complainant to produce documents of challenging the Administrative Panel's decision before the competent courts⁷⁰. In this case, ICANN suspend the implementation of the Administrative Panel's decision.

Decisions made under the UDRP does not operate under the strict doctrine of precedent, thus the panels' tendency is to be consistent with prior panel decisions which share similar fact situations, in their effort to promote the fair, effective and predictable application of UDRP⁷¹.

An issue that has arisen is whether a complainant has the right to refile by submitting a second complaint involving the same domain name and the same respondent when the panel has already reached a decision and denied the complaint. In this respect, the panels have found that a refiled case can only be accepted in limited circumstances. Such case could be when the complainant establishes in the complaint that relevant new actions have occurred since the original decision, or that a breach of natural

⁷⁰ UDRP, art. 4(k).

⁷¹ See WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Second Edition ("WIPO Overview 2.0"), 4.1., available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview2.0/#41>.

justice or of due process has occurred, or that there was other serious misconduct in the case, such as perjured evidence⁷².

In the case *Creo Products Inc. v. Website in Development*, the panel has set some rules for the determination of the admissibility of a refiled complaint. In the above case, the panel held that: a) The burden of establishing that the refiled complaint should be entertained under the UDRP rests on the refiling complainant. b) This burden is high. c) The grounds which allegedly justify entertaining the refiled complaint need to be clearly identified by the refiling complainant. d) The dispute resolution service provider with whom the refiled complaint has been filed has responsibility for determining if prima facie the refiling complainant has pleaded grounds which might justify entertaining the refiled complaint. Finally, e) where the dispute resolution service provider determines that prima facie, the refiling complainant has pleaded grounds which might justify entertaining the refiled complaint and that the other formal requirements of the Uniform Policy are satisfied, the refiled complaint should be submitted to an administrative panel, for determination whether the refiled complaint should be entertained and if so, to examine the merits of the claim under the Uniform Policy⁷³.

C. The Uniform Rapid Suspension system (URS)

The Uniform Rapid Suspension System is a rights' protection mechanism that complements the existing Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) by offering a lower-cost, faster

⁷² See WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Second Edition ("WIPO Overview 2.0"), 4.4., available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview2.0/#41>.

⁷³ See case *Creo Products Inc. v. Website in Development*, WIPO case No. D2000-1490, available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-1490.html>.

path to relief for right holders experiencing the most clear-cut cases of infringement⁷⁴. The first Provider appointed by ICANN for the URS was the National Arbitration Forum on 20 February 2013, the second was the Asian Domain Name Dispute Resolution Center on 19 April 2013 and the third was the MFSD Srl (MFSD) as the first URS provider based in Europe on 15 December 2015⁷⁵.

The URS Rules were originally published on 4 March 2013 and updated on 28 June 2013. They supplement the UDRP Rules on matters concerning the new gTLDs introduced in the root zone after 1 January 2013.

The question raised is why to introduce a new system for the new gTLDs and not rely on the safe harbor of UDRP and its Rules. The purpose of this expedited process was primarily to reduce the cost and the time in favor of the brand owners seeking to protect their trademarks, as well as to promote consumer protection on the Internet. In fact, the cost target for the implementation of URS was set to 300\$-500\$ as a fee per case⁷⁶. Nevertheless, among the original intentions of the Implementation Recommendation Team (IRT) which proposed this new system, was for the URS to address efficiently and cost – effectively only the most clear cut cases of abuse, without replacing other current options available, such as the UDRP or other litigation options, but rather acting complementary as a gap filler to the existing available remedies⁷⁷.

⁷⁴ See at <http://newgtlds.icann.org/en/applicants/urs>, last accessed on September 10, 2021.

⁷⁵ See at <https://newgtlds.icann.org/en/applicants/urs>, last accessed on September 10, 2021.

⁷⁶ See Discussion Paper on Uniform Rapid Suspension, available at <http://prague44.icann.org/node/31773>.

⁷⁷ See IRT Final Report on URS, available at <http://archive.icann.org/en/topics/new-gtlds/irt-final-report-trademark-protection-29may09-en.pdf>. The IRT considered

VI URS VS UDRP

The first new feature and differentiation from the UDRP is the replacement of the administrative panel by the examiner. Under the URS, the competent body to decide over the complaint filed is the examiner, who is the individual appointed by the Provider, in contrast with the URDP Rules, where the complaint is decided by an administrative panel appointed by the Provider. The panel may consist of one or three panelist according to the parties' choice, while under the URS Rules this choice is not afforded. The parties are bound by the decision of the sole appointed examiner.

Moreover, under the UDRP Rules, the appointed Panel is called to decide upon a complaint and to produce a binding, to the parties, decision. On the other hand, under the URS Rules, the examiner is called to produce a written determination, which can be made at the point of default, after a response or after an appeal and is referred to as Default Determination, Final Determination or Appeal Determination⁷⁸.

Additionally, under the URS Rules, when a case enters Default, the Provider shall notify the Registry Operator that the Registrant is prohibited from changing content found on the site. At the same time, the Registrant is prohibited from changing the "Whois" information⁷⁹. On the contrary, under the UDRP Rules, the Panel merely proceeds to render its decision on the

comments it received on the timing of the URS process which raised competing concerns that the process was either too short or too long. The IRT, upon additional discussion and analysis, believes that the proposed timeline is a fair balance of competing interests, and is on target with its stated goals of being "fast and fair." Further, the timing is consistent with or in the range of current other expedited systems examined in the industry (e.g., the process provided by Nominet).

⁷⁸ URS Rules, available at <http://newgtlds.icann.org/en/applicants/urs>.

⁷⁹ URS Rules, Art. 12(b).

complaint⁸⁰ by ordering the cancellation of the domain name, its transfer to the complainant or dismissing the case overruling in favor of the respondent.

Another point on which the URS Rules deviate from the UDRP Rules is the one concerning the available remedies. Under the URS Rules, the sole remedy available to the complainant is limited to the suspension of the domain name for the balance of the registration period⁸¹. The complainant shall have the possibility to extend this remedy, upon request, directly to the Registry Operator for an additional period of one year⁸².

According to the URS Procedure, the Registry Operator shall suspend the domain name, which shall remain suspended for the balance of the registration period and would not resolve to the original website. The Registry Operator shall cause the name servers to redirect to an informational web page provided by the URS Provider about the URS. The URS Provider shall not be allowed to offer any other services on such page, nor shall it directly or indirectly use the web page for advertising purposes (either for itself or any other third party). The “Whois” for the domain name shall continue to display all of the information of the original Registrant except for the redirection of the name servers. In addition, the Registry Operator shall cause the “Whois” to reflect that the domain name will not be able to be transferred, deleted or modified for the life of the registration⁸³.

Last, but not least, under the URS Rules the parties have the right to appeal to the examiner’s determination, while under the UDRP Rules such remedy is not available. Thus, the appeal

⁸⁰ UDRP Rules, art. 14(a).

⁸¹ URS Rules, art. 14(a).

⁸² URS Procedure, art. 10.3.

⁸³ URS Procedure, art. 10.2.

remedy is limited to: 1) Affirmation of the Final Determination and the Remedy ordered. If the domain name is suspended, it shall remain suspended. If the domain name is with the Registrant, the Registry Operator shall promptly unlock the domain name following receipt of the Appeal Determination⁸⁴. 2) Overruling of the Final Determination and the Remedy ordered. If the domain name is suspended, the Registry Operator shall unlock the name and return full control of the domain name registration to the Registrant. If the domain name is with the Registrant, the Registry Operator shall immediately follow the steps in the URS Procedure to suspend the domain name⁸⁵. 3) Overruling an Examiner's finding that a Complaint was abusive or contained a deliberate material falsehood. The Appeal Panel may replace the Final Determination with one including changes that the Appeal Panel deems appropriate⁸⁶.

VII ADR IN DOMAIN NAMES

The importance attributed to domain names is eminent in the efforts of ICANN to provide procedures that will enable trademark owners to protect their trademarks against third parties' malicious conduct or even against Registry Operator's abusive registrations. However, all of these procedures are administrative procedures with specific rules implemented by ICANN and are offered as an alternative root to court litigation. The involved parties reserve their right to have recourse to courts at any stage they wish, before, during or even after the commencement of the chosen administrative procedure (UDRP, URS).

⁸⁴ URS Rules, art. 19(f)i.

⁸⁵ URS Rules, art. 19(f)ii.

⁸⁶ URS Rules, art. 19(f)iii.

As to any previous court proceedings, it is on the UDRP panel's decision to determine what weight to ascribe to them. In the case *Jason Crouch and Virginia McNeil v. Clement Stein*, the panel held that, where the dispute concerning the domain names is part of and ancillary to much larger disputes involving questions of contractual obligations, fiduciary duties and tortious conduct, it would be inappropriate to use the UDRP to attempt to carve out and resolve the relatively minor, still interconnected, domain name dispute⁸⁷. Under these grounds, the panel dismissed the complaint as it found that the dispute was more appropriate to be resolved by the competent courts.

On the opposite case where a panel has already determined a case under the UDRP, the courts are not bound by that determination. In this case, the court proceedings are deemed to be a *de novo* hearing of the case⁸⁸.

In this light, alternative dispute resolution methods such as arbitration or mediation may prove an effective tool to the final resolution of disputes concerning domain names in relation to trademark infringements. The advantages of ADR are already recognized in disputes concerning intellectual property rights. Initially, there is the benefit of the single procedure, which eliminates the risk of inconsistent court decisions and the problem of addressing the dispute to the competent jurisdictional forum. Secondly, due to the party autonomy principle on which arbitration and mediation are based, the parties also have the

⁸⁷ See case *Jason Crouch and Virginia McNeil v. Clement Stein*, WIPO case No. D2005-1201, available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2005/d2005-1201.html>.

⁸⁸ See WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Second Edition ("WIPO Overview 2.0"), 4.14, available at <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview2.0/#414>.

right to choose the applicable law, the rules of the procedure, the place and the language of the proceedings, according to their own needs. Thirdly, the parties enjoy the benefit of selecting their arbitrator or mediator who is going to be neutral and independent.

Another beneficial element of arbitration and mediation is the confidentiality issue. Contrary to an administrative procedure established by ICAAN, which is announced to the public, in ADR proceedings the parties may agree to keep confidential both the proceedings and the results, especially when issues of reputation or trade secrets are involved.

Last, but not least, the great advantage of ADR and especially of arbitration, lies in the nature of arbitral awards, which are final and enforceable unlike other administrative proceedings. Due to the United Nation Convention for the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 (the “New York Convention”), the arbitral award is worldwide recognized and the remedy of appeal is not afforded⁸⁹.

The WIPO Arbitration and Mediation Center has already facilitated the resolution of a great number of intellectual property disputes arising from patent or software licenses, trademark coexistence agreements, distribution agreements for pharmaceutical products and research and development agreements and patent infringements⁹⁰.

VIII CONCLUDING REMARKS

Domain names have already gained a commercial value almost equal to that of other intellectual property rights. It would

⁸⁹ See at <http://www.wipo.int/amc/en/center/advantages.html>, last accessed on September 10, 2021.

⁹⁰ See at <http://www.wipo.int/amc/en/center/background.html>, last accessed on September 10, 2021.

not be an exaggeration to think of them as valuable commercial assets next to traditional commercial assets such as trademarks and patents. Disputes concerning domain names and trademarks are increasing day by day, as domain names tend to dominate in the digital era. The establishment of a domain name dispute resolution service under the premises of WIPO's Arbitration and Mediation Center was the first step to be made towards the introduction of ADR in domain name disputes.

As the tension between domain names and trademarks is growing due to the exponential growth of ecommerce, the need for time and cost efficient dispute resolution mechanisms complementing UDRP and URS procedures is becoming indispensable. Taking into consideration the above along with the undefined legal nature of domain names, a legislative regime, at least at a European Level is needed. In the author's opinion, the establishment of a European legal framework regulating the use of domain names would promote healthy competition within the European Union, while enhancing, at the same time, the benefits the EU's single market is offering.

4

LA REFORMA DEL PATRIMONIO PROTEGIDO EN ESPAÑA SOBRE SU CONSTITUCIÓN TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

THE REFORM OF PROTECTED HERITAGE IN SPAIN ON ITS CONSTITUTION AFTER THE APPROVAL OF LAW 8/2021, OF JUNE 2, BY WHICH THE CIVIL AND PROCEDURAL LEGISLATION IS REFORMED TO SUPPORT PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE EXERCISE OF THEIR LEGAL CAPACITY

Salvador Morales Ferrer

Doctor en Derecho por el programa de Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología por la Universidad de Valencia, con la calificación Apto Cum Laude. Doctor Honoris Causa por el Claustro Nacional de Doctores de México (Unam). Profesor Colaborador de la Universidad Federal de Bahía (Brasil). Miembro investigador del Ilustre Colegio de Abogados de Alzira (Valencia) España. Conferenciante internacional. salvadmorales@icaalzira.com

RESUMEN

Puesto que el legislador español en el año 2003, creó la figura jurídica del Patrimonio Protegido para las personas con discapacidad. Como se sabe el derecho no puede estar estático por lo cual, el legislador español modificó el Patrimonio Protegido a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para la el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, dando esta norma más libertad a la personas con discapacidad para la creación de su Patrimonio Protegido, del mismo modo a los padres, tutores, curadores y personas por cualquier interés legítimo sobre la persona con discapacidad. Por lo que, es un sistema de protección para las necesidades vitales de la persona discapacitada cuando los padres o, familiares no estén en esta vida. Lo que implica que, para crear el Patrimonio Protegido, debe la persona discapacitada cumplir con los estándares de discapacidad mediante la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

PALABRAS CLAVES: Patrimonio Protegido, grados de discapacidad, creación del Patrimonio Protegido, figuras jurídicas para la creación del Patrimonio Protegido.

ABSTRACT

Since the Spanish legislator in 2003, created the legal figure of Protected Heritage for people with disabilities. As is known, the law cannot be static, therefore, the Spanish legislator modified the Protected Heritage through Law 8/2021, of June 2, which reforms the civil and procedural legislation to support the people with disabilities in the exercise of their legal capacity,

giving this rule more freedom to people with disabilities for the creation of their Protected Heritage, in the same way to parents, guardians, curators and people for any legitimate interest on the person with disabilities. Therefore, it is a protection system for the vital needs of the disabled person when the parents or relatives are not in this life. Which implies that, in order to create Protected Heritage, the disabled person must comply with disability standards through Law 41/2003, of November 18, on the patrimonial protection of people with disabilities and the modification of the Civil Code, of the Civil Procedure Law and Tax Regulations for this purpose.

KEYWORDS: Protected Heritage, degrees of disability, creation of Protected Heritage, legal figures for the creation of Protected Heritage.

Recibido el: 10.10.2021

Aceptado en: 27.11.2021

INTRODUCCIÓN

Como siempre, el legislador español ha seguido los pasos el Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006¹ que en su artículo 12 párrafos 1º- 2º 3º 4º señala: “Los Estados Partes reafirman que las personas con

¹ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. I Disposiciones Adicionales. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 96. p. 20651. BOE-A-2008-6963. <https://www.boe.es>buscar>doc>. (Visto el 9 de octubre de 2021).

discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.”. Lo que implica que España es parte de la Convención de sobre los derechos de las personas con discapacidad y, deben cumplir con estos Derechos de las personas con discapacidad, al hilo cabe mencionar a la autora Mayor² que aporta: “La Convención introduce un nuevo paradigma en la concepción de la discapacidad dejando atrás una visión proteccionista y creando una nueva sensibilidad que pone en el centro la autonomía vital y jurídica de las personas con discapacidad al reconocimiento de

² Mayor del Hoyo, M^a Victoria (2021) (Nº9859) “La incidencia estatal del Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales”. Sección Doctrina. Editorial La Ley grupo Wolter Kluwer. Las Rozas. Madrid. p. 1

su personalidad jurídica.”, por lo cual el legislador español inicia un pleno reconocimiento a las personas con discapacidad sobre su capacidad jurídica, mediante la publicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica³, que expone en su Preámbulo II: “ Esta Ley consta de ocho artículos, el artículo quinto modifica la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y se distribuye en seis apartados.”. Por tanto, el legislador crea una amplia modificación legislativa en favor de las personas con discapacidad sobre el Patrimonio Protegido (en adelante P.P.), en cuanto a su constitución, así como la propia creación del PP., por la persona con discapacidad, por sus padres, por su tutor respecto a los menores de edad y, por el curador en cuanto la persona discapacitada tenga la mayoría de edad. También pueden crear el P.P., los fideicomisarios y, las personas que tengan interés legítimo sobre la persona discapacitada, siempre que la persona discapacitada cumpla los estándares de discapacidad que menciona Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad⁴

³ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. I Disposiciones Adicionales. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 132. (Legislación Consolidada). BOE-A-2021-9233.p.4.[https://www.boe.es>buscar>act>id=BOE-A-2021-92...](https://www.boe.es/buscar?act>id=BOE-A-2021-92...) (Visto el 10 de octubre de 2021).

⁴ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Jefatura

(en adelante L.P.P.D). Con el presente artículo se pretende realizar un análisis descriptivo en los efectos jurídicos tanto en las personas discapacitadas y las personas que van a constituir el P.P. El artículo tiene la siguiente estructura: el primero esboza el P. P.; el segundo aclara modificación de la L.P.P.D; el tercero muestra los grados de discapacidad en el derecho administrativo; el cuarto atiende ¿ Sí la persona con discapacidad puede crear un P.P.?; el quinto trata sobre los padres en la creación del P.P.; el sexto aborda la constitución de un P.P., por parte de los tutores; el séptimo trata sobre la constitución de un P.P., por los curadores; el octavo muestra la constitución de un P.P., por el titular de la fiducia; el noveno atiende la a constitución de cualquier persona con interés legítimo para constituir un P.P.; el décimo atiende a las características de la constitución del P.P., tras la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

1 EL PATRIMONIO PROTEGIDO

El P.P., es una nueva forma de patrimonio que surgió a partir del año 2003, creándose un debate sobre su naturaleza jurídica si realmente es un patrimonio separado o, bien sí es un patrimonio de destino. Ante todo, se debe considerar al P.P., que es un patrimonio autónomo, por entender desde un principio que este patrimonio tiene una finalidad, la cual es atender a las necesidades vitales de la persona discapacitada. Por lo que, se debe de hacer unas cuantas observaciones sobre el patrimonio

del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N° 277. (Legislación Consolidada). BOE-A-2003-21053. pps:3-23. <http://www.boe.es>buscar>act.>id=BOE-A-2003-21053>. (Visto el 10 de octubre de 2021).

autónomo: 1º no existe un término específico de concepto para denominar los patrimonios que en la actualidad existen en nuestro Ordenamiento Jurídico, y 2º si bien se puede conceptualizar como patrimonio de destino, así como lo menciona el autor Rivero⁵ que señala: “el patrimonio autónomo nace para un fin” y, para satisfacer las necesidades de las personas discapacitadas, al hilo la autora Berrocal⁶ aporta: “El patrimonio protegido nos ofrece el legislador, para garantizar tanto al discapacitado como a sus familiares, la existencia de medios económicos para la satisfacción de las futuras necesidades de aquél”, aunque se entiende que es un patrimonio separado como manifiesta la doctrina Italiana en este sentido el autor Pino⁷ definía: “è un complesso di diritti soggettivi (e di beni) destinato ad assolvere una determinata funzione, prima di quella genérica. La destinazione ad assolvere una determinata funzione, è un risultato che, se essato, può costituire la chiave per risolvere diversi problema quali, ad esempio: Il problema dei limiti del patrimonio separado. Il problema dell’impiego e reimpiego dei beni di un patrimonio separado. Il problema delle controviesie giuridiziere che possono intercorrere tra chi amministra il patrimonio separado e il titolare di questo. Il patrimonio separado si diferencia dal rimanente patrimonio in quanto il primo assolvere una funzione particolare a diferencia del segundo: mancando tale particularità manca la separazione, y ponía por ejemplo el vinculo dotale, lo scioglimento del matrimonio fa cadere il vinculo dotale, appunto perchè la massa

⁵ Rivero Hernández, Francisco (2006). Los patrimonios autónomos ¿Hacia una categoría general? Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez. Editorial La Ley, Madrid. pps. 625-626

⁶ Berrocal Lanzarot, Ana Isabel (2005) (Nº 22) “El patrimonio protegido del discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada”. Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid. Editorial Comunidad de Madrid. p. 3.

⁷ Pino, Augusto (1950). Il patrimonio separado. Padova: Pubblicazioni della facolta di giurisprudenza dell’univesità di Padova - Cedam, pps.116-119, 96,

patrimoniale costituita in dote non può più assolvere la sua funzione; e per lo stesso motivo non essere costituito il vincolo dotales enza referimento ad un determinato matrimonio; e cessa” y, también el P.P., tiene sus propias particularidades como aporta la autora Castillo⁸: “en los caracteres del P.P., como patrimonio separado si bien de naturaleza peculiar”, diferenciándose respecto a los patrimonios personales”. Por tanto, atendiendo a que la característica del P.P., que es un patrimonio autónomo, por tanto se entiende por patrimonio autónomo aquel que tiene unas circunstancias especiales, por lo que es diferente al patrimonio personal, como entiende el autor De Lemus⁹: “son factores limitadores o elementos necesarios para que nazcan los patrimonios autónomos: a) El primer elemento es el conjunto de deudas que afecta al patrimonio, con lo cual existirá un patrimonio autónomo por lo cual el legislador, entiende que éste conjunto de bienes es separado al patrimonio personal; b) El segundo elemento es la situación de determinadas masas de bienes; c) El tercer elemento es dotándole de cierta autonomía, lo que se le imputa en las relaciones jurídicas atribuidas a un patrimonio y no al otro u otros”, así la finalidad del P.P. está muy claro en el artículo 1º párrafo 1º de la L.P.P.D.,¹⁰ que señala: “El objeto

⁸ Castillo Martínez, Carolina del Carmen (Coords. Beneyto Belenguer, R., et al.) (2008). “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”, en AA.VV., Retos del siglo XXI para la familia. Editorial: Práctica de derecho. Moncada (Valencia). p.89.

⁹ Medina De Lemus, Manuel (Coords. Rams Albesa, J., y Moreno Flórez, R. M.,) (2001). “Comentarios al Código Civil III”, en AA.VV., Libro Segundo (Títulos I a VIII). Barcelona: Bosch. p. 31.

¹⁰ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N° 277. (Legislación Consolidada). BOE-A-2003-21053. p.9. <http://www.boe.es>buscar>act.>id=BOE-A-2003-21053>. (Visto el 10 de octubre de 2021).

de esta Ley es favorable la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad”. Por tanto, la creación del P.P., como aporta la autora Castillo¹¹: “persigue la finalidad exclusivamente, en aquél en cuyo interés se constituya (el beneficiario), que será su titular, es decir la persona con discapacidad afectada por determinados grados de minusvalía, y su vinculación a las necesidades vitales de su titular”. Por otro lado, es de constatar en su Exposición de Motivos (en adelante E.M.), de la L.P.P.D.,¹² “se crea ante la supervivencia de las personas discapacitadas a sus progenitores y la adecuación al medio de vida, para sus necesidades”. Con la observación del precepto de beneficiario que no importa la edad, al hilo cabe mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de León¹³ en sus Fundamentos de Derecho Cuarto: “La Ley 41/2003 recoge en su Exposición de Motivos que la finalidad que inspira dicha legislación es proteger y evitar que los discapacitados queden en situación de desamparo”, en este caso como señala la sentencia es la función que ejerce el P. P., sobre la persona discapacitada ya, sea menor o, anciano. Puesto,

¹¹ Castillo Martínez, Carolina del Carmen (Coords. Beneyto Belenguer, R., et al.) (2008). “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., pps. 87 - 90.

¹² Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N° 277. (Legislación Consolidada). BOE-A-2003-21053. p.3. <http://www.boe.es>>buscar>act.>id=BOE-A-2003-21053. (Visto el 11 de octubre de 2021).

¹³ Audiencia Provincial de León (Sección 1º) (Sentencia N°636/2009 de 28 de diciembre) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel García Prada) JUR 2010\107904. Aranzadi

que el P. P., está destinado aún fin o destino, como bien aporta la autora Castillo¹⁴: “persigue la finalidad exclusivamente, en aquél en cuyo interés se constituya (el beneficiario), que será su titular, es decir la persona con discapacidad afectada por determinados grados de minusvalía, y su vinculación a las necesidades vitales de su titular”. A esto hay que señalar el cambio en el Derecho civil tras la promulgación de la norma, pues cabe también señalar el cambio estructural de la familia, y la consideración del principio de autonomía de la voluntad de la persona discapacitada como menciona la autora Castillo¹⁵: “Sin lugar a dudas, uno de los aspectos que más repercusión tiene en el bienestar de las personas discapacitadas es la adecuada organización de recursos económicos que las mismas pueden tener a su disposición a fin de afrontar dignamente las necesidades derivadas de su específica situación. Y en esta finalidad la norma analizada se manifiesta ambiciosa”. Por lo cual, la creación del P.P., es la protección de las personas discapacitadas en cuanto sus necesidades vitales, para cuando no estén sus padres o, familiares.

2 LA MODIFICACIÓN DE LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA CON ESTA FINALIDAD

Tras la publicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad

¹⁴ Castillo Martínez, Carolina del Carmen (Coords. Beneyto Belenguer, R., et al.) (2008). “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit., .pps.:87- 90.

¹⁵ Castillo Martínez, Carolina del Carmen (Coords. Beneyto Belenguer, R., et al.) (2008). “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”. Op. Cit. p. 80.

jurídica¹⁶ se reformó el P. P., por lo que su artículo 1º párrafo 2º apartado 2º manifiesta: “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular”. Por lo cual, la persona a la que se constituya un P. P., tendrá que tener un grado de discapacidad. A todo, esto Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica¹⁷, por lo cual, se modifica el artículo quinto párrafo 2ª apartado 2 A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento. 3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado médico expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme”. Por lo que, extrayendo de la lectura de este artículo, se puede decir evidentemente que su beneficiario es exclusivamente, la persona con una discapacidad afectada por unos concretos grados de su discapacidad, con lo cual da la conclusión que la norma cubre ciertos grados de discapacidad pudiéndose acreditar mediante certificado o resolución judicial, por lo que la persona con discapacidad inferior a estos grados, no se puede acogerse al P. P., como beneficiario aunque tengan necesidad de ello. Por lo

¹⁶ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. I Disposiciones Adicionales. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 132. (Legislación Consolidada). BOE-A-2021-9233. p.50.<https://www.boe.es/buscar/act?id=BOE-A-2021-92...> (Visto el 13 de octubre de 2021).

¹⁷ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. I Disposiciones Adicionales. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 132. (Legislación Consolidada). BOE-A-2021-9233. p.11.<https://www.boe.es/buscar/act?id=BOE-A-2021-92...> (Visto el 13 de octubre de 2021).

cual, las personas discapacitadas son las que ostentan un grado de discapacidad, como expresa la autora Berrocal¹⁸: “El binomio grado-acreditación representa, por tanto, una exigencia necesaria para determinar la discapacidad de una persona”, por lo que, se tendrá que demostrar el grado de discapacidad de la persona para crear el P., otro lado, ¿quién determinará el grado de discapacidad para crear el P. P.? Como bien determina la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica¹⁹ en su artículo 2 párrafo 3. “El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado médico expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme”. Primero sobre “certificado médico expedido conforme a lo establecido reglamentariamente,” será aplicable el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía²⁰ en su artículo 7 párrafo 1º manifiesta: “Serán competentes para ejercer las funciones señaladas en el artículo anterior los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a quienes hubieran sido transferidas las funciones en

¹⁸ Berrocal Lanzarot, Ana Isabel (2005) (Nº 22) “El patrimonio protegido del discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada. Op. Cit., p. 10.

¹⁹ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. I Disposiciones Adicionales. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 132. (Legislación Consolidada). BOE-A-2021-9233. p.11.<https://www.boe.es/buscar>act>id=BOE-A-2021-92...> (Visto el 13 de octubre de 2021).

²⁰ Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 22 (Legislación Consolidada). p. 6 BOE-A-2000-1946. <https://www.boe.es/buscar>act> (Visto el 14 de octubre de 2021).

materia de calificación del grado de discapacidad y minusvalía y las Direcciones Provinciales del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales en Ceuta y Melilla, en cuyo ámbito territorial residan habitualmente los interesados”, por lo que serán los ámbitos donde certifique la discapacidad de la persona.

3 EL GRADO DE DISCAPACIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Considerado el grado de discapacidad, como un déficit en la persona, que implica el ejercicio de las actividades en la sociedad, como factor externo. Se tiene que determinar cómo se articula este grado de discapacidad, o, como denomina el autor Muñoz de Dios ²¹: “una graduación de minusvalía”, para la obtención de la discapacidad en el Derecho administrativo. Por lo cual, será de aplicación el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad²², en su artículo 1 párrafo 2º manifiesta: “. Se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento:

²¹ Muñoz de Dios, Gerardo (Dir. Martínez Die, R.) (2000) (1ª Ed.). “El patrimonio del discapacitado”, en AA.VV., La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales. Seminario organizado bajo la Presidencia de Honor de S.M. La Reina de España por el Consejo General del Notariado en la UIMP. Editorial Civitas. Madrid. p.60.

²² Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. I. Disposiciones Generales. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 300. p.44289. BOE-A-2006-22080. <https://www.boe.es>buscar>act> (Visto el 14 de octubre de 2021).

a) Los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez. b) Los pensionistas de Clases Pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Por otra parte, está claro que su aplicación no obedece sólo a los efectos administrativos de la norma, o normas aplicables en el Derecho administrativo, sino también en lo que compete en el Derecho civil, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia²³ en su Fundamento de Derecho Primero: “se encuentra, además de discapacitado, con una disminución de la capacidad de un 65%”. Por tanto, el grado de discapacidad no solamente se aplica en el ámbito del Derecho administrativo, sino en el ámbito jurisprudencial civil”. Por tanto, se aplicará para obtención del grado de discapacidad tanto en los dos ámbitos del Derecho tanto administrativo, como Civil.

4 ¿LA PROPIA PERSONA CON DISCAPACIDAD PUEDE CREAR EL PATRIMONIO PROTEGIDO?

Tras, la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica²⁴ se modifica el artículo quinto párrafo 3º, apartado 3 que señala: “Podrán constituir un patrimonio protegido: a) La

²³ Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (Sentencia N°214/ 2007 de octubre) (Ponente: : Ilmo. D. Jaime Jiménez Llamas) JUR 2008\59072. Aranzadi,

²⁴ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. I Disposiciones Adicionales. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N° 132. (Legislación Consolidada). BOE-A-2021-9233. p.50.<https://www.boe.es/buscar?act>id=BOE-A-2021-92...> (Visto el 15 de octubre de 2021).

propia persona con discapacidad beneficiaria”, al hilo cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña²⁵ en sus Fundamentos de Derecho Cuarto que aporta: “La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente”. Por lo que, será de aplicación la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica²⁶. Por lo cual, se modifica el artículo 2 apartado 2º A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento”. De esta forma, se aplicará para la constitución de patrimonio protegido las personas que sufren una discapacidad “física o sensorial”. Por tanto, sólo puede constituirse el P.P., cuando la persona con discapacidad cumpla estas condiciones, por tanto, el P. P., está unido a las condiciones que señala la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica²⁷ sobre este grado la persona con discapacidad podrá constituir su P.P.

²⁵ Tribunal Superior de Cataluña (Sala de lo Contencioso- administrativo) (Ponente: Gomis Masqué, Ramón) (Sentencia 554/2012 de 23 de mayo) Rec. 1354/2008. LA LEY 129107/2012.

²⁶ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. I Disposiciones Adicionales. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 132. (Legislación Consolidada). BOE-A-2021-9233.p.11.<https://www.boe.es/buscar?act=id=BOE-A-2021-92...> (Visto el 15 de octubre de 2021).

²⁷ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. I Disposiciones Adicionales. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 132. (Legislación Consolidada).

5 LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO POR LOS PADRES

Al respecto, cabe mencionar la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica²⁸ el artículo quinto párrafo 3º, apartado 3: b) Quienes presten apoyo a las personas con discapacidad” y su artículo 2²⁹ A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento”. Por lo que, los padres podrán crear el P.P., como manifiesta el autor Hermosín³⁰ al aportar: “Los padres, progenitores que ejercen la patria potestad ordinaria sobre el discapacitado que es menor de edad, o lo que denomina progenitores que ejercen la patria potestad prorrogada o rehabilitada refiriéndose a los discapacitados. Progenitores que cuidan del discapacitado mayor de edad. Los padres no ejercen

BOE-A-2021-9233.p.50.<https://www.boe.es>buscar>act>id=BOE-A-2021-92...> (Visto el 16 de octubre de 2021).

²⁸ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. I Disposiciones Adicionales. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 132. (Legislación Consolidada). BOE-A-2021-9233.p.50.<https://www.boe.es>buscar>act>id=BOE-A-2021-92...> (Visto el 18 de octubre de 2021).

²⁹ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. I Disposiciones Adicionales. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 132. (Legislación Consolidada). BOE-A-2021-9233.p.50.<https://www.boe.es>buscar>act>id=BOE-A-2021-92...> (Visto el 16 de octubre de 2021).

³⁰ Seda Hermosín, Manuel Antonio (2004/2005) (Tomo XVI) (Vol.2) “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”, en AA.VV., Academia Sevillana del Notariado Conferencias del curso académico 2004/05, Editorial Comares Albolote (Granada) p. 14

sobre el discapacitado ninguna función de representación legal, son unos verdaderos guardadores de hecho”. Por tanto, el autor distingue las diferencias entre los padres que ejercen la patria potestad, pudiéndose incluir a tutores y curadores y, los que cuidan de la persona discapacitada que serían los guardadores de hecho, considerándolos todos legitimarios para la constitución del P.P. Por otra parte, en el caso de un menor ante la discrepancia de uno de los progenitores para crear un P.P., el autor Hermosín³¹ manifiesta: “en el primer supuesto, se requiere actuación conjunta de ambos padres, y por discrepancia, entendemos que cabe el recurso de la autoridad judicial y directa del artículo 156. 2º C.c.”, por lo cual, cabe remitirse al artículo 156 párrafo 2º del Código Civil (en adelante C.c.)³² que manifiesta: “En caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años”. Por lo que, se opina que cabe constituir el P.P., solamente por un progenitor que ésta conforme, pudiéndose el otro progenitor oponerse mediante recurso ante la autoridad judicial. Por otra parte, se

³¹ Seda Hermosín, Manuel Antonio (2004/2005) (Tomo XVI) (Vol.2) “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”, Op. Cit., p. 11

³² Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia <<Gaceta de Madrid>>. N. 206, de 25 de julio de 1889. (Legislación Consolidada). p.45 BOE-A-1889-4763. <https://www.boe.es/buscar/act>. (Visto el 20 de octubre de 2021).

sostiene la idea del autor Gallego Domínguez³³ que entiende: “en caso de que se constituya el P.P., con bienes propios del discapacitado cuyo patrimonio administran están sometiendo el patrimonio del hijo a un especial régimen jurídico en beneficio del propio hijo, lo que no tiene la naturaleza tal disposición. Tal constitución no queda sujeta a la autorización judicial pues queda sujeta a las normas del C.c., en materia de potestad. En el caso que los padres constituyan el P.P., con bienes propios que transmiten al hijo, estaremos en presencia de una auténtica donación al discapacitado, si el acto de disposición a título gratuito es realizado inter vivos. El mismo autor se pregunta si podría crearse un P.P., en acto “mortis causa” en testamento, y expresa el ejemplo que es como la posibilidad existente en nuestro sistema de constituir mortis causa fundaciones, por lo que entiende que sí se puede constituir un P.P., en acto mortis causa en testamento”. Por tanto, los padres podrían constituir el P. P., con sus bienes hereditarios constituir el P. P.

6 LA CONSTITUCIÓN DE UN PATRIMONIO PROTEGIDO POR EL TUTOR

La constitución del P.P., por parte del tutor es análoga en cuanto a la aplicación del régimen jurídico con relación a la de los padres como señala la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad

³³ Gallego Domínguez, Ignacio (Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.) (2006). (1ªEd.). “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”, en AA.VV., Protección jurídica de las personas con discapacidad. Editorial La Ley. Las Rozas. Madrid. p. 133

jurídica³⁴ el artículo quinto párrafo 3º, apartado 3: b) Quienes presten apoyo a las personas con discapacidad” como aporta el autor O’Callaghan³⁵: “La tutela es paralela a la patria potestad. Tiene la misma finalidad y cumple la misma función. El tutor vela al tutelado, Es representante legal del mismo. Administra y dispone, con fuertes controles, su patrimonio”. Por lo que, el tutor actuaría en la constitución del P.P., por medio de los bienes del tutor, en este caso se estaría ante una transmisión de bienes y constitución del patrimonio “intervivos”, al hilo el autor Gallego Domínguez³⁶ entiende que: “El tutor, ya sea del patrimonio o de la persona, podrá con sus bienes - con bienes y derechos del tutor- constituir un patrimonio protegido a favor de su pupilo”. Además, como se había mencionado anteriormente en los padres, el tutor puede también constituir un P.P., mortis causa. Por otra parte, se puede pensar que existen varios tutores de la persona con discapacidad, ante esta situación el autor Hermosín³⁷ aporta: “en el caso de ser varios, actuarán según las reglas previstas en la resolución judicial de su nombramiento (de forma mancomunada o solidaria)”. Por lo que, se entiende que pueden existir varios tutores, y, se registrarán según lo previsto en

³⁴ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. I Disposiciones Adicionales. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 132. (Legislación Consolidada). BOE-A-2021-9233. p.50.<https://www.boe.es/buscar/act?id=BOE-A-2021-92...> (Visto el 20 de octubre de 2021).

³⁵ O’Callaghan, Xavier (Coord. Serrano García, I.,) (2003). (Coord. Serrano García, I.,) (2003). “La tutela, actos personalísimos”, en AA.VV., La protección jurídica del discapacitado. I Congreso Regional. Editorial: Tirant lo Blanch. Valencia. p. 157

³⁶ Gallego Domínguez, Ignacio (Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.,) (2006).. (1ªEd.). “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado” Op. Cit., p. 131.

³⁷ Seda Hermosín, Manuel Antonio (2004/2005) (Tomo XVI) (Vol.2) “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”, Op. Cit., p. 12

la sentencia de la persona discapacitada, afectando esto tanto al discapacitado, como al P.P., siempre que estos fueran solidarios en su actuación, y además tendrían la facultad estos de crear conjuntamente el P.P., de la persona discapacitada.

7 LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO POR EL CURADOR

La figura jurídica del curador respecto a la persona discapacitada ha sido criticada por la doctrina como menciona el autor Hermosín³⁸: “Pero la técnica empleada por la ley parece aquí defectuosa. Es discutible si la constitución del P.P. corresponde en exclusiva al curado (como parece decir la ley literalmente) o sí la constitución corresponde, sujeto discapacitado a curatela con el complemento de capacidad del curador, lo que parece acorde con el *modus operandi* de esta figura en nuestro Derecho Civil”, pese a las críticas entienden que el curador sí puede crear un P.P., como aporta el autor Hermosín³⁹: “igualmente puede el curador constituir un P.P.”. Por otra parte, nuestra Jurisprudencia es favorable al reconocimiento del curador de la persona discapacitada, al respecto cabe mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona⁴⁰ que en su Fundamento de Derecho Tercero señala: “por todo lo cual, deberá conservar al máximo su condición de persona civilmente reconocida y vigilarse en la forma de curatela su tratamiento y condición”.

³⁸ Seda Hermosín, Manuel Antonio (2004/2005) (Tomo XVI) (Vol.2) “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”, Op. Cit., p. 30.

³⁹ Seda Hermosín, Manuel Antonio (2004/2005) (Tomo XVI) (Vol.2) “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”, Op. Cit., p. 13.

⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona a 28 de julio, núm. 493/2004 (Sección 18ª) (Ponente: Ilma. Sra. Margarita Blasa Noblejas Negrillo) JUR 2004\211573. Aranzadi.

Por otra parte, la doctrina pretende demostrar la ampliación de los poderes que se confieren al curador en la constitución del P.P. Al respecto, el autor Gallego Domínguez⁴¹: entiende: “que la posibilidad que consagra la Ley 41/2003 puede interpretarse del siguiente modo: el curador puede constituir dicho patrimonio con sus bienes propios, no con los del menor emancipado discapacitado o del pupilo discapacitado”. Al respecto, se entiende que la postura del autor es la más correcta pues la Ley le concede esta facultad al curador, y en parte le concede la facultad asistencial al cúratelo y, esta además previsto en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁴² el artículo quinto párrafo 3º, apartado 3: b) Quienes presten apoyo a las personas con discapacidad”

8 LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO POR LA PERSONA COMISARIA O TITULAR DE LA FIDUCIA SUCESORIA

Según la nueva ley la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁴³

⁴¹ Gallego Domínguez, Ignacio (Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.) (2006). (1ªEd.). “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”. Op. Cit., p. 134.

⁴² Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. I Disposiciones Adicionales. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 132. (Legislación Consolidada). BOE-A-2021-9233. p.50.<https://www.boe.es/buscar/act?id=BOE-A-2021-92...> (Visto el 22 de octubre de 2021).

⁴³ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

1. Podrán constituir un patrimonio protegido: c) La persona comisaria o titular de la fiducia sucesoria, cuando esté prevista en la legislación civil, autorizada al respecto por el constituyente de la misma”. Por tanto, está en consonancia con el artículo 782 párrafo 1º del C. c.,⁴⁴ que señala: “Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan, en los términos establecidos en el artículo 808, en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad, por lo que el artículo 808 párrafo 4º del C.c.,⁴⁵ manifiesta: “Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa”. Al respecto la autora Pous de la Flor⁴⁶ entiende: “con estas reformas parciales del C.c., se está optando

I Disposiciones Adicionales. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 132. (Legislación Consolidada). BOE-A-2021-9233. p.50.<https://www.boe.es/buscar/act?id=BOE-A-2021-92...> (Visto el 23 de octubre de 2021).

⁴⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia <<Gaceta de Madrid>>. N. 206, de 25 de julio de 1889. (Legislación Consolidada). p.138. BOE-A-1889-4763. <https://www.boe.es/buscar/act>. (Visto el 21 de octubre de 2021).

⁴⁵ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia <<Gaceta de Madrid>>. N. 206, de 25 de julio de 1889. (Legislación Consolidada). p.141. BOE-A-1889-4763. <https://www.boe.es/buscar/act>. (Visto el 21 de octubre de 2021).

⁴⁶ Pous de la Flor, María Paz (Dir. Lasarte. C.,) (2005). “Reflexiones en torno a la ley 41/2003, de 18 de noviembre, y sistema de legítima”, en AA.VV., Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia. Ponencias y Comunicaciones. Madrid 27-29 Op. Cit., p. 688.

por fijar un sistema sucesorio el que se encuentra implicados dos elementos: 1º la tensión que existe en la libertad de testar y, 2º la fijación de una cuota reservada de forma obligatoria a favor de los familiares del testador o causante viéndose más gravada con la nueva redacción otorgada al art. 782 C.c.”. Por tanto, lo que implica la ruptura del principio de intangibilidad de la legítima que se caracteriza en nuestro Derecho común, tras la reforma del art. 782 párrafo 1º del C. c., que se permite que la sustitución fideicomisaria pueda gravar la legítima estricta a favor de un hijo descendiente discapacitado, por lo que se amplía el ámbito de libertad del testador, que anteriormente estaba restringido al tercio de mejora y de libre disposición. Al respecto la autora Pous de la Flor⁴⁷ aporta: “Es sentir de la doctrina que la cuota del haber hereditario sobre la que recae esta sustitución fideicomisaria, pueda extenderse no sólo al tercio de legítima estricta sino también al tercio de mejora y libre disposición, es decir nada obsta a que pueda ampliarse a la totalidad de la herencia, y ello, obedece al propio carácter excepcional que se viene atribuyendo a esta sustitución, en cuanto se trata de una facultad y no una imposición que se otorga al causante sobre la disponibilidad de sus bienes”. La conclusión sobre el artículo 782 párrafo 1º C.c., en su tenor literal, es que el legislador concedió al testador la necesidad de amplitud, para atender a las necesidades del hijo o descendiente discapacitado, gravando la legítima en su beneficio, del P.P., de la persona con discapacidad aunque hay que observar que sólo es por medio de la aplicación de la L.P.P.D., cuando recae el tercio destinado a la mejora, haciéndose a favor de

⁴⁷ Pous de la Flor, María Paz (Dir. Lasarte. C.,) (2005). “Reflexiones en torno a la ley 41/2003, de 18 de noviembre, y sistema de legítima”, en AA.VV., Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia. Ponencias y Comunicaciones. Madrid 27-29 Junio 2005. Editorial Idadfe, uned y el derecho editores Madrid p. 688.

los descendientes discapacitados, por motivos de “necesidad”. Por lo que, el legislador español modificó esta figura jurídica para que pudiera aportar la persona fideicomisaria o, titular del fideicomiso la aportación de sus bienes al P.P.

9 LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO POR CUALQUIER PERSONA CON INTERES LEGÍTIMO

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁴⁸ en su artículo 5, párrafo 3º, apartado 2º señala: “Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad, con el apoyo que requiera, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin”. Es una forma de auxiliar a la persona discapacitada, la norma intenta decirnos que los padres, tutores o curadores no son los únicos que están condicionados para actuar en la creación del P.P., pues “cualquier persona con interés legítimo”. Por lo que, se aprecia que es una forma de no dejar desamparada a la persona discapacitada. Al respecto, el autor Gallego Domínguez⁴⁹ entiende sobre “cualquier persona con interés legítimo” son: “otros sujetos, que sí bien no pueden constituirlo per se, sí pueden pedir su

⁴⁸ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. I Disposiciones Adicionales. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 132. (Legislación Consolidada). BOE-A-2021-9233. p.50.<https://www.boe.es/buscar/act?id=BOE-A-2021-92...> (Visto el 24 de octubre de 2021).

⁴⁹ Gallego Domínguez, Ignacio (Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.) (2006). (1ªEd.). “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado” Op. Cit., p. 128.

constitución ofreciendo bienes y derechos a los sujetos que legalmente tienen dicha facultad- serían “promotores” de su constitución”. En este caso, se entiende que pueden pedir la constitución del P.P., personas como el cónyuge o familiares, creando una seguridad a la persona con discapacidad. Por lo que, en lo que se refiere a la constitución del P.P., sobre esta figura jurídica cabe remitirse E. M. III de la L.P.P.D.,⁵⁰ que señala: “La constitución requiere, inexcusablemente, de una aportación originaria de bienes y derechos, si bien una vez constituido el patrimonio cualquier persona con interés legítimo puede realizar aportaciones a dicho patrimonio”. Por tanto, como manifiesta la norma, podría ser que cualquier persona con “interés legítimo” quien realizará la constitución con sus propios bienes y, no con los de la persona discapacitada. Otra cuestión que señala la autora sobre el “interés legítimo” García Pérez⁵¹: “independientemente de que entre tercero solicitante y discapacitado-beneficiario exista o no una vinculación familiar”. Por tanto, también se entienden que pueden ser personas jurídicas. Por lo que, previamente, o al tiempo de la solicitud de constitución del tercero debe ofrecer una aportación de bienes y derechos adecuados, suficientes para ese fin. Por tanto, los bienes y derechos aportados tienen que ser dignos para la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad, por lo que implicará sí es a efectos

⁵⁰ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 277. (Legislación Consolidada). BOE-A-2003-21053. p.4. <http://www.boe.es/buscar>act.>id=BOE-A-2003-21053>(Visto el 28 de octubre de 2021).

⁵¹ García Pérez, Rosa María (Coords. Sánchez Calero, J., García Pérez, R.,) (2006). “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”, en AA.VV., Protección del patrimonio familiar. Valencia: Tirant lo Blanch. pps. 149-150.

pecuniarios que no sea una cantidad insuficiente. Asimismo, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁵² en su artículo 5, párrafo 3º, apartado 2º señala: “En caso de negativa injustificada de la persona encargada de prestar aquel apoyo, el solicitante podrá acudir al Ministerio Fiscal, quien instará de la autoridad judicial lo que proceda atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Si la autoridad judicial autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial determinará el contenido a que se refiere el apartado siguiente. El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en la persona encargada de prestar el apoyo que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido”. Por otro lado, cabe la posibilidad de la negativa de uno de los padres o los tutores en la solicitud de la aportación de bienes y derechos, aunque el otro admita su consentimiento y además si la negativa es injustificada, y siempre es en interés de la persona discapacitada, se tendrá que acudir al Ministerio Fiscal instando al Juez, para que considere lo que es más beneficioso para la persona discapacitada, al hilo la autora Castillo⁵³ aporta: “: “pero en el supuesto de que el discapacitado no tenga capacidad de obrar suficiente y la negativa proceda de los padres, tutores o curadores, y resulte injustificada, el que a vez instará del Juez lo que proceda atendiendo siempre al interés del discapacitado”,

⁵² Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. I Disposiciones Adicionales. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 132. (Legislación Consolidada). BOE-A-2021-9233. p.50.<https://www.boe.es/buscar/act?id=BOE-A-2021-92...> (Visto el 27 de octubre de 2021).

⁵³ Castillo Martínez, Carolina del Carmen (Coords. Beneyto Belenguer, R., et al.) (2008). “La protección patrimonial de las personas con discapacidad. Op. Cit., p. 97.

y por último sí estima el Juez crear un P.P., ante la negativa de sus representantes legales, mediante una sentencia será considerada la constitución del P.P., en este sentido la autora Estrena⁵⁴ aporta: “El procedimiento judicial del que emane la decisión de constituir (o aportar) el patrimonio protegido será un expediente de jurisdicción voluntaria”, en el art. 3.2º último párrafo, de la L.P.P.D⁵⁵., señala: “El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en la persona encargada de prestar el apoyo que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido”. Por tanto, lo que pretende el legislador ante esta negativa de las personas legitimadas que pueden constituir el P.P., es no vulnerar la situación de la persona discapacitada en aras de su actitud.

10 LAS CARACTERISTICAS DE LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.

Al respecto el legislador español modificó el P.P., tras la promulgación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se

⁵⁴ Estrena Palomero, Blanca (Dir. Laorden J., Coord. Terreros J.L.,) (2007) (Vol. II). “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, en AA.VV., Los derechos de las personas con discapacidad. Aspectos económicos y patrimoniales. Editorial Consejo general del poder judicial. Madrid.p.1006

⁵⁵ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 277. (Legislación Consolidada). BOE-A-2003-21053. p.10. <http://www.boe.es>buscar>act.>id=BOE-A-2003-21053>(Visto el 28 de octubre de 2021).

reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁵⁶, lo que esta norma trae se la modificación del anterior concepto de incapacitado judicial, quedando solo el concepto de discapacitado para todos los grados de discapacidad y, por lo que quedó en desuso el concepto de incapacitado judicial, puesto que Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁵⁷, por lo cual, se modifica el artículo quinto párrafo 2^a apartado 2 A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.” Por otra parte, sobre el concepto jurídico de tutela en el P.P., afectará a los menores discapacitados y, mismo modo la figura jurídica del curador afectará a las personas mayores de dieciocho años discapacitadas. Por otro lado, el legislador español ha dado más un abanico jurídico muy amplio en crear un P.P., a las personas discapacitadas siempre que tengan “una discapacidad una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento”. Por otro lado, es innovadora la figura jurídica de la persona comisario o, titular de la fiducia para aportar bienes al P.P.

⁵⁶ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. I Disposiciones Adicionales. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N° 132. (Legislación Consolidada). BOE-A-2021-9233. pps.3-60. <https://www.boe.es/buscar?act=id=BOE-A-2021-92...> (Visto el 29 de octubre de 2021).

⁵⁷ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. I Disposiciones Adicionales. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N° 132. (Legislación Consolidada). BOE-A-2021-9233.p.50.<https://www.boe.es/buscar?act=id=BOE-A-2021-92...> (Visto el 29 de octubre de 2021).

CONCLUSIONES

El P.P., se creó en el año 2003 como elemento indispensable para las personas con discapacidad después del fallecimiento de sus padres o, familiares pudieran tener las necesidades básicas para poder subsistir. Pasados los años la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, modificó ciertas figuras jurídicas como la propia creación del P. P., por la misma persona con discapacidad siempre que tuviera un cierto grado de discapacidad como las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento. Por otro lado, respecto a las personas que tienen un cierto grado de discapacidad como el siguiente las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento, por lo que contribuirán en crear el P.P., sus padres, tutores si son discapacitados menores de edad, curadores si son discapacitados. Al mismo tiempo, se añade la figura jurídica la persona comisaria o titular de la fiducia y, finalmente cualquier persona que tenga interés legítimo, lo que implica que estas dos últimas figuras jurídicas pueden aplicarse a todas las personas discapacitadas. Al mismo tiempo, es un gran avance para el legislador español pues en esta última reforma queda en desuso el concepto de “incapaz” o, incapacitado judicial, aplicándose a todas estas personas el concepto discapacitado, por lo que las personas discapacitadas no quedan estigmatizadas socialmente.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. Autores

Berrocal Lanzarot, Ana Isabel (2005) (Nº 22) “El patrimonio protegido del discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa

de financiación privada”. Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid. Editorial Comunidad de Madrid.

Castillo Martínez, Carolina del Carmen (Coords. Beneyto Belenguer, R., et al.) (2008). “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”, en AA.VV., Retos del siglo XXI para la familia. Editorial: Práctica de derecho. Moncada (Valencia).

Estrena Palomero, Blanca (Dir. Laorden J., Coord. Terreros J.L.,) (2007) (Vol. II). “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, en AA.VV., Los derechos de las personas con discapacidad. Aspectos económicos y patrimoniales. Editorial Consejo general del poder judicial. Madrid

Gallego Domínguez, Ignacio (Coord. Pérez de Vargas Muñoz, J.,) (2006). . (1ªEd.). “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”, en AA.VV., Protección jurídica de las personas con discapacidad. Editorial La Ley. Las Rozas. Madrid.

García Pérez, Rosa María (Coords. Sánchez Calero, J., García Pérez, R.,) (2006). “Titularidad y sujetos constituyentes del patrimonio especialmente protegido del discapacitado”, en AA.VV., Protección del patrimonio familiar. Valencia: Tirant lo Blanch.

Mayor del Hoyo, M^a Victoria (2021) (Nº9859) “La incidencia estatal del Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales”. Sección Doctrina. Editorial La Ley grupo Wolter Kluwer. Las Rozas, Madrid.

Medina De Lemus, Manuel (Coords. Rams Albesa, J., y Moreno Flórez, R. M.,) (2001). “Comentarios al Código Civil III”, en AA.VV., Libro Segundo (Títulos I a VIII). Editorial Bosch. Barcelona.

Muñoz de Dios, Gerardo (Dir. Martínez Die, R.,) (2000) (1ª Ed.). “El patrimonio del discapacitado”, en AA.VV., La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales. Seminario organizado bajo la Presidencia de Honor de S.M. La Reina de España por el Consejo General del Notariado en la UIMP. Editorial Civitas. Madrid.

O’Callaghan, Xavier (Coord. Serrano García, I.,) (2003). (Coord. Serrano García, I.,) (2003). “La tutela, actos personalísimos”, en AA.VV., La protección jurídica del discapacitado. I Congreso Regional. Editorial: Tirant lo Blanch. Valencia

Rivero Hernández, Francisco (2006). Los patrimonios autónomos ¿Hacia una categoría general? Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez. Editorial La Ley, Madrid.

Pino, Augusto (1950). Il patrimonio separato. Padova: Pubblicazioni della facolta di giurisprudenza dell'università di Padova – Cedam.

Pous de la Flor, María Paz (Dir. Lasarte. C.,) (2005). “Reflexiones en torno a la ley 41/2003, de 18 de noviembre, y sistema de legítima”, en AA.VV., Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia. Ponencias y Comunicaciones. Madrid.

Seda Hermosín, Manuel Antonio (2004/2005) (Tomo XVI) (Vol.2) “El patrimonio protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad.”, en AA.VV., Academia Sevillana del Notariado Conferencias del curso académico 2004/05, Editorial Comares Albolote (Granada).

2. Legislación internacional y española

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. I Disposiciones Adicionales. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 96. BOE-A-2008-6963. <https://www.boe.es>buscar>doc>.

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 277. (Legislación Consolidada). BOE-A-2003-21053. <http://www.boe.es>buscar>act.>id=BOE-A-2003-21053>

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. I Disposiciones Adicionales. Jefatura del Estado. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 132. (Legislación Consolidada). BOE-A-2021-9233. <https://www.boe.es>buscar>act>id=BOE-A-2021-92...>

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia <<Gaceta de Madrid>>. N. 206, de 25 de julio de 1889. (Legislación Consolidada). BOE-A-1889-4763. <https://www.boe.es>buscar>act>.

Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 22 (Legislación Consolidada). BOE-A-2000-1946. <https://www.boe.es>buscar>act>

Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. I. Disposiciones Generales. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Publicado Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. Nº 300. BOE-A-2006-22080. <https://www.boe.es>buscar>act>

3. Jurisprudencia

Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) (Sentencia Nº214/2007 de octubre) (Ponente: Ilmo. D. Jaime Jiménez Llamas) JUR 2008\59072. Aranzadi.

Audiencia Provincial de León (Sección 1º) (Sentencia Nº636/2009 de 28 de diciembre) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel García Prada) JUR 2010\107904. Aranzadi.

Tribunal Superior de Cataluña (Sala de lo Contencioso- administrativo) (Ponente: Gomis Masqué, Ramón) (Sentencia 554/2012 de 23 de mayo) Rec. 1354/2008. LA LEY 129107/2012.

5

RESPECT FOR FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE EU DURING THE COVID 19 PANDEMIC

Elena Tilovska-Kechedji

Associate professor. Vice Dean for International Cooperation and Science.
Faculty of Law, University “St. Kliment Ohridski” - Bitola, North Macedonia.

E-mail: elena-tilovska-kechegi@hotmail.com

ABSTRACT

The fundamental rights are at the core of the European Union postulates and they should be respected as such. But during the COVID 19 pandemic we saw and we still see, today maybe even more, many disrespects towards the fundamental rights. If the tower upon which this postulates are placed is shaken by an earthquake of disrespect, it will fall. That is why the EU should try everything in its power to respect the fundamental rights and promote them, even when there are no emergency situation. Because this pandemic opened our eyes of how fragile the EU system is especially in regards to the respect of the main fundamental rights.

KEYWORDS: Fundamental rights, European Union, COVID 19.

Received on: 10.10.2021

Accepted on: 27.11.2021

INTRODUCTION

The European Union was built under the postulates of democracy, liberty, dignity, equality, and respect for all and all of them reinforce the fundamental rights which are presented in the Charter of Fundamental Rights and freedoms and the European Convention on Human Rights, which must be respected by all EU states when enforcing EU laws.¹ States have the obligation not only to respects these rights but they have the power to restrict some of them in specific crisis and only temporarily by presenting specific measures in order to protect life.²

THE EMERGENCY ACT

When the COVID 19 pandemic begun, the member states needed to act fast and introduce drastic measures in order to stop the spreading of the virus. The measures presented by the member states restricted the fundamental rights, and although they were justified these measures needed to be controlled, and should never be misused by certain parties. For example, such measures were the mandatory quarantine, the closure of borders and restrictions of movement within and out of a country, all of these and many more measures had an enormous impact on everyday lives, on the economies, on employment, on the social and cultural life and in other fields.³ States also needed

¹ What are fundamental rights ? | European Union Agency for Fundamental Rights (europa.eu)

² ELI PRINCIPLES FOR THE COVID-19 CRISIS. Acknowledgment is due to the University of Vienna which has generously hosted the ELI Secretariat under successive Framework Cooperation Agreements since 2011ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf (europeanlawinstitute.eu)

³ Ibid

to notify the population concerning the derogation measures taken by each of them, which is also authorized by law, and once the threat was over, states should lift the presented measures.⁴ These emergency acts and measures are regulated within the States Constitutions, or with laws, or other legislation or decrees. The State of emergency increases the powers of the government, and of the institutions such as the police, the army and decreases the powers of Parliaments, therefore the power of the people is reduced, from which it appears a dis-balance in the system of checks and balances. The Constitutions of course ensure these powers are not abused, and in order the government to extend the emergency measures it needs the approval of Parliament, but are these measures enough to assure that governments wont abuse their powers. The European Parliament aware of the possibilities of abuse, reaffirmed guarantees for no abuse in the Resolution of 17 April 2020 to fight the pandemic. In almost all Member States the declaration of a state of emergency were consensual, but in few a consensus was not achieved. For example, Hungary and Poland rulings in regards to the state of emergency were incompatible with EU legislation. The Hungarian Government declared that she will prolong the state of emergency indefinitely, and its Government could rule by decree without a time frame limitations. The Polish Government changed the electoral law opposite of the Constitutional Tribunal ruling to hold Presidential elections during the pandemic⁵. Other laws were also abused, like

⁴ “CORONAVIRUS PANDEMIC IN THE EU- FUNDAMENTAL RIGHTS IMPLICATIONS”. BULETIN 1. 1 Feb - 20 March. European Union Agency for Fundamental Rights. Retrieved from: Coronavirus pandemic in the EU - Fundamental rights implications (iapp.org)

⁵ The impact of COVID19 measures on Democracy, Rule of Law and Fundamental rights in the EU. BRIEFING Requested by the LIBE committee Monitoring Group on Democracy, Rule of Law, Fundamental Rights. The Impact of

the role and powers given to the police and the army.⁶ Therefore, some governments no matter how democratic or liberal they are, they used the moment of de-stress and emergency to gain more power and pass laws of interest.

DEROGATION FROM ECHR RULINGS

Although, as we saw during emergency acts or measures, certain rights can be suspended, still human rights conventions clauses continue to apply, and there are many human rights instruments that contain specific clauses that provide governments with flexibility to address crises without breaking fundamental rights. In the European Convention on Human Rights (ECHR), Article 15 is a clause that allows the Council of Europe separate from their convention obligations, to resolve the crisis, but only under certain conditions.⁷ Meaning that the ECHR safeguards the fundamental rights in the EU. So, Article 15 of the ECHR deals with human rights protection specifically during crisis and it is very important, it is a derogation clause, that allows temporary deviate in order to address a public emergency. This article gives power to governments in emergency situations and allows an effective resolution. It also presents boundaries on governments by presenting a list of rights and thus respecting the fundamental rights. Article 15 was a crucial clause that should have been used during the pandemic to respect human rights⁸

Covid-19 Measures on Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights in the EU (europa.eu)

⁶ Ibid

⁷ Upholding human rights in Europe during the pandemic. European Parliament. Briefing. Retrieved from: Upholding human rights in Europe during the pandemic (europa.eu)

⁸ Ibid

Also, the European Court of Human Rights (ECtHR) has ruled that Article 15 implies that the situation of emergency must be real scenario not something made up or reinforced, in which case derogation's are allowed. This article does not give unlimited powers to states and it presents certain boundaries. And if the state uses the derogation unlawfully it can be taken before the ECtHR.⁹ Therefore there are measures to be taken if a state misuses the emergency acts, although even with this restrictions still some states acted unlawful.

THE DECREE MEASURES DURING THE PANDEMIC AND THEIR AFFECT ON FUNDAMENTAL RIGHTS

To continue with, all EU Member States introduced different kinds of measures to stop the outbreak of the virus and most of them used distancing measures as well as quarantine. And this measures affected and can affect many fundamental rights.¹⁰

The quarantine measures presented to stop the outbreak, affected the rights to liberty, the right to private and family life, the freedom of thought, the freedom of expression and information, the freedom of assembly, the freedom of movement, the freedom of equality, the freedom to health care and many more.¹¹ People were restricted to move around, they could not see their families and friends, they were not always treated equally, older people were denied respiratory treatment and so on. So these measures affect all rights, because the fundamental

⁹ Ibid

¹⁰ CORONAVIRUS PANDEMIC IN THE EU — FUNDAMENTAL RIGHTS IMPLICATIONS. Buketin 1. Coronavirus pandemic in the EU - Fundamental rights implications (europa.eu)

¹¹ Dolores Utrilla. Insight: "Fundamental rights implications of measures against the COVID-19 outbreak" by Dolores Utrilla - EU Law Live

rights are interconnected with each other, if one right is broken it affects other rights as well.

Furthermore, the EU Member States have implemented different strategies to enforce the measures. In Hungary, authorities placed a red label on the door of the quarantined, therefore the right to privacy was broken. Financial sanctions for not respecting the emergency measures were set in most Member States, disregarding the reasons of the person who disrespected the measures. Some introduced more conservative sentences than other, like imprisonment.¹²

Furthermore, under Article 35 of the Charter of Fundamental rights of the EU

“Everyone has the right of access to preventive health care and the right to benefit from medical treatment under the conditions established by national laws and practices. A high level of human health protection shall be ensured in the definition and implementation of all Union policies and activities”.¹³

Therefore, the right to health presents that the health care system and all the necessities that it offers like its facilities, services, doctors, medicine and so on will be given to all the people without discrimination, and the emergency situations should not be used against different groups.¹⁴ But in reality the scenario was different, several Member States have postponed non-urgent interventions to redirect health workers to treat COVID-19

¹² CORONAVIRUS PANDEMIC IN THE EU — FUNDAMENTAL RIGHTS IMPLICATIONS. Buletin 1. Coronavirus pandemic in the EU - Fundamental rights implications (europa.eu)

¹³ “Charter of Fundamental Rights of the European Union”. Official Journal of the European Communities. Retrieved from: text_en.pdf (europa.eu)

¹⁴ Human Rights Dimensions of COVID-19 Response. Human Rights Dimensions of COVID-19 Response | Human Rights Watch (hrw.org)

patients. This represents a huge risk to patients with other illnesses. France, reported that doctors may be forced to prioritize patients for treatment, like older patients and only people under 80 would be provided with ventilation. Also, medical guidelines were presented in supporting doctors in prioritizing treatment, like in Italy and Spain.¹⁵ Therefore, the right to health was disrespected, the health system was selectable and discriminating, mostly towards the older people, the people with disabilities and it was unavailable to all due to the collapse of the health care systems.

Furthermore, from the restrictions and measures undertaken by states the workers suffered also, especially workers who worked part time, single parents who did not have anyone take care of their kids, people with health issues and disabilities.¹⁶ Also, the restrictions impacted other workers' rights like information and consultation, unjustified dismissal or lay outs of work and so on.¹⁷ So all this rights and many more were broken with the measures adopted especially in the countries with poor economies. Because we saw that the countries with stronger economies helped their citizens with certain economical measures to sustain the businesses and people not to lose their jobs but this was not the cases everywhere.

Education-wise, the measures also created problems for many children and students, many countries pursued on line

¹⁵ CORONAVIRUS PANDEMIC IN THE EU — FUNDAMENTAL RIGHTS IMPLICATIONS. Buletin 1. Coronavirus pandemic in the EU - Fundamental rights implications (europa.eu)

¹⁶ Dolores Utrilla Insight: “Fundamental rights implications of measures against the COVID-19 outbreak” by Dolores Utrilla - EU Law Live

¹⁷ CORONAVIRUS PANDEMIC IN THE EU — FUNDAMENTAL RIGHTS IMPLICATIONS. Buletin 1. Coronavirus pandemic in the EU - Fundamental rights implications (europa.eu)

learning.¹⁸ In Croatia, schools provided devices from school reserves to those who were in need as well as unlimited internet. In Latvia, mobile phone companies supplied smart devices and internet to all children. Austria, France and Slovenia provided online platforms, while in Croatia, Hungary and Cyprus, school programmes were presented on television, but, not all schools or students were able to follow the on line learning.¹⁹ Roma children access to education have been limited. Only 8 of 10 Roma are enrolled in schools in Romania. In Bulgaria, 11% of students, could not follow on line classes.²⁰ Therefore, governments can not and should not ignore Article 24, The right of the child of the Charter of fundamental rights and the right to education (Article 14) also from the Charter, should be provided without discrimination (Article 21).²¹ And as we can see from the facts these fundamental right were not respected by many governments, although many States tried their best to provide all the necessary means still many children were deprived from their rights, directly or indirectly, and the measures adopted were not suitable for all.

¹⁸ COVID-19: A Colossal Threat to Fundamental Rights of Humans Obiwuru Chidera Rex, Ismail Sheik, Nadeem Sarwar, Dr Asma Irshad International Journal of Humanities & Social Science: Insights & Transformations Vol. 5, Issue 2 – 2020 ISSN: 2581-3587 (PDF) COVID-19: A Colossal Threat to Fundamental Rights of Humans (researchgate.net)

¹⁹ CORONAVIRUS PANDEMIC IN THE EU — FUNDAMENTAL RIGHTS IMPLICATIONS. Buletin 1. Coronavirus pandemic in the EU - Fundamental rights implications (europa.eu)

²⁰ Jacqueline Bhabha 1, Roshni Chakraborty 2, Vasileia Digidiki 3, Margareta Matache 4, Samuel Peisch 5 and Ana Cristina Sedas. Protecting Human Rights During and After COVID-19: A Child Rights' Perspective. jUNE 19, 2020 HARVARD UNIVERSITY. Protecting human rights during and after COVID-19: A Child Rights' Perspective (ohchr.org)

²¹ CORONAVIRUS PANDEMIC IN THE EU — FUNDAMENTAL RIGHTS IMPLICATIONS. Buletin 1. Coronavirus pandemic in the EU - Fundamental rights implications (europa.eu)

Furthermore, in regards to the fundamental right of equality, and all individuals to be treated equally especially in emergency situations, the states must oblige to respect this right as well. But the reality was that the pandemic, affected some people more than others, mostly due to their socioeconomic and health status.²² Furthermore, there was a growing presence of discrimination, racism and xenophobia especially towards people with Asian origin, and people with disabilities.²³ So we can see that almost all of the fundamental rights were in some way disrespected.

The freedom of movement affected all states and people at national, local and regional level. All States introduced controls at their borders, with an impact on Schengen and free movement. Only Ireland did not introduce this restrictions.²⁴ Italy was the first to place restrictions on movement first in ten towns in Lombardy and one in Veneto, and on March 8 it imposed restrictions in the north. The restrictions included band on travel, it closed all cultural centers and canceled events, it closed bars, restaurants, and stores except food markets and pharmacies which were a necessity. People disobeying the restrictions were fined with fees or three-month prison.²⁵ This measures later on were presented in most of the countries, in some stricter

²² Fundamental rights and the COVID 19 pandemic. World Justice project. [fundamental-rights-v3.pdf \(worldjusticeproject.org\)](https://www.worldjusticeproject.org/fundamental-rights-v3.pdf)

²³ CORONAVIRUS PANDEMIC IN THE EU — FUNDAMENTAL RIGHTS IMPLICATIONS. Buletin 1. Coronavirus pandemic in the EU - Fundamental rights implications (europa.eu)

²⁴ The impact of COVID19 measures on Democracy, Rule of Law and Fundamental rights in the EU. BRIEFING Requested by the LIBE committee Monitoring Group on Democracy, Rule of Law, Fundamental Rights. The Impact of Covid-19 Measures on Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights in the EU (europa.eu)

²⁵ Human Rights Dimensions of COVID-19 Response. Human Rights Dimensions of COVID-19 Response | Human Rights Watch (hrw.org)

than others. Shutting their borders was contrary to the right to freedom of movement.²⁶ In some states, entry was banned for asylum applicants, which can raise issues under Articles 18 of the Charter. On 20 March 2020, Cyprus returned a boat with 175 Syrians seeking asylum. Hungary did not admit asylum seekers and Greece had suspended access to asylum seekers.²⁷

Furthermore, the Freedoms of Expression and Assembly and the Right to Information in Emergency situations, must be defined and with no restrictions applicable so as not to delay the free flow of information in order to understand the problem with the virus, as well as detect and control the disease. The freedom of expression must not be limited in such emergencies. The measures restricting freedom of movement and freedom of speech have had a terrible effect on the media and its ability to report on the pandemic, as well as the government responses to it.²⁸ Furthermore, the European Commission has been active in handling the online disinformation which is widespread and very challenging.²⁹

It can be concluded that the restrictive measures adopted by member states during the pandemic made serious disrespects towards fundamental rights. Breaches that should never have been made were created in reality, and this of course rose serious

²⁶ COVID-19: A Colossal Threat to Fundamental Rights of Humans Obiwuru Chidera Rex, Ismail Sheik, Nadeem Sarwar, Dr Asma Irshad International Journal of Humanities & Social Science: Insights & Transformations Vol. 5, Issue 2 – 2020 ISSN: 2581-3587 (PDF) COVID-19: A Colossal Threat to Fundamental Rights of Humans (researchgate.net)

²⁷ CORONAVIRUS PANDEMIC IN THE EU — FUNDAMENTAL RIGHTS IMPLICATIONS. Buletin 1. Coronavirus pandemic in the EU - Fundamental rights implications (europa.eu)

²⁸ Fundamental rights and the COVID 19 pandemic. World Justice project. fundamental-rights-v3.pdf (worldjusticeproject.org)

²⁹ Ibid

questions about the respect, obligations, towards the European Convention of Human rights the Court and the Charter.

PROTECTING FUNDAMENTAL RIGHTS

The COVID-19 pandemic derogated even more the already weakened fundamental rights. In order to address the challenges not only during this pandemic but in future, some principles have to be acknowledged, like the principle of the rule of law which is a fundamental value of the European Union. Some bodies in the EU promote and strengthen the rule of law, like the European Court of Human Rights (ECtHR), the Commissioner for Human Rights, the European Commission for the efficiency of justice (CEPEJ), and the Venice Commission. The main elements of the rule of law are legality, security, justice, respect for human rights, non-discrimination, equality and so on and in order for the fundamental and human rights to be respected the rule of law must function.³⁰

The Fundamental and human rights must be strengthened, it must be acknowledged that they are legally binding and they are needed and apart of all spheres: law drafting, policy measures, authoritative activities, judiciary, education, research and the media. Each individual needs to know and needs to be informed about his/her rights, obligations and legal remedies. The implementation of fundamental and human rights is monitored very little or not at all.³¹ It is of crucial importance that the crisis

³⁰ The impacts of the coronavirus pandemic on the implementation of fundamental and human rights – Recommendations by the Human Rights Delegation Human Rights Centre’s publications 3/2020. ISSN 2670-1944 ISBN 978-952-7117-39-2 <https://www.humanrightscentre.fi/publications/> © Human Rights Centre 2020 Helsinki

³¹ Ibid

does not lead to unnecessary limitation of rights. The Emergency act must be exercised solely under control of institutions, and the rule of law. There are worries that some governments may be drawing benefit from the epidemic to consolidate their power and influence.³² But all of this can change if we respect the rule of law and the fundamental rights.

CONCLUSION

During the pandemic we saw many limitations, many disrespects towards all fundamental and human rights. These acknowledged facts and situation is worrisome for all because it opens up many questions about the functioning of the institutions and the system of the EU. If the core fundamental rights are disrespected than the rule of law does not function as well. Therefore, it is of crucial importance for the Member states and the EU to acknowledge the weakness that appeared in the system during the pandemic, resolve them and begin implementing new and improved regulations to monitor the rightful implementation of fundamental rights.

REFERENCE LIST:

“Charter of Fundamental Rights of the European Union”. Official Journal of the European Communities. Retrieved from: [text_en.pdf \(europa.eu\)](#)

“CORONAVIRUS PANDEMIC IN THE EU- FUNDAMENTAL RIGHTS IMPLICATIONS”. BULETIN 1. 1 Feb - 20 March. European Union Agency for Fundamental Rights. Retrieved from: [Coronavirus pandemic in the EU - Fundamental rights implications \(iapp.org\)](#)

³² Luca Jahier. No lockdown for fundamental rights during the COVID-19 crisis. **No lockdown for fundamental rights during the COVID-19 crisis! | European Economic and Social Committee (europa.eu)**

CORONAVIRUS PANDEMIC IN THE EU — FUNDAMENTAL RIGHTS IMPLICATIONS. Buletin 1 Coronavirus pandemic in the EU - Fundamental rights implications (europa.eu)

Dolores Utrilla. Insight: “Fundamental rights implications of measures against the COVID-19 outbreak” by Dolores Utrilla - EU Law Live

ELI PRINCIPLES FOR THE COVID-19 CRISIS. Acknowledgment is due to the University of Vienna which has generously hosted the ELI Secretariat under successive Framework Cooperation Agreements since 2011 [ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf](#) (europeanlawinstitute.eu)

Fundamental rights and the COVID 19 pandemic. World Justice project. [fundamental-rights-v3.pdf](#) (worldjusticeproject.org)

Human Rights Dimensions of COVID-19 Response. Human Rights Dimensions of COVID-19 Response | Human Rights Watch (hrw.org)

Jacqueline Bhabha¹, Roshni Chakraborty², Vasileia Digidiki³, Margareta Matache⁴, Samuel Peisch⁵ and Ana Cristina Sedas. Protecting Human Rights During and After COVID-19: A Child Rights’ Perspective. jUNE 19, 2020 HARVARD UNIVERSITY. Protecting human rights during and after COVID-19: A Child Rights’ Perspective (ohchr.org)

Luca Jahier. No lockdown for fundamental rights during the COVID-19 crisis. No lockdown for fundamental rights during the COVID-19 crisis! European Economic and Social Committee (europa.eu)

Obiwuru Chidera Rex, Ismail Sheik, Nadeem Sarwar, Dr Asma Irshad. COVID-19: A Colossal Threat to Fundamental Rights of Humans. International Journal of Humanities & Social Science: Insights & Transformations Vol. 5, Issue 2 – 2020 ISSN: 2581-3587 (PDF) COVID-19: A Colossal Threat to Fundamental Rights of Humans (researchgate.net)

The impact of COVID19 measures on Democracy, Rule of Law and Fundamental rights in the EU. BRIEFING Requested by the LIBE committee Monitoring Group on Democracy, Rule of Law, Fundamental Rights. The Impact of Covid-19 Measures on Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights in the EU (europa.eu)

The impacts of the corona virus pandemic on the implementation of fundamental and human rights – Recommendations by the Human Rights Delegation Human Rights Centre’s publications 3/2020. ISSN 2670-1944 ISBN 978-952-7117-39-2 Layout: Joonas Tupala Translation: Lingsoft Language

ge Services Oy <https://www.humanrightscentre.fi/publications/> © Human Rights Centre 2020 Helsinki

Upholding human rights in Europe during the pandemic. European Parliament. Briefing. Retrieved from: Upholding human rights in Europe during the pandemic (europa.eu)

What are fundamental rights ? | European Union Agency for Fundamental Rights (europa.eu)

6

ORDENAÇÃO DO TERRITÓRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

TERRITORIAL PLANNING AS FUNDAMENTAL RIGHT IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

Bruna Azevedo de Castro

Doutora em Direito pela FADISP. Mestra em Direito Penal – Tutela dos Direitos Supraindividuais – pela Universidade Estadual de Maringá-PR. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Professora do Programa de Mestrado Profissional em Direito das Faculdades Londrina.

Sibila Stahlke Prado

Mestranda no Programa de Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologia da Escola de Direito das Faculdades Londrina (2020-2022). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pela Universidade Norte do Paraná. Advogada.

RESUMO

A ordenação do território surge a partir de problemas referentes ao uso desordenado dos espaços habitáveis. Pode ser compreendida como utilização ou aproveitamento racional do solo (urbano ou não urbano), referida à ordenação dos espaços habitáveis com

vistas ao pleno desenvolvimento das atividades do ser humano em seu espaço de convivência; é substancialmente autônoma e tem assento constitucional. Trata-se de um direito fundamental, de natureza supraindividual, que surge historicamente a partir de necessidades sociais específicas. Relaciona-se com a efetivação do direito à moradia, livre circulação, trabalho, também com a função social da propriedade e com os objetivos fundamentais da República, especialmente a erradicação da pobreza e da marginalização, com redução de desigualdades sociais e regionais.

PALAVRAS-CHAVE: Ordenação territorial. Constituição Federal. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The territorial planning emerges from problems related to the disordered use of habitable spaces. It can be understood as rational use of the urban or not-urban ground, referring to the ordering of habitable spaces aiming at full development of human's activities in his living space; the territorial planning is substantially autonomous and has a constitutional reference. It is a fundamental right, of a supra-individual nature, which has historically emerged from specific social needs. It is related to the realization of the right to housing, free movement, work, also with the social function of property and with the fundamental objectives of the Republic, especially the eradication of poverty and marginalization, with the reduction of social and regional inequalities.

KEYWORDS: Territorial planning. Federal Constitution. Fundamental Rights.

Recebido em: 06.11.2021

Aceito em: 28.11.2021

INTRODUÇÃO

A ordenação dos espaços habitáveis – o território de um modo geral e especificamente o solo urbano – possui inquestionável importância, pois afeta a preservação e melhoria da qualidade de vida humana, envolvendo também temas como o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, função social da propriedade, desenvolvimento social e econômico, redução de desigualdades locais e regionais

O processo de expansão e desenvolvimento urbano é a experiência social objeto de regulação pelo Direito, que se volta para a ordenação racional dos espaços urbanos, conjugando interesses coletivos e particulares, a fim de conferir tutela efetiva a um bem jurídico de cunho metaindividual que é a ordenação do território – especialmente o ordenamento urbano.

O aglomerado urbano é antes de tudo um centro de *convivência*, o meio em que as pessoas também compartilham de uma vida em comum e, por isso, demanda a existência de determinadas regras aptas a ordená-lo e a regular essa coexistência entre os seres humanos que o compõem (SILVA, 2006).

Incumbe à Constituição vigente em um determinado território em um dado momento histórico estar em afinado compasso com as “forças espontâneas e dominantes de seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e ordenação objetiva”, pois a própria eficácia constitucional está condicionada à consideração da realidade concreta – política e social – de seu tempo, que ela ordena e conforma por meio de sua normatividade (HESSE, 1991).

Não obstante, na história constitucional brasileira, apenas a Carta de 1988 conferiu um tratamento substancial ao ordenamento *urbano*, mas partindo de uma feição não meramente

patrimonial e individualista, mas da perspectiva transindividual, consagrada pelo Estado democrático de Direito, voltado ao bem-estar *social*.

O presente estudo tem por objetivo caracterizar a ordenação do território, indicando suas distinções e intersecções com o urbanismo, bem como analisar o tratamento jurídico-constitucional conferido à matéria e sua identificação (ou não) enquanto direito fundamental.

Inicialmente, pretende-se definir a ordenação territorial, distinguir e identificar os pontos em comum com o urbanismo, indicando também quais são os seus objetivos. Na sequência, pela análise de dispositivos esparsos, trata-se da política urbana e ordenação territorial na Constituição Federal de 1988, com referência também ao tratamento jurídico da matéria no plano infraconstitucional. Por fim, pretende-se demonstrar que a ordenação territorial constitui um direito fundamental transindividual que surge historicamente a partir de necessidades sociais. Utiliza-se da técnica de documentação indireta, especialmente a pesquisa bibliográfica, com método de abordagem dedutivo.

2 ORDENAÇÃO TERRITORIAL: CARACTERIZAÇÃO

Ordenação do território, conceito desenvolvido sobretudo pela doutrina francesa¹, emerge do desenvolvimento e incremento das responsabilidades da Administração Pública em relação aos cidadãos, que assume a obrigação de assegurar uma melhor repartição dos homens no território em função

¹ A expressão “aménagement du territoire” foi pela primeira vez utilizada em França, em fevereiro de 1950, pelo então Ministro da Reconstrução e do Urbanismo, Claudius Petit (CORREIA, 2004, p. 62).

dos recursos naturais e das atividades econômicas (QUINTANA LÓPEZ, 1988).

A ordenação do território, entendida em sentido amplo como a “política de distribuição dos usos do solo” (ACALE SÁNCHEZ, 2006, p. 86), é mais abrangente e apreende em si o conceito de urbanismo, envolvendo a regulação do “uso do solo (urbano e rural), planejamento e gestão territorial, bem como a edificação” (PRADO, 2005, p. 511)².

Segundo Fernando López Ramón, a ordenação do território comporta uma pluralidade de enfoques conceituais, que tem em comum a referência à finalidade de correção dos desequilíbrios regionais: a) entendida como uma *política econômica*, a ordenação do território utiliza-se preponderantemente de instrumentos típicos da intervenção pública na economia (obras públicas, auxílio às empresas, atuações de empresas públicas); b) como uma *função de planificação física*, a ordenação territorial dirige-se ao zoneamento e estabelecimento de usos e atividades em caráter global, ou seja, uma função horizontal vinculante das funções setoriais; por fim, c) ordenação do território é também concebida

² PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. Meio Ambiente. Patrimônio Cultural. Ordenação do Território. Biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 511. O Tribunal Constitucional Alemão firmou em 1954 a distinção entre a função do urbanismo e da ordenação territorial, com o objetivo de delimitar o regime de competências para um e outro, no sentido de que “a ordenação do território comporta uma planificação supralocal coordenada e integradora de uma generalidade de planificações setoriais, caracterizada pela globalidade e supraordenação; o urbanismo, pelo contrário, compreende o planejamento local, o parcelamento, a união de solos, a urbanização, a valorização do solo e a política de edificação” (QUINTANA LÓPEZ, 1988, p. 55). O Tribunal Constitucional Espanhol, na sentença 77/1984, estabelece que “a ordenação do território tem por objeto a atividade consistente na delimitação dos diversos usos a que possa destinar-se o solo ou espaço físico territorial” (RODRÍGUEZ-CHAVEZ MIMBRERO, 2002, p. 126).

como uma finalidade geral que deve ser assumida pelas funções setoriais, garantindo seu êxito por meio de mecanismos de tomadas de decisão pluralistas, que assegurem a participação de diversos setores profissionais e organizacionais implicados e das diferentes informações necessárias (LÓPEZ RAMÓN, 1997).

Enquanto função pública o objeto de regulação da ordenação territorial é o uso do solo enquanto recurso natural³ e suporte das atividades humanas⁴ a partir de uma escala ampla e globalizadora, em nível supralocal ou regional (incluindo determinações sobre proteção do meio ambiente, desenvolvimento econômico, regulação do solo rústico, previsão de infraestruturas e urbanismo (RODRÍGUEZ-CHAVEZ MIMBRERO, 2002)⁵.

A ordenação do território busca solucionar problemas de “macro-ordenamento”, visando uma ocupação equilibrada do território nacional (JACQUOT; PRIET, 2001)⁶. Com efeito, a amplitude de objetivos e de atuação é nota característica

³ O solo, como elemento material e natural do território, é vital ao ser humano por sustentar o meio em que se desenvolvem de forma individual e coletiva, tratando-se de um recurso limitado e escasso, que não possui capacidade de auto-regeneração como o ar e a água e, portanto, com nulas perspectivas de renovação e amplas possibilidades de degradação (BOLDOVA PASAMAR, 2007).

⁴ Ordenação do território e urbanismo são instrumentos a serviço dos mesmos bens e valores, sendo necessário que estejam em franca compatibilidade ou combinação para que possam contribuir, conjuntamente, para a satisfação do interesse geral de organização da utilização do solo (PAREJO ALFONSO, 1996).

⁵ Essa regulação direta e concreta informa que o urbanismo se refere às relações que o homem mantém e desenvolve com a terra, o solo, como seu “eixo operativo” (RAMÓN FERNÁNDEZ, 2005, p. 16). Nesse sentido, o urbanismo tem por escopo ordenar os espaços habitáveis, disciplinando o controle e uso do solo no que concerne à criação, manutenção ou melhoria dos núcleos populacionais, com a finalidade de tornar a vida dos homens na sociedade urbana mais *funcional* (BOLDOVA PASAMAR, 2007a).

⁶ O ordenamento territorial ultrapassa as questões de utilização do solo de espaços habitáveis, englobando preocupações mais diversas como o desenvolvimento socioeconômico equilibrado das diferentes regiões, transportes, turismo,

e distintiva da ordenação do território, de modo que “dada a vocação globalizadora da ordenação do território, esta vem a constituir um ordenamento superior ao ordenamento urbanístico; as normas de ordenação do território fixam uma série de determinações que vinculam os instrumentos urbanísticos” (RODRÍGUEZ-CHAVEZ MIMBRERO, 2002, p. 133)⁷.

À ordenação territorial cumpre o papel de elaborar e executar planos regionais e nacionais segundo uma racionalidade de “estratégia organizacional e política predeterminada por um plano de governo” (LIMA, 2006, p. 43). Por sua vez, a política urbana deve realizar estratégias locais; por isso, ambas devem estar devidamente harmonizadas.

A Carta Europeia de Ordenação do Território (1983) define ordenação do território: “expressão espacial das políticas econômica, social, cultural e ecológica de qualquer sociedade. É, ao mesmo tempo, uma disciplina científica, uma técnica administrativa e uma política concebida como um enfoque interdisciplinar e global, cujo objetivo é o desenvolvimento equilibrado das regiões e a organização física do espaço segundo um conceito reitor”.

Tem por principais objetivos: o desenvolvimento socioeconômico equilibrado das regiões, a melhoria da qualidade de vida, a gestão responsável dos recursos naturais e proteção do ambiente, a utilização racional do território⁸.

patrimônio histórico-cultural, preservação ambiental, entre outras (OLIVEIRA, 2002).

⁷ Cf. COIMBRA, et. al., 2007).

⁸ Esse conceito amplo e interdisciplinar fornecido pela CEOT se traduz não apenas em uma função de planificação física, mas também em uma política econômica e diversos critérios que têm por escopo a luta contra os desequilíbrios regionais (ROMERO REY, 2000).

A ordenação territorial surge, portanto, como uma “moderna função pública orientada para dar uma resposta global aos problemas que a utilização do espaço coloca, traduzindo e sendo, por conseguinte, uma matéria que obriga a uma análise interdisciplinar” (OLIVEIRA, 2002, p. 9). A atribuição de objetivos tão amplos e imprecisos, tais como o desenvolvimento socioeconômico equilibrados das regiões, melhoria da qualidade de vida, gestão responsável dos recursos naturais e utilização racional do território, conduz ao questionamento de se a ordenação do território é matéria jurídica ou apenas uma *política* (OLIVEIRA 2002).

Tendo em vista a natureza jurídica de vários instrumentos que são utilizados para a conquista de suas finalidades, não se pode deixar de reconhecer que a ordenação do território submete-se ao Direito, inclusive como “uma exigência que visa responder ao imperativo democrático e ao imperativo da eficácia da ação governativa e da Administração” (OLIVEIRA, 2002, p. 16).

Assim, o ordenamento jurídico tem por missão atualizar e efetivar na realidade fática essa função pública essencial nas sociedades modernas de “ordenar o território conforme critérios racionais que permitam um desenvolvimento sustentável, que tenha em conta não só as necessidades atuais, senão também das gerações futuras”(BOLDOVA PASAMAR, 2007, p. 26).

3 ORDENAÇÃO TERRITORIAL E POLÍTICA URBANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

As normas urbanísticas caracterizam-se pela apresentação de uma visão prospectiva, traçando algumas metas e delimitando etapas por que o Estado deverá percorrer, intervindo na dinâmica e complexa vida urbana, a começar da consideração de uma realidade, com vistas a transformá-la positivamente (SAULE

JÚNIOR, 1997). São normas de Direito Público, pois visam a regular uma *função pública*, que é a atividade urbanística do Estado⁹, e, portanto, também cogentes ou compulsórias (SILVA, 2006).

De acordo com o *objeto urbanístico* de transformação, as normas urbanísticas podem ser agrupadas em três conjuntos distintos: “a) *normas de sistematização urbanística* – que estruturam os instrumentos de organização dos espaços habitáveis, e são pertinentes (1) ao planejamento urbanístico; (2) à ordenação do solo em geral e de áreas de interesse especial; b) *normas de intervenção urbanística* – que se referem à delimitação e limitações do direito de propriedade e ao direito de construir; c) *normas de controle urbanístico* – que são aquelas destinadas a reger a conduta dos indivíduos quanto ao uso do solo, como as que estabelecem diretrizes de atividades urbanísticas dos particulares as que regulam a aprovação de urbanificação, a outorga de certificado ou certidão de uso do solo, a licença para urbanificar ou para edificar” (SILVA, 2006, p. 64). Sob a perspectiva da *fonte* da qual emanam, as normas urbanísticas podem ser *constitucionais*, que são todas aquelas referentes à matéria urbanística presentes na Constituição Federal, e *ordinárias*, que integram leis ordinárias de disciplina urbanística (SILVA, 2006).

A Constituição Federal de 1988, que consagrou o Estado de Direito Democrático, voltado ao bem-estar social, não deixa incógnita a disciplina urbanística, mas, ao contrário, e de forma inédita da história constitucional brasileira (SILVA, 2006; MEIRELLES, 2006; MIRALÉ, 2007), dispensa a essa matéria uma atenção especial, reservando-lhe um capítulo inteiro,

⁹ Atividade urbanística é uma função pública estatal consistente em ordenar os espaços habitáveis, em que o Poder Público deverá equilibrar os interesses particulares e o interesse da coletividade (SILVA, 2006).

intitulado “Da Política Urbana”, partindo do art. 182 da Magna Carta que, de seu turno, propõe “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”¹⁰. Ademais, há outros dispositivos constitucionais relacionados à matéria, mormente os referidos à competência para legislar, como no caso das diretrizes de desenvolvimento urbano (art. 21, XX) e da elaboração de planos nacionais e regionais de ordenamento territorial, desenvolvimento econômico e social (art. 21, IX)¹¹; a promoção de programas de habitação e construção de moradias (art. 23, IX)¹²; a competência para legislar sobre Direito Urbanístico (art. 24, I), proteção do ambiente e recursos naturais – incluído a defesa do *solo* - (art. 24, VI), proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (art. 24, VII), bem como a responsabilidade por eventuais danos a esses bens (art. 24, VIII)¹³; no que couber, estabelece a

¹⁰ A “ordenação” referida no Texto Constitucional será orientada por meio de políticas públicas que, de seu turno, caracterizam-se por serem “metas coletivas conscientes”, um conceito que “atende à amplitude da questão, vez que os recursos públicos demandam aplicação consequente, mediante decisões rigorosamente sopesadas e responsáveis” (GARCIA, 2007, p. 184).

¹¹ “Art. 21. Compete à União. [...] IX – elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; [...] XX – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”.

¹² “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

¹³ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; [...] VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

competência municipal para promover adequado ordenamento territorial (art. 30, VIII)¹⁴.

A concepção política insculpida na Constituição para o desenvolvimento urbano volta-se à consecução de objetivos intraurbanos, relacionados à realização ou efetivação das funções sociais da cidade, com escopo de garantir o bem-estar de seus habitantes, o que estará a cargo da competência municipal. Assim, pondera-se com acerto que “essa política de desenvolvimento urbano fica bastante empobrecida e talvez não terá condições de implementar os objetivos importantes a ela assinalados pelo art. 182, se não se vincular a uma política mais ampla que leve em conta também as dimensões interurbanas, como parte de uma política de desenvolvimento econômico e social que ultrapassa o nível estritamente municipal” (SILVA, 2007, p. 817). Em outras palavras, a Constituição não promove diretrizes gerais para efetivação de uma política nacional de *ordenação do território*, o que não inviabiliza essa realização, pois é perfeitamente compatível com os dispositivos constitucionais em apreço.

A Carta de 1988 é detalhista no que diz respeito à política urbana que, como se viu, é *intra-urbana* e assegura as devidas competências aos entes federativos no que tange à legislação da matéria. No art. 182¹⁵, especialmente, a Constituição traça

¹⁴ “Art. 30. Compete aos Municípios: [...] VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

¹⁵ “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º - As desapropriações de

bases sólidas vislumbrando uma regulação mais concreta por parte do ente federativo interessado (TRENNEPOHL, 2007), o Poder Público *municipal*, a quem confere a função executar a política de desenvolvimento urbano, conforme diretrizes a serem fixadas em *lei*¹⁶. Não se trata, todavia, de *impor* a todos os habitantes da cidade um planejamento, tampouco de dispor coercitivamente sobre a destinação dos imóveis urbanos; cuida-se, em realidade, de ditar alguns parâmetros para a política de desenvolvimento urbano (BASTOS; MARTINS, 1990, p. 203)¹⁷, fundados, inclusive, nos princípios gerais da atividade econômica – elencados no Capítulo I (art. 170¹⁸) do Título

imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais”.

¹⁶ A competência municipal, todavia, “não é meramente complementar às normas gerais federais ou estaduais, mas derivam de interesse local. Afinal, as pessoas moram e se relacionam, na maioria das vezes, no espaço urbano. Os processos de construção das condições materiais de vida, tanto quanto os modos de viver – expressos em valores, hábitos, comportamentos, atitudes, crenças –, trabalhar e lutar, ocorrem na cidade” (ROCHA, 1999, p. 106).

¹⁷ Para Celso Antonio Pacheco Fiorillo, o art. 182 da Magna Carta representa a tutela *imediate* do que denomina “meio ambiente artificial” que, segundo este autor, só estaria tutelado de forma *mediata* pelo art. 225 da Constituição, que trata do reconhecimento do ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de todos e bem de uso comum do povo (FIORILLO, 2004).

¹⁸ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive

VII, (“Da Ordem Econômica e Financeira”), no qual se insere a Política Urbana (Capítulo II).

Os princípios da atividade econômica diretamente influentes em matéria de política urbana são a propriedade privada, a função social da propriedade¹⁹, o livre exercício de atividade econômica, a busca do pleno emprego, além de outras garantias fundamentais como habitação, transporte urbano, higiene, saneamento básico²⁰, todos relacionados, em última instância, com o fundamento maior do Estado democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana.

No que tange às limitações ao direito de propriedade, é mister esclarecer que esta última sofreu, tal como a própria concepção de *propriedade*, marcantes transformações, adquirindo, atualmente, um perfil de propriedade *social* constitucionalmente reconhecido, conformado pelo Estado moderno no intuito de equilibrar interesses individuais e sociais (FIGUEIREDO, 2005). O direito de propriedade comporta as faculdades de: a) usar ou utilizar o bem de acordo com a sua finalidade; b) extrair os frutos que ele é capaz de gerar; c) alienar, transformar, descaracterizar ou

mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

¹⁹ O direito de propriedade e sua função social também são assegurados como direitos fundamentais no art. 5º, incisos XXII e XXIII.

²⁰ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Compete à União instituir *diretrizes* para o desenvolvimento urbano, habitação, saneamento básico e transportes urbanos (art. 21, XX, CF).

destruir o bem de sua propriedade; d) afastar quaisquer ações que venham a perturbar sua posse ou propriedade e reaver o bem das mãos daquele que injustamente lhe tomou posse (FERRARI, 2005). Todavia, o exercício do direito de propriedade, tanto com relação a ações quando em omissões, não é ilimitado; ao contrário, a própria Constituição prevê inclusive instrumentos sancionatórios para o aproveitamento adequado do solo urbano (art. 182, §4º, incisos I a III²¹).

Assim, a propriedade adquire uma função *social* na medida em que se torna um meio de realização do bem-estar comum, geral, retirando de seu titular o direito de dela fazer uso sem nenhuma restrição ou de forma abusiva, porquanto não mais se possa conceber propriedade privada como um direito absoluto e ilimitado, em razão da vinculação do conceito de propriedade ao princípio jurídico da função social (SOBRANE, 2005). Evidentemente, o direito de propriedade continua constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXII, CF), enquanto direito *privado*, mas também como um direito coletivo ou difuso, que é atendido pela função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF) (FIGUEIREDO, 2005).

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a função social da propriedade consiste em fazer com que esta última cumpra “um destino economicamente útil, produtivo de maneira a satisfazer

²¹ “§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais”.

as necessidades sociais preenchíveis pela espécie tipológica do bem (ou pelo menos não poderá ser utilizada de modo a contraditar esses interesses), cumprindo, destarte, às completas, sua vocação natural, de molde a canalizar as potencialidades resistentes do bem, em proveito da coletividade (ou, pelo menos, não poderá ser utilizada de modo a adversá-las)” (MELLO, 1987, p. 43).

Em que pese a Constituição não tenha feito expressa menção ao desenvolvimento e realização de uma política nacional de ordenação do território, o princípio da atividade econômica consagrado no art. 170, VII, “redução das desigualdades regionais e sociais”, é precisamente um dos objetivos perscrutados pela ordenação do território, consoante exposto em linhas anteriores. Demais disso, faz-se expressa menção à elaboração e execução de “planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”, dentre o rol de atribuições e competências da *União* (art. 21, IX, CF).

No Brasil, da análise do Capítulo II, Da Política Urbana, integrado pelos arts. 182 e 183, da Constituição Federal de 1988, infere-se que “propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir sua função social específica: realizar as chamadas funções urbanísticas de propiciar *habitação* (moradia), condições adequadas de *trabalho, recreação*, e de *circulação* humana” (SILVA, 2007, p. 817). Vale dizer: além da função social de propriedade, é reconhecido outro princípio especificamente relacionado à política urbana, que é a função social da *cidade* (HARADA, 2007)²². Assim, para proporcionar

²² “[...] a função social da cidade é cumprida quando esta proporciona a seus habitantes o direito à vida, à segurança, à igualdade, à propriedade e à liberdade (CF, art. 5º, *caput*), bem como quando garante a todos um *piso vital mínimo*, compreendido pelos direitos sociais à educação, à saúde, ao lazer, ao trabalho, à previdência social, à maternidade, à infância, à assistência aos desamparados,

efetivo desenvolvimento das funções sociais da cidade e regulamentar o disposto no art. 182 da Constituição, promulgou-se o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001).

O Estatuto da Cidade, em seu art. 1º, parágrafo único, esclarece que as normas estabelecidas por esse diploma legislativo são de “ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”. Destaca-se, nesse dispositivo, que as normas do Estatuto da Cidade não se destinam apenas a disciplina urbanística, envolvendo problemas de segurança pública e bem-estar dos cidadãos, mas também a ambiental (MUKAI, 2001).

A Lei 10.257/2001 marca a emergência de uma nova feição das normas que regulam o uso da propriedade nas cidades, que assumem valores metaindividuais “na medida em que o uso da propriedade, em decorrência do que determina o art. 1º, parágrafo único, do Estatuto da Cidade, passa a ser regulado em prol do bem coletivo, da segurança e do bem estar dos cidadãos assim como do equilíbrio ambiental” (FIORILLO, 2002, p. 18).

O plano diretor, cujo desenvolvimento é previsto constitucionalmente para cidades com mais de vinte mil habitantes (art. 182, §1º, CF/88) e reiterado pela Lei n. 10.257/2001 como uma espécie do instrumento de política urbana, o *planejamento municipal* (art. 4º, III, *u a, ut supra* e arts. 39 a 42, do Estatuto da Cidade), consiste no “complexo de normas legais e diretrizes técnicas para desenvolvimento global e constante do Município, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo,

entre outros encartados no art. 6º. [...] Podemos identificar quatro principais funções sociais da cidade, vinculando-a à realização: a) da habitação; b) da circulação; c) do lazer; e d) do trabalho” (FIORILLO, 2004, p. 249).

desejado pela comunidade local. Deve ser a expressão das aspirações dos munícipes quanto ao progresso do território municipal no seu conjunto cidade/campo” (MEIRELLES, 2006, p. 583). Portanto, na proposta e aprovação plano diretor o Município desenvolve com especial ênfase a sua autonomia em matéria urbanística, pois é também um instrumento de direção da ocupação municipal, fundamental para que aquele espaço não se deteriore em razão de uma desordenada ocupação física, com todos os efeitos negativos que desse fato possam resultar²³.

Por fim, da análise sistemática de todos os dispositivos constitucionais apreciados, infere-se que é preciso haver uma conjugação de todos os preceitos albergados pela Carta Magna (direito à propriedade, função social da propriedade, os princípios da atividade econômica), no intuito de se compreender o que vem a ser “o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade” (art. 182, *caput*, CF) e, assim, por meio da intervenção urbanística do Estado (exercício de uma função *pública*), garantir alguns dos fundamentos da República como a construção de uma sociedade justa, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a promoção do bem de todos²⁴.

²³ “A cidade é dinâmica. A população por ela migra. A ocupação física muda. Transferem-se de um lugar para outro os interesses econômicos. O comércio busca o comprador; vai onde está o dinheiro. As indústrias buscam benefícios legais para instalação, verificando qual o Município que melhores condições oferece. O administrador tem idéias para organizar a cidade. Nada, no entanto, pode ser feito de forma improvisada. Muitos Municípios se deterioram, porque não há uma diretiva, um vetor, um plano. Daí ser fundamental haver um plano diretor” (OLIVEIRA, 2005, p. 129).

²⁴ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A legislação constitucional referente à disciplina urbanística adquiriu uma nova feição a partir da promulgação da Carta de 1988 e isso se reflete diretamente na legislação infraconstitucional, sobretudo em normas elaboradas para regulamentar o que dispôs a Constituição Federal acerca dessa matéria. Essa nova perspectiva é fruto da transformação do Estado democrático de Direito, que avança da mera legalidade formal para a legalidade material, além de contemplar a necessidade de proteção jurídica de interesses meta ou supraindividuais, impedindo que o ser humano faça uso predatório ambiente, dos recursos naturais – entre eles o solo –, da propriedade (urbana ou rural), da cidade, que deve ser organizada com o fim de atender as necessidades básicas de seus habitantes e do próprio território, cuja ordenação é fundamental para o harmônico desenvolvimento socioeconômico e ambiental em nível nacional e regional.

4 ORDENAÇÃO TERRITORIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL TRANSINDIVIDUAL

Antes de examinar se a ordenação do território no âmbito constitucional possui ou não a natureza de direito fundamental, é preciso proceder a uma breve análise a respeito dos direitos fundamentais e suas características principais.

Definir direitos fundamentais não constitui tarefa fácil e parte da dificuldade se deve à amplitude e transformação ocorrida ao longo da história, além da grande variedade de nomenclaturas empregadas para denominar tais direitos²⁵. Além disso, não há

²⁵ “Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: *direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem*”. (SILVA, 2017, p. 177).

consenso sobre quais as características que designam a “fundamentalidade” a alguns direitos e o que os distinguem dos outros (ROCHA, 2015).

Assim, uma das perspectivas utilizadas para definir direitos fundamentais é identificar sua “gênese na doutrina dos direitos humanos”(ROCHA, 2015, p. 117). Historicamente, de forma resumida, um dos primeiros documentos apontados pela maior parte da doutrina como marco jurídico dos direitos fundamentais, é a Magna Carta Inglesa de 1215, assinada pelo Rei João Sem-Terra, que tratou principalmente do valor da liberdade. Posteriormente, as revoluções inglesas do século XVII, determinaram maiores avanços, com o tratamento das liberdades dirigidas a todos e não somente a certos grupos sociais. Foi, contudo, a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776²⁶, que trouxe a primeira relação de direitos fundamentais positivados (ROCHA, 2015).

A declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789²⁷, deu maior vigor aos direitos e garantias de liberdade do cidadão frente ao arbítrio estatal. No entanto, “somente com a constitucionalização, a partir das declarações norte-americanas, é que os direitos fundamentais passaram efetivamente a limitar o poder do Estado”(ROCHA, 2015, p. 117) Também merece destaque, na Alemanha, a Constituição de Weimar de 1919, que abarcou

²⁶ A esse respeito: “A declarações de Direitos, iniciadas com a da Virgínia, importam em limitações do poder estatal como tal, inspiradas na crença na existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem” (SILVA, 2017, p. 156).

²⁷ “O texto da Declaração de 1789 é de estilo lapidar, elegante, sintético, preciso e escoreito, que, em dezessete artigos, proclama os princípios da *liberdade*, da *igualdade*, da *propriedade* e da *legalidade* e as garantias individuais liberais que ainda se encontraram nas declarações contemporâneas, salvas as liberdades de reunião e de associação que ela desconhecera, firmado que estava numa rigorosa concepção individualista”. (SILVA, op. cit., p. 160).

em seu bojo o primeiro catálogo positivado de direitos fundamentais em nível nacional.

Os textos mencionados trouxeram inegáveis avanços, principalmente aqueles que surgem no cenário pós-guerra²⁸, em contextos sociais específicos, quando as “condições materiais da sociedade propiciaram, conjugando-se pois, condições objetivas e subjetivas para sua formulação” (SILVA, 2017, p. 175).

Os direitos fundamentais podem ser analisados também a partir de três categorias: formal, material e procedimental. No aspecto formal, os direitos fundamentais são aqueles catalogados em uma Constituição como tais. Essa análise é a mais simplista e não responde a todos os embates, tendo em vista que nem toda previsão em esfera constitucional é entendida como direito fundamental. Outro problema reside no fato de que muitas constituições também consideram como fundamentais alguns direitos que se encontram fora de seu catálogo (ROCHA, 2015).

Em uma perspectiva material, existem controvérsias entre os estudiosos do tema. Como esclarece Bonavides (1993), para Carl Schmitt, esses direitos seriam os ligados ao que a doutrina classifica como *primeira dimensão* de direitos humanos, ou seja, relacionados ao valor liberdade: a abstenção do Estado em interferir na esfera de atuação do particular (indivíduo). O autor exclui, portanto, os direitos prestacionais.

²⁸ “Hoje o cenário é mais completo, pois além de as constituições atuais do período pós-guerra darem sólida proteção às liberdades democráticas clássicas, esses documentos também têm inúmeras e expressivas prescrições de dimensão social, mais especificamente, direitos prestacionais. É dizer, não se garantem mais somente instrumentos de defesa contra o Estado, mas também de exigência de condutas positivas, não só garantindo o exercício em si de direitos fundamentais (como à educação), como intervindo nas relações entre os próprios cidadãos” (ROCHA, 2015, p. 121).

Todavia, atualmente, são identificados como direitos fundamentais não somente aqueles que tratam da liberdade do indivíduo contra o Estado (liberdades clássicas), mas, também, os direitos prestacionais (positivos, pois exigem uma ação, um “fazer” do Estado), “bem como os direitos de intervenção estatal contra violações daquelas primeira liberdades por particulares, o que, no modelo clássico não era vislumbrado”(ROCHA, 2015, p. 121)²⁹.

O sentido procedimental, diz respeito ao processo de alteração desses direitos ser frequentemente mais rígido, ou seja, refere-se ao maior grau de proteção que lhes é atribuído dentro de um ordenamento jurídico (ROCHA, 2015)

Direitos fundamentais também podem ser compreendidos desde a perspectiva histórico-sociológica, segundo a qual eles são “produto da História, são partejados pelas circunstâncias e necessidades da vida social” – por exemplo, o direito à moradia, direito de não ser torturado, direito de greve (FACHIN, 2019, p. 227-228)

José Afonso da Silva, ao definir direitos fundamentais, menciona que eles fazem referência “a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico” e que designam “aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual a todas as pessoas”(SILVA, 2017, p. 180).

Pela expressão “fundamentais”³⁰, depreende-se que tais direitos seriam aqueles de extrema necessidade dos homens: os

²⁹ Ademais, há direitos fundamentais “cuja titularidade não pertence apenas a uma, mas a centenas, milhares ou milhões de pessoas”, tais como o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, classificado direito fundamental transindividual (FACHIN, 2019, p. 230).

³⁰ “No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes,

que lhe são essenciais a sua própria existência e de que todos devem dispor (princípio da igualdade) e que têm seu norte no princípio da dignidade humana³¹. Dessa forma, em sentido material, os direitos fundamentais são “pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir do valor da dignidade humana” (MENDES; et. al., 2009, p. 271).

Outras características dos direitos fundamentais são comumente mencionadas: a *historicidade*, ou seja, decorrem de processos de transformação histórica e social (aqui existe um antagonismo em relação ao direito natural); a *inalienabilidade*, quer dizer, não podem ser objeto de negociação, sendo indisponíveis; são *imprescritíveis*, pois nunca deixam de ser exigíveis, não estando sujeitos ao instituto da prescrição. Além disso, são irrenunciáveis, não podem ser objeto de renúncia por parte de seu titular (SILVA, 2017).

São materialmente fundamentais todos os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, os quais se espraiam ao longo de todo o seu texto. Também ganham *status* constitucional (equivalentes às emendas constitucionais), os direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte e que foram aprovados internamente consoante o procedimento previsto no §3º, do mesmo artigo 5º (ROCHA, 2015).

A partir dessa perspectiva, entende-se que os direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro devem ser definidos

nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem*, no sentido de que a todos, por igual, deve ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados” (SILVA, 2017, p. 180).

³¹ “Do ponto de vista histórico, é a partir do cristianismo que tem lugar o conceito de pessoa como categoria espiritual, dotada de valor em si mesma, um ser de fins absolutos, possuidor de direitos fundamentais e, portanto, de dignidade”. (PRADO, 2008, p. 211)

e analisados pelos critérios formal, material e procedimental, com vistas a uma maior proteção e efetividade (ROCHA, 2015).

Nesse sentido, a caracterização da ordenação territorial enquanto direito fundamental parte das seguintes verificações: a) do próprio conceito de ordenação territorial, do qual se extrai a sua essencialidade para a sobrevivência humana e sua coexistência em sociedade; b) do quadro axiológico vazado na Constituição, combinado com os preceitos relacionados à ordenação do território, ainda que não específicos, como o próprio reconhecimento da função social de propriedade (art. 170, III) e da diminuição das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), como princípios da Ordem Econômica e Social; os objetivos da República Federativa do Brasil (art. 1º, CF), entre os quais se inserem a garantia do desenvolvimento nacional (art. 1º, II), a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 1º, III).

Trata-se, indubitavelmente, de um direito fundamental que emerge historicamente a partir de necessidades sociais, de natureza supraindividual, cuja titularidade é difusa. A ordenação do território transpassa a esfera meramente individual, de caráter pessoal ou privado, porque afeta toda a coletividade e supõe um âmbito de proteção igualmente transcendente, sem deixar de envolver “a pessoa como membro indistinto de uma comunidade” (PRADO, 2019, p. 133). Destaca-se ainda sua essencialidade ao desenvolvimento pleno das potencialidades do ser humano e para sua “real integração (social, política, cultural e econômica) em uma coletividade organizada” (PRADO, 2019, p. 133).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ordenação territorial, compreendida como utilização ou aproveitamento racional do solo, é de relevância indubitável para a sobrevivência do ser humano, manutenção ou melhoria de sua qualidade de vida, de modo a lhe possibilitar o pleno desenvolvimento de suas atividades, suas potencialidades, no espaço territorial em que está inserido.

A noção de ordenamento territorial contempla aspectos que ultrapassam a organização estrita dos espaços urbanos, atingindo todo o desenvolvimento das atividades humanas em determinado espaço geográfico (urbano ou rural) e aborda finalidades igualmente mais amplas, tais como a harmonização daquelas atividades, o desenvolvimento equilibrado entre as regiões, a distribuição racional das atividades econômicas no território.

Partindo de uma perspectiva histórico-sociológica de direitos fundamentais, como produto da história e oriundos de necessidades da vida em sociedade, bem como sua dimensão material que ultrapassa a esfera de proteção individual, entende-se que a ordenação do território é considerada um direito fundamental, ‘autônomo e independente, transindividual e de caráter difuso, pois pertence à toda coletividade indistintamente, sem deixar de referir-se ao ser humano como membro de uma comunidade organizada.

A ordenação do território – no âmbito local, regional ou nacional –, como direito à utilização racional do solo (urbano, não urbano) e dos espaços habitáveis, é fundamental para que o ser humano possa exercer outros direitos, tais como a moradia, a livre circulação, o trabalho, etc. Porém, é essencial também para a redução de desigualdades sociais e regionais, voltada à erradicação da pobreza, a preservação e melhoria da qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ACALE SÁNCHEZ, M. Cuestiones claves de los delitos urbanísticos desde una perspectiva comparada. **Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente**, Madrid, a. XL, v. 40, n. 223, p. 85-138, ene. 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7.

BOLDOVA PASAMAR, M. Á. **Los delitos urbanísticos**. Barcelona: Atelier, 2007.

BOLDOVA PASAMAR, M. Á. Fundamentos de la punición de los delitos urbanísticos en el Derecho Penal español. *Ciências Penais*, São Paulo: RT, a. 4, v. 6, p. 65-96, jan./jun. 2007a.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

COIMBRA, M.; BUGALHO, N. R.; SOUZA, G. S. A. o de. Alguns aspectos sobre a tutela penal da ordenação do território. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). **Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CORREIA, F. A. **Manual de Direito do Urbanismo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004, v. I.

FACHIN, Z. A. **Curso de Direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Verbatim, 2019.

FERRARI, R. M. M. N. **Direito Municipal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

FIGUEIREDO, L. V. **Disciplina Urbanística da propriedade**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FIORILLO, C. A. P. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIORILLO, C. A. P. **Estatuto da Cidade comentado**. Lei 10.257/2001: Lei do Meio Ambiente artificial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

GARCIA, M. A cidade e o direito à habitação. Normas programáticas da Constituição Federal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, a. 15, n. 61, p. 183-195, out./dez. 2007.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Urbanístico**: Estatuto da Cidade e Plano Diretor Estratégico. São Paulo: NDJ, 2004.

HESSE, C. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

JACQUOT, Henri; PRIET, François. **Droit de l'Urbanisme**. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001.

LIMA, André. **Zoneamento ecológico-econômico à luz dos direitos sócio-ambientais**. Curitiba: Juruá, 2006.

LÓPEZ RAMÓN, F. Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos. **Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente**, Madrid, a. XXXI, v. 31, n. 151, p. 53-62, ene./feb. 1997.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 20., n.84. p.39-45. out./dez. 1987

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MUKAI, Toshio. **O Estatuto da Cidade**. Anotações à Lei 10.257 de 10-7-2001. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, F. P. **Direito do ordenamento do território**. Coimbra: Almedina, 2002.

OLIVEIRA, Re. F. de. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 129.

PAREJO ALFONSO, L. Ordenación del territorio y medio ambiente. **Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente**, Madrid, a. XXX, v. 30, n. 146, p. 131-178, ene./feb. 1996.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente**. Meio Ambiente. Patrimônio Cultural. Ordenação do Território. Biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. Princípios da dignidade humana e humanidade das penas na Constituição Federal de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (coords.) **Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

QUINTANA LÓPEZ, Tomás. Las actividades mineras y da ordenación del espacio. **Revista de Derecho Urbanístico**, Madrid, a. XXII, v. 22, n. 106, p. 53-83, ene./feb. 1988.

ROMERO REY, Carlos. Interrelaciones entre la protección penal y la protección administrativa de la ordenación del territorio. En especial el artículo 319 del Código Penal. **Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente**, Madrid, a. XXXIV, v. 34, n. 177, p. 99-120, abr./mayo. 2000.

RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. **Manual de Derecho Urbanístico**. 18. ed. Madrid: El Consultor, 2005.

ROCHA, Júlio César de Sá da. Considerações jurídicas sobre a função ambiental da cidade. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, a. 4, n. 15, p. 103-112, jul./set. 1999.

ROCHA, Paulo Victor Vieira da. Definição e estrutura dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 117/151. jan./abr. 2015.

RODRÍGUEZ-CHAVEZ MIMBRERO, Blanca. Protección ambiental y ordenación territorial y urbanística: ponderación y desarrollo sostenible. **Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente**, Madrid, a. XXXVI, v. 36, n. 193, p. 111-169, abr./may. 2002.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Novas perspectivas do Direito Urbanístico brasileiro: ordenamento constitucional da Política Urbana, aplicação e eficácia do plano diretor**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, J. A. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOBRANE, Márcia Alvarenga de Oliveira. A cidade e sua normatização constitucional urbanística. In: GARCIA, Maria (coord.). **A cidade e seu estatuto**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Fundamentos de Direito Ambiental**: incluindo lições de Direito Urbanístico (Lei nº 10.257/01 – Estatuto da Cidade). 2 ed. Salvador: Podivm, 2007.

7

LOS PRINCIPIOS GENERALES, COMO QUINTA FUENTE FORMAL DEL DERECHO

Sidney Alex Bravo Melgar

Postdoctor en Nuevas Tecnologías y Derecho. Centro Internacional Mediterránea de Investigaciones sobre Derechos Humanos. Universidad Mediterránea de Regio Calabria, Italia. Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con estudios de especialización en la Universidad Católica Santa Teresa de Jesús de Avila-España y la Universidad Carlos Rafael Rodríguez (Cien Fuegos) de Cuba.

RESUMEN

Cuando existan controversias de intereses o incertidumbres jurídicas, debemos recurrir a los órganos jurisdiccionales, a efectos se nos reconozca o declare un derecho. El juez es el facultado por *ius imperium* para administrar justicia, empero cuando existen vacíos o lagunas en la ley, éste deberá recurrir *in extenso* a los Principios generales del Derecho. Algunos principios se encuentran plasmados en la ley escrita, otros no; es decir, algunos son positivos y otros extrapositivos. Los Principios generales del Derecho conllevan múltiples funciones, empero, las más relevantes son: la Informativa, directiva y creativa; puesto que son las que se encargan de guiar al Órgano Legislativo, en la elaboración de las diversas leyes, para lo cual los legisladores deben conocer los principios, para de este modo, inspirarse en ellos y *a posteriori* configurarlos en normas positivas. Es menester escudriñar el ámbito de aplicación y la relevancia jurídica que enmarcan los principios traídos a colación. Las Fuentes

formales del Derecho en nuestro país son: La Ley, La Costumbre, La Doctrina y la Jurisprudencia. Entonces cabe formular la siguiente interrogante ¿Son Los Principios generales del Derecho la Quinta Fuente Formal del Derecho?

Palabras clave: Principios, generales, derecho, fuentes, positivos, extrapositivos, vacíos, lagunas, ley, funciones.

ABSTRACT

Where there are disputes of interest or legal uncertainties, we must turn to the courts, to be recognized effects or declare a right. The judge is the judge authorized by *ius imperium* to administer justice, however when there are gaps or loopholes in the law, the judge must use in full to the General Principles of Law. Some principles are embodied in the written law other not, we mean that some are positive and some extrapositives. The general principles of law involving multiple functions, however one of the most relevant is the Briefing, and creative directors, since it is the one responsible to guide the Legislature in the drafting of various laws, for which legislators must know principles, to thereby draw on them and set them in positive rules retrospectively. It is necessary to scrutinize the scope and legal relevance that frame the principles brought it up. The formal sources of law in our country are: Law, Customs, Doctrine and Jurisprudence. Then the following question can be formulated. Are the General Principles the Fifth Source of Law?

Keywords: Principles, general, law, sources, positive, extrapositives, voids, gaps, functions.

Recibido el: 17.11.2021

Aceptado en: 06.12.2021

1. INTRODUCCIÓN

Los Principios generales del Derecho son, conceptuados como criterios o entes de razón que expresan un juicio acerca de la conducta humana a seguir en determinada situación; cada uno de estos principios, equivale a un criterio que expresa el comportamiento que han de asumir los hombres en sus relaciones cotidianas de intercambio, este criterio es objetivo, tiene entidad, no como un ser que pueda ser aprehendido por los sentidos del hombre, sino como un ser que subsiste en la inteligencia que la concibe.

Estos principios se fundamentan en la naturaleza humana racional, social y libre; ellos expresan el comportamiento que conviene al hombre seguir en orden a su perfeccionamiento como ser humano. De este modo, uno de los principios enmarcados en los *tria iuris praecepta* de Domicilio Ulpiano, nos referimos al principio de dar a cada quien lo suyo (*Cuique suum tribuere*), indica el comportamiento que el hombre ha de conllevar con otros hombres, a efectos de mantener la convivencia social en armonía; si cada quien tomara para sí mismo, lo que considerase propio, sin respetar lo de cada quien, la convivencia civil se disgregaría generando una lucha de todos contra todos: en tal virtud, no podrían los seres humanos desarrollar su propia naturaleza, que es por esencia social. Este ejemplo, nos da a entender que el principio de dar a cada quien lo suyo, se configura como obligatorio; es decir, su cumplimiento es necesario.

La obligatoriedad de este principio, al igual que la de todos los demás principios generales del derecho, no depende de que esté positivado, *ergo* reconocido por la autoridad política, sino que es obligatorio, en razón a que define un comportamiento que racionalmente es necesario para el perfeccionamiento del hombre.

En lo concerniente a los Principios generales del Derecho, se ha desarrollado múltiples debates respecto a si son extraños al derecho positivo, o si son parte de él. En retrospectiva según la escuela del derecho natural racionalista, hoy ya superada, los principios generales, eran entendidos como principios de un derecho natural, inferido como orden jurídico separado del derecho positivo. Otrora según la doctrina positivista, en la mayoría de los países los Principios Generales del Derecho eran comprendidos como parte del derecho positivo, de modo que nunca podrían imponer una obligación que no fuera sancionada por el mismo ordenamiento positivo; de lo supra plasmado se concluye, que cada ordenamiento positivo tiene sus particulares principios generales y que no existen principios jurídicos de carácter universal.

Es menester hablar sobre las Fuentes formales del Derecho, en tal virtud cabe resaltar que en nuestro País tenemos cuatro fuentes trilladas que son: La Ley, La Costumbre (Fuente formal no escrita), la Doctrina y la Jurisprudencia, aunque para nosotros la tercera fuente debería ser la Jurisprudencia, puesto que hoy en día en nuestro acervo jurídico contamos con la Doctrina Jurisprudencial y los Precedentes, entendiéndose principalmente a estos últimos, como el Derecho creado por los Jueces, en tal virtud, consideramos que la Jurisprudencia debería ser la tercera Fuente del Derecho y la Doctrina la Cuarta.

Pues bien, las cuatro fuentes formales del Derecho son muy conocidas. Y ¿Qué respecto a los Principios generales del Derecho? ¿Podríamos concebirlas como la quinta fuente del Derecho? Para nosotros en efecto lo son, en tal virtud cabe exponer algunos aspectos sobre el particular.

2. GENERALIDADES.

Cuando existen vacíos o lagunas en la ley para resolver determinadas controversias, nuestros magistrados se ven en una disyuntiva, puesto que no saben cómo salir de dicho meollo, empero se olvidan muchas veces de lo que se encuentra consagrado en nuestra normatividad vigente; por ejemplo, el artículo VIII del Título Preliminar de nuestro Código Civil a la letra prescribe que “Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los Principios generales del Derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”; A su vez es menester citar lo preceptuado por el artículo III, segundo párrafo del Título Preliminar de nuestro Ordenamiento adjetivo civil, que establece lo siguiente “En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los Principios generales del Derecho Procesal y a la Doctrina y Jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso. Asimismo cabe resaltar lo prescrito por el artículo 139, inciso 8 de nuestra Constitución Política del Perú vigente, que *ad pedem litterae* (al pie de la letra) establece que, son Principios y Derechos de la Función Jurisdiccional: El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los Principios generales del Derecho y el Derecho Consuetudinario. En efecto los magistrados no pueden dejar de administrar justicia bajo responsabilidad. Consideramos que ante estas circunstancias que enervan la correcta aplicación de la justicia, es necesario que se estudie diáfananamente a los principios Generales del Derecho, a efectos sean aplicados correctamente a los casos concretos.

3. ANTECEDENTES.

Respecto al ítem en estudio, diversos autores han plasmado sus conceptualizaciones bien sea en artículos o libros ad hoc; así podemos citar a Ángel, Sánchez de la Torre y su artículo titulado “Los principios del Derecho como objeto de investigación jurídica”; Consuelo, Martínez-Sicluna y Sepúlveda y su ensayo bajo el epígrafe “Concepto y contenido de los principios generales del Derecho”; Estanislao, Cantero Nuñez y su artículo “Lugar de los principios generales del Derecho en la jerarquía de fuentes”; Giorgio del Vecchio “Los Principios generales del Derecho, Francisco, Elías de Tejada en su obra “Necesidad de sustituir los Principios generales del Derecho por el Derecho natural Hispánico”; Jaime, Mans Puigarnau y su ensayo “Los Principios generales del derecho”; Biagio, Brugi “Instituciones de Derecho Civil y los Principios generales del Derecho; Luis, Precerutti “Los Principios generales del Derecho”, Juan, Pagano “Principios generales del Derecho; Joaquín, Arce y Florez-Valdez, “Los Principios generales del Derecho y su formulación constitucional”; Juan Antonio, Martínez Muñoz, “Principios del Derecho y normas jurídicas”; Luis, Legaz y Lacambra, “Los Principios generales del Derecho”; Eduardo, García de Enterría, “Reflexiones sobre la Ley y los Principios generales del Derecho”, entre otros; Empero el presente ensayo no tiende a ser una compilación *ad litteram* de trabajos existentes, sino como un trabajo que procura incrementar el bagaje jurídico y al cual podemos recurrir respecto a los alcances y ámbito de aplicación de los Principios generales del Derecho en la administración de Justicia, que se configura como el máximo valor existente, dentro del plexo axiológico elaborado en su momento por Carlos Cossio y, a su vez, con la finalidad de poder enmarcar a los Principios generales del Derecho, como la quinta Fuente Formal del Derecho

4. CONCEPCIONES, ALCANCES, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y OTROS.

4.1 *Origen etimológico del vocablo Principio.*

¿Surge una interrogante de gran relevancia, al hablar de “Principios Jurídicos”, ¿lo estamos haciendo a su vez sobre “Principios generales del Derecho”? Prima facie en ambas expresiones sólo encontramos una diferencia de nomenclatura, la de nombrarse unos como “generales” y otros no, empero ¿es suficiente esta diferencia lingüística para imbuirnos en temas distintos? En ambos casos hablamos de “principios” referidos al “Derecho”, pero ¿qué es un principio?

Etimológicamente el término latino *principium* está compuesto por la raíz derivada de *pris*, que significa “lo antiguo” y “lo valioso” y de la raíz *cp* que aparece en el verbo *capere* tomar y en el sustantivo *caput* cabeza (1). Tiene, entonces, un sentido histórico (“lo antiguo”), un sentido axiológico (“lo valioso”) y un sentido ontológico (“cabeza”). Según el DRAE (Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua), el término “principio” significa, entre otros, “punto que se considera como primero en una extensión o cosa”, “base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discutiendo en cualquier materia”, “causa, origen de algo”, “cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes”.

En tal virtud, se otorgan los mismos significados al término “principio”, tanto en la expresión “Principios Jurídicos” como en la de “Principios generales del Derecho”. La diferencia entre ambas expresiones de haberlas versaría respecto a la adición del término “generales. Podría ser; sin embargo, no debemos olvidar que el mismo concepto del “Derecho” puede determinar la

orientación completa de ambas frases. Lejos de entrar a definir, analizar, o tratar el concepto del Derecho, se puede referenciar al mismo dentro del orden natural, el positivo o dentro de ambos a la vez. La postura que se tome, puede determinar que se entienda por “principios jurídicos” un tema disímil de “principios generales del Derecho” e incluso que haya distingo dentro de una misma expresión.

El momento histórico-jurídico clave, que puede hacer pensar en un cambio o evolución del pensamiento en torno a los principios jurídicos, es la etapa de la Codificación, puesto que “con anterioridad a los Códigos, sólo podía hablarse de principios jurídicos, y esto con cierta uniformidad por parte de los autores. No tenía además ningún sentido polemizar sobre el contenido de tales principios, resultado de distintos elementos, entre los que no serían menos importantes el Derecho Romano y el Derecho Natural”(2).

4.2 *Antecedentes históricos de los Principios generales del Derecho.*

a) Edad antigua. En Grecia se admitió la existencia junto a la ley escrita, de una ley no escrita (*agrafos nomos*), derivada de la naturaleza y de las convicciones morales y religiosa. Este concepto de ley no escrita, fue heredado por Roma, donde además fueron acuñadas otras ideas, como las de la *ratio iuris*, la *natura rerum* o el derecho constituido *more et aequitate*. Podemos entender que los Principios generales del Derecho se asentaron en Roma, sólo que no se les conocía con ese nombre, no había una conciencia de que se trataran de ellos, ni existe una alusión específica a ellos con ese nombre, lo que sí es la idea central de los mismos donde encontramos que si existía su aplicación como

se puede ver en la ley 13, párrafo 7, del título 1º, Libro 27 del Digesto, donde se acepta que, en ausencia de ley expresa, podía resolverse según la *naturali iustitia*.

Dentro de la concepción clásica de los principios ocupa especial preeminencia los *tria iuris praecepta* (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) donde el Derecho romano y el natural confluyen. ” La tradición Iusfilosófica nos aporta una serie de principios jurídicos: los *tria praecepta iuris*, donde la propia palabra *praecepta* se nos proyecta semánticamente como similar al plural “*principia*” Los tres preceptos del Derecho son enunciados por vez primera por Domicio Ulpiano en sus *Institutas* y recogido posteriormente en el *Corpus Iuris Civilis* elaborado por *Triboniano* por orden directa del Emperador Justiniano. (D. I, 1,10, 1 y en I, 1, 1, 3 “*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere (, vivir honestamente); alterum non laedere (No hacer mal a otro), suum cuique tribuere*” (Dar a cada uno lo suyo). Algunos autores afirman que se infiere que el objeto del primero, es hacer un hombre de bien; el objeto del segundo es hacer un buen ciudadano, y el objeto del tercero es hacer un buen magistrado (3). El primero enseña lo que el hombre se debe a sí mismo; el segundo lo que debe a los demás, y el tercero, lo que debe un magistrado a los que están sometidos bajo su jurisdicción. El primero de estos preceptos se limita a una pura honestidad, la cual puede violarse sin hacer daño a nadie cuando se hace una cosa que está permitida, pero no es conforme al decoro: “*Non omne quod licet, honestum est*”.

El segundo nos ordena que no hagamos en el comercio de la vida cosa alguna que cause daño o perjuicio a otra persona, cualquiera que ella sea, en sus bienes, en su reputación o en su cuerpo, “*sive in bonis, sive in fama, sive in corpore*”, de modo que este concepto excluye toda violencia, toda malicia, todo fraude

y, generalmente, todo lo que se opone a la buena fe. El tercero, en fin, enseña a los encargados de la administración de la justicia las reglas que deben seguir en el desempeño de sus funciones”. b) Edad Media. En el pensamiento jurídico y filosófico de aquel entonces se admitió con carácter general la idea de un Derecho Natural consagrada por la escolástica y recibida en el terreno jurídico, plenamente por los canonistas(4).

En aquella época entre los juristas de Derecho Civil el problema central, fue siempre el de la integración de las lagunas de los derechos de los particulares (estatutos, fueros, etc), que solía ser resuelto, en muchas ocasiones, admitiendo el carácter supletorio del Derecho Romano Justiniano por reconocérsele el valor de la “*ratio scripta*” o bien simplemente como en Aragón, España ordenando acudir a la razón natural. Por ende se afirmaba en aquel entonces que la razón natural es: “es el escudo mejor de la ley, ya el juez no debe decidirse menos por la máxima natural o dictamen de la razón que por la ley escrita, porque preguntar por la ley cuando se tiene la razón natural es debilidad del intelecto, enfermedad de la inteligencia” fueron muchos los pensadores que se ocuparon del tema, entre otros encontramos a *Santo. Tomás de Aquino* quien les denominaba “Principios universales de Derecho” Sin embargo en este período, y por la gran ausencia de leyes precisas aplicables a casos concretos, ocasiona un exceso de resoluciones basadas en estos principios por lo cual al paso del tiempo ocasionó que repercutieran gravemente en los órdenes jurídicos, pues los juristas comenzaron a especular en las resoluciones y los riesgos que ocasionaban por lo que la presencia de los mismos llegó a degradarse hasta la intrascendencia. c) Edad Moderna. Como bien sabemos la edad moderna comienza con la toma de Constantinopla por parte de los turcos, ciudad que otrora se denominó Bizancio y hoy en

día Estambul. En plena edad moderna la escuela española del derecho natural (escolástica española) de los siglos XVI y XVII reelabora la doctrina escolástica y se modera el pensamiento cristiano medieval (5). El rasgo básico de la escuela española es la fidelidad al dogma. Los principales representantes son: *Francisco de Vitoria* (dominicano, seguidor de *Santo Tomás*), *Domingo de Soto* (discípulo del anterior), *Domingo Bañez* (teólogo y jurista), *Luis de Molina* (jesuita, especialista en Derecho de gentes) y *Francisco Suárez* (jesuita el más importante metafísico iusnaturalista). Los puntos básicos de la doctrina de la Escuela son: a) El derecho natural es de origen divino; b) Coexistencia del derecho natural y el derecho positivo; c) El Derecho natural es objetivo y normativo inmutable y universal; d) Intelectualismo, aunque algunos fueron voluntaristas. Posteriormente surge la Escuela Moderna, la cual rechaza la teoría de la ley eterna y sostiene una posición inmanentista, es decir, busca el fundamento del derecho natural en la naturaleza misma del hombre y, según varios de sus representantes, en su razón. (Inmanentismo: Teoría filosófica según la cual lo representado como contenido de la conciencia es la única realidad en oposición a lo que está fuera de ella).

Hugo Grocio (1583 - 1645) afirma que el derecho natural surge de principios intrínsecos al hombre, por lo que permanecería intacto en la hipótesis de que Dios no existiese o no se ocupase de los asuntos humanos. En este caso el Derecho natural existiría igualmente, y como el derecho natural subsiste por sí mismo y su origen está en la naturaleza humana hablamos de inmanentismo. Pertenecen a esta escuela *Pufendorf*, *Tomasio*, *Wolf*, *Rousseau*, *Locke*, y otros. d) Edad Contemporánea. Actualmente se han multiplicado las referencias a los “principios jurídicos” sin el calificativo de “generales” y sin hacer referencia a los principios del Derecho natural. Creemos que esto se debe

unas veces por entender que los principios jurídicos son positivos y cosa distinta a los principios generales del Derecho, que son iusnaturalistas; otras veces por evitar una posible insinuación iusnaturalista que puede tener la expresión, aun cuando se acepte el término “generales” pero desde una visión positivista; y, en fin, para referirse a principios de contenido deontológico, pero intentando desligarse del “fantasma” del Derecho natural. Si con anterioridad a la Codificación la cuestión sobre los principios jurídicos era pacífica pues se entendía por tales a los de Derecho romano y a los de Derecho natural y después no ¿qué ocurrió en esta época histórica-jurídica? Si con anterioridad a la codificación la cuestión sobre los Principios Jurídicos era pacífica pues se entendía por tales a los de Derecho romano y a los de Derecho natural y después no ¿qué ocurrió en esta época histórica-jurídica?

La edad contemporánea se caracteriza grandemente por las codificaciones múltiples, *ergo* los Principios generales de Derecho (6), se configuran como positivos. La Codificación, elevada a la categoría de dogma dos reglas o criterios opuestos, a saber: que el juez no puede negarse a fallar alegando oscuridad o inexistencia de norma aplicable al caso y que el juez representa una boca muda que pronuncia las palabras de la ley, según célebre definición de *Montesquieu*, nunca un órgano creador de Derecho. Naturalmente, para hacer compatibles ambos postulados era necesario asentar un tercer dogma, el de la plenitud y coherencia del Derecho, el de la ausencia de lagunas y antinomias. Pero, a su vez, para que este último dogma tuviese alguna apariencia de verosimilitud no bastaba con afirmar un tanto arbitrariamente la omnisciencia y omnipresencia del legislador, sino que resultaba imprescindible, en otras cosas, ofrecer un cuadro completo de las fuentes del Derecho; es decir, asegurar (también en apariencia)

que el juez se halla en condiciones de encontrar siempre la norma aplicable al caso” Estos dogmas son recogidos, de una forma u otra, por los Códigos europeos. Cabe citar algunos ejemplos El Código austríaco de 1811 previene en su sexto artículo que “Si no se puede decidir una cuestión jurídica ni conforme a las palabras, ni según el sentido natural de una ley, se tendrá en cuenta lo que se decida por la ley, en los casos semejantes, y los fundamentos de otras leyes análogas. Si resultase aún dudoso el caso, se decidirá, de acuerdo con las circunstancias, cuidadosamente recogidas y maduramente pesadas, según los principios jurídicos naturales”. Vemos en esta disposición que, en caso de insuficiencia de ley y analogía, se hace una vocación no a los principios generales del Derecho sino a los principios del Derecho natural, pero no a los de Derecho romano.

Posteriormente se genera el *mutatis mutandis*, puesto que el Código civil Albertino de 1837, seguidor del austríaco, propugna en su artículo 15 que “Cuando una cuestión no se puede decidir por la letra ni el sentido natural de la ley; se tendrá en cuenta lo que decida la ley en los casos semejantes o en los fundamentos de otras leyes análogas; permaneciendo el caso dudoso, deberá decidirse según los Principios Generales del Derecho, habida cuenta de todas las circunstancias del caso”. Con la entrada en vigor, en 1865, del primer Código de la Italia unificada, no hay cambios trascendentes; ello en razón a que su art. 3° dispone que “cuando una controversia no se puede decidir con una precisa disposición legal, se tendrán en cuenta las disposiciones que regulan los casos semejantes o materias análogas; cuando el caso permanezca dudoso, se decidirá según los Principios Generales del Derecho”. Los intérpretes contemporáneos en 1920(7), estaban de acuerdo, casi sin excepción, en declarar que por “principios generales del Derecho” no deben entenderse a los Principios

del Derecho natural” y que “otras interpretaciones, según las cuales por “Principios generales del Derecho” debe entenderse el derecho romano, o el derecho común, han sido ya refutadas muchas veces con argumentos que pueden considerarse como definitivos (8). Según esta doctrina mayoritaria entre el art. 6 del Código austriaco y los arts. 15 y 3 de los Códigos Albertino de 1837 e italiano de 1865 respectivamente no habría sólo un cambio de palabras (principios jurídicos naturales por principios generales del Derecho), sino también un cambio de significado. Ahora bien, el argumento a contrario que parece poder derivarse de tal diferencia resulta desmentido, no sólo por la ausencia de una verdadera contradicción entre las dos fórmulas, sino, además, por el hecho de que no se pronunciara ninguna negación del Derecho natural durante el debate que precedió a la adopción del nuevo término. Aún más, hace notar el maestro italiano que el proyecto del Código Albertino acogió la expresión de “principios de Derecho natural”, que si bien fue desechada pone de relieve la intención que animaba a los autores del Código.

Para parte de la doctrina italiana con la expresión “Principios generales del Derecho”, se aludía a los Principios generales del Derecho Italiano; aspecto difícil de creer para *Del Vecchio*, pues la amplitud (general) de la fórmula no podía referirse a un sistema nacional (particular), además de encontrarse en aquel momento el Derecho italiano en formación.

El Código italiano de 1865 fue suplido por el de 1942, sancionado por el *Duce Benito Mussolini*, compendio que en su art. 12.2, prescribe que “Si una controversia no puede ser decidida con una precisa disposición, se miran a las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso permanece todavía dudoso, se decide según principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”. Por ello se afirma que se

ponía fin a la tan debatida cuestión de si los Principios generales debían ser entendidos como los del Derecho natural o como los del Derecho positivo (9). No quedaba duda de que se trataba de estos últimos. Por su parte, el Código civil español de 1889 señalaba en la redacción original en su art. 6, párrafo segundo, que “Cuando no hay ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los Principios generales del Derecho”. En España, si bien la opinión no era unánime, la mayor parte de la doctrina incluía entre los Principios generales del Derecho a los de Derecho natural.

Como ejemplo, De Castro señala que “la concepción jurídica española no permite separar a las normas legales de los principios religiosos y morales y de su finalidad política”. Por su parte, Elías de Tejada, para evitar equívocos, propuso sustituir la denominación Principios generales del Derecho por la de “Derecho natural Hispánico”. En contra de esta opinión se puede alegar que la referencia a los Principios generales del Derecho en el Código civil italiano de 1865 que sirvió de inspiración al Código español era entendida por la doctrina mayoritaria de aquel país como principios ajenos al Derecho natural, más el antiguo Código civil portugués de 1867 que también influye en el Código español menciona a “Los Principios del Derecho natural”.

El Título Preliminar del Código en mención fue modificado por Decreto de 31 de mayo de 1974 y derogado el art 6.2º por el actual art. 1.4º, que dispone que “Los Principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico” (este artículo es válido tanto para la rama civil del ordenamiento como para lo no regulado en el resto de las ramas pues según el art. 4.3 las disposiciones del Código Español, actúan como supletorias en las materias regidas en otras leyes, y es de aplicación

también a los territorios con Derecho civil foral o especial según el art. 13.1). La nueva regulación no se apartaba especialmente de la anterior y tal vez tampoco el entender dentro de los Principios generales del Derecho a los del Derecho natural.

Así, en el Anteproyecto de 1962 de reforma del Título Preliminar del Código civil español se configuraban, en su art. 1, como “aquellos que, en la esfera propia del Derecho natural o en la del Derecho positivo, informan el total ordenamiento jurídico o sean armónicos con sus directrices” (10). La fórmula de Principios generales del Derecho también fue acogida (a pesar del art. 13.1 del Código Civil) explícitamente por la Compilación de Aragón (entendidos como tradicionales) y la de Navarra (entendidos como de Derecho natural y como tradicionales) e implícitamente por las de Cataluña, Baleares y Galicia que invocan a su tradición jurídica respectiva. También esta fórmula ha sido tomada explícitamente por diferentes Códigos civiles Hispanoamericanos (así, el mejicano de 1928 art. 19; el de Perú de 1984 art. VIII de su título Preliminar, el de Uruguay art. 16, el derogado Código de *Dalmacio Vélez Sarsfield* art. 16; el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, que señala como fundamentos jurídicos a aplicar los convenios internacionales, la costumbre internacional y los Principios generales del Derecho “reconocidos por las naciones civilizadas”. Asimismo, cabe señalar que existen también numerosas legislaciones que tienen hacia los Principios generales del Derecho una postura negativa, es decir, no los reconocen como fuente del Derecho. Es el caso de los códigos civiles alemán, francés y suizo (11).

4.3. *Concepciones Doctrinarias sobre Los Principios generales del Derecho.*

Para *Preciado Hernández* (12), “Los Principios generales de Derecho son los principios más generales de ética social, derecho

natural o axiología jurídica, descubiertos por la razón humana, fundados en la naturaleza racional y libre del hombre, los cuales constituyen el fundamento de todo sistema jurídico posible o actual. Lo que evidentemente muestra una postura objetiva y totalizadora entendiendo que se trata de una corriente naturalista”. Por su parte *Galindo Garfias (13)*, afirma que: “Son conceptos fundamentales que pueden ser conocidos mediante inducciones sucesivas, coordinando las normas o preceptos que regulan una institución jurídica hasta llegar, objetivamente, por abstracción, a encontrar esos conceptos o ideas centrales”.

De Castro (14), señala que “Los Principios en estudio son: ideas fundamentales informadoras de la organización jurídica de un país”. En cambio, *Puig Peña (15)*, los define como: “Aquellas verdades o criterios fundamentales que forman el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación, conforme a un orden determinado de cultura condensados generalmente en reglas o aforismos transmitidos tradicionalmente, y que tienen virtualidad y eficacia propia, con independencia de las normas formuladas de modo positivo”. *Mucius Scaevola (16)*, los define como: “Verdades jurídicas universales” Esta definición parece haber sido confeccionada con un diccionario de sinónimos. Por otro lado, *Francesco Carnelluti (17)*, afirma que “no son algo que exista fuera, sino dentro del mismo derecho escrito, ya que derivan de las normas establecidas, se encuentran dentro del derecho escrito... son el espíritu o la esencia de la ley.” *Recasens Siches (18)*, consagra que “... cuando el juez, resuelve de acuerdo con los criterios de valor que estime como los justos y adecuados”, se configura una concepción valorativa, entendida como *ius naturalista*”. *Jaime M. Mans Puigarnau (19)*, opina que son los que “abarcan o comprenden todos aquellos conceptos fundamentales y preceptos básicos y elementales que inspiran la ciencia y el sentido jurídico y que informan el sistema de normas

que regulan las instituciones o la construcción doctrinal o teórica de las mismas normas y que rigen la realización práctica de unas y otras”. *García Máynez (20)*, plantea que son: “...los fundamentales de la misma legislación positiva que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas lógicas legislativas, de las cuales en fuerza de la abstracción deben exclusivamente deducirse. Pueden ser de hecho principios racionales superiores, de ética social y también principios de derecho romano y universalmente admitidos por la doctrina; pero tienen valor no porque son puramente racionales, éticos o de derecho romano y científicos, sino porque han informado efectivamente el sistema positivo de nuestro derecho y llegado a ser de este modo principios de derecho positivo y vigente.”

Como no citar a *Norberto Bobbio (21)*, para quien: “son tres las cuestiones básicas en torno a este concepto: el de la naturaleza (de naturaleza normativa dado que se encuentran implícitamente dentro de una legislación aun cuando no sea de manera expresa); el de la fuente (ya que se origina o deriva de generalizaciones sucesivas a partir de los preceptos del sistema en vigor) y (el de la validez de tales principios), encuentran dicha validez no por ser “verdades supremas” lo cual no es absolutamente cierto, sino por ser sí de máxima generalidad y aceptación. *Luis Ribo Durán (22)*, en cambio los considera como “Bases orientadoras de las que se deducen soluciones concretas para casos determinados...son puntos de partida para que el juzgador pueda cumplir su obligación de decidir, en cada caso, y por más que no haya norma aplicable al mismo, lo que estime más justo según una concepción global del ordenamiento vigente”.

Ramírez Gronda (23), en su Diccionario Jurídico prescribe que son: “La fuente inagotable del Derecho que está constituida por la naturaleza misma de las cosas, la cual puede ser

aprendida por nuestra razón...son el medio para superar las inevitables deficiencias de sus prescripciones positivas”. *Ignacio Burgoa Orihuela (24)* también opina respecto a los Principios generales de Derecho, opinando que son: “normas elaboradas por la mente investigadora mediante el análisis inductivo del sistema jurídico mexicano y de los sistemas culturales afines, con vista a establecer, en los juicios lógicos en que deben traducirse tales principios, las notas uniformes que rijan a todas las instituciones integrantes de tales sistemas”.

Francois Geny (25) sostiene que se conoce como Principios, a aquellos que son :“principios no escritos, autónomos, síntesis de lo justo y razonable, que imperan más allá de las normas positivas”. *Pasquale Fiore (26)*, conceptúa a los Principios como «El Derecho que vive en la conciencia común del pueblo, y que es la expresión lógica de los principios que regulan los institutos jurídicos en su complejo orgánico” *Bagio Brugi (27)* considera que son principios, aquellos del Derecho Romano modernizado que no pugnan con las condiciones sociales de hoy”. *Prece-rutti (28)* afirma que: “Se denominan Principios generales del Derecho, aquellas reglas que la razón humana deduce de la naturaleza de las cosas y de sus mutuas relaciones; y todo Derecho Positivo, aún sin una declaración expresa del legislador, encuentra su verdadero complemento en el Derecho natural que reúne en grado sumo el doble carácter e unidad y de universalidad” Por su parte *Antonio Pagano (29)*, establece que son principios universales de valor absoluto, dignos de regir la conducta humana en cuanto tal y capaces de gobernar genéricamente todas las relaciones disciplinadas en un sistema jurídico positivo”.

Felipe Clemente De Diego (30) consagra que, “en suma son los supuestos de la labor normativa del Estado y de la sociedad y los efluvios y quinta esencia de las prescripciones

positivas; ellos se descubren por inducción generalizando las disposiciones concretas de las leyes, o por deducción, partiendo de los principios racionales y examinando si sus consecuencias se conforman o no con las normas concretas de las leyes.”

Karl Larenz (31), afirma que los Principios generales del Derecho (que él denomina “principios jurídico-éticos”) “son criterios regulativos para el establecimiento jurídico de normas, a los que su fuerza interna de convicción les convierte en factores conformadores del desarrollo jurídico. A diferencia de los principios jurídico-técnicos, basados en motivos de oportunidad, son “ideas”, no sólo en sentido de una imagen subjetiva de representación, sino en sentido de “verdades jurídicas, objetivas, evidentes por sí mismas”. Y precisando aún más añade: “Ellos (los principios) son formas de expresión, direcciones de movimiento, tendencias del espíritu objetivo, que se abren paso en la conciencia jurídica general y encuentran su expresión en la ley y en la jurisprudencia”. Así, pues, *Larenz* considera que los “Principios jurídico-éticos no son “establecidos”, sino que son “hallados” o “descubiertos”. Más exactamente: se adquiere conciencia de ellos por primera vez, a menudo en un caso ejemplar por la doctrina o por un tribunal, que lo formulan en un *Leading Case*, para encontrar después, con mayor o menor rapidez, reconocimiento en la conciencia jurídica de la época.

A la toma de conciencia y a la formulación de un principio de esta clase, sigue su esclarecimiento en el caso ejemplar, la delimitación de su alcance (frente a otros principios o frente a normas del derecho positivo tenidas por inamovibles), y, finalmente, su elaboración en una “Doctrina» firmemente ensamblada” son: “los pensamientos directores de una regulación jurídica existente posible... indican la dirección en la que está situada la regla que hay que encontrar... expresan los valores materiales

básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal las civilizaciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad” el Instituto de Investigaciones Jurídicas Mexicana afirma que son: “Criterios o entes de razón que expresan un juicio acerca de la conducta humana a seguir en cierta situación...el fundamento de esos principios es la naturaleza humana racional, social y libre; ellos expresan el comportamiento que conviene al hombre seguir en orden a su perfeccionamiento como ser humano” En cambio el Profesor *Albaladejo* (32), plantea que, “Son las ideas fundamentales que forman nuestro Derecho Positivo contenido en leyes y costumbres, y , en última instancia, aquellas directrices que derivan de la justicia tal como se entiende por nuestro ordenamiento jurídico”. *Díez Picazo* (33), plantea la siguiente interrogante ¿Qué se entiende por Principios generales del Derecho? Acotando que hay que confesar que esta idea, no obstante, la atención que la doctrina le ha prestado y lo mucho que sobre el tema se ha trabajado, adolece de una falta de claridad. Parte de las dificultades que en esta materia se presentan tienen su raíz, en muy buena medida, en la dificultad de perfilar el concepto que, a su vez, depende de las concepciones filosóficas sobre el derecho y los fenómenos jurídicos en general. El Problema de los Principios generales de Derecho guarda además una relación muy estrecha con el fenómeno denominado “lagunas de la ley”.

Una laguna legal aparece como un fenómeno de inexistencia de una ley aplicable a una determinada materia o a una determinada institución o como una falta de previsión, por una ley efectivamente existente, de un determinado punto que aparece como controvertido. La inexistencia de la ley o la falta de previsión por la ley de un punto controvertido, puede encontrar, en orden a su integración, dos respuestas disímiles. Para una corriente de

pensamiento de signo positivista, la laguna legal habrá de resolverse, acudiendo a la fuerza expansiva de textos legales que regulan materias o puntos semejantes por aplicación de las reglas de la lógica. Cabe en cambio una respuesta no positivista del problema, por virtud de la cual sea necesario acudir en ocasiones a criterios no legislativos ni consuetudinarios. Aparece así la necesidad de decidir o de resolver con arreglo a criterios extralegales, lo cual no quiere decir ni mucho menos que estos criterios extralegales deban considerarse como extrajurídicos. *Diez Picazo* (34) considera que, si se habla de Principios generales del Derecho, se está haciendo referencia *prima facie* a estos criterios o valores no legislados, ni consuetudinarios.

4.4 *Características de los Principios generales del Derecho.*

Las principales características son las siguientes: Son de naturaleza normativa dado que se encuentran regulados en una legislación vigente. Su fuente deriva de generalizaciones sucesivas a partir de los preceptos del sistema en vigor. Son válidas no por ser verdades supremas, sino por ser de máxima (mas no absoluta) generalidad y aceptación. Son lógicos. Son éticos. Son racionales. Se usan para solucionar las deficiencias de la ley (lagunas). Constituyen lo abstracto en el ordenamiento jurídico positivo. Se obtienen mediante inducciones sucesivas objetivas o también pueden ser por deducciones partiendo de los principios racionales. Son fuente inagotable del Derecho. Son también puntos de partida para el juzgador al momento de cumplir con su obligación de dar resolución a un caso en particular. Son normas derivadas de factores culturales. No deben de estar recogidas en ninguna disposición escrita, pues de lo contrario equivaldría a aplicar la norma y debemos recordar que están reservados para situaciones donde no exista legislación aplicable al caso.

No deben ir en contra de los preceptos positivos vigentes. No son particulares de cada pueblo o nación, si no perderían su calidad de generales. Pueden llegar a tener una función constructiva, ya que permiten la sistematización de la materia jurídica. Indican la dirección en la que está situada la regla que hay que encontrar. Su fundamento se encuentra en la naturaleza humana racional, social y libre. Son reglas de aplicación general.

4.5 *Naturaleza Jurídica de los Principios generales del Derecho.*

Estudiar la naturaleza jurídica de los Principios generales del Derecho, nos obliga a tomar tres corrientes doctrinarias radicalmente disímiles; nos referimos a la filosófica o iusnaturalista, la historicista o positivista y la racional. a) Corriente Filosófica o Iusnaturalista. Para esta corriente “Los Principios generales del Derecho”, equivalen a las normas del “Derecho Natural”. Son normas que no han encontrado formulación positiva, ni sanción estatal, pero que poseen innegable vigencia, validez y obligatoriedad, por formar parte de un sistema superior e ideal. No es exacta la asimilación de los Principios generales del Derecho a los obtenidos mediante sucesivas abstracciones de las formas singulares de un ordenamiento. La abstracción será un medio técnico en todo caso para descubrir, que principios han sido inspiradores de tales normas, puesto que hay muchas normas que no son más que recursos circunstanciales para ordenar la convivencia, lo que normalmente reflejan, es un aspecto parcial de los principios generales (35). Además, pueden existir principios que no hayan agotado su potencialidad normativa, por no haber cumplido su desarrollo.

La identificación de los Principios generales del Derecho con la corriente filosófica o iusnaturalista, no parece que pueda

admitirse. Si aquellos son los informadores del ordenamiento jurídico, no cabe duda, de que, junto a las reglas del derecho natural, juegan otros principios. La concepción iusnaturalista, remarca la insuficiencia del ordenamiento jurídico positivo y la necesidad de acudir a los principios del Derecho natural, pero para reducir la arbitrariedad judicial al mínimo, los Principios generales del Derecho, sólo han de ser aplicados en defecto de Ley y analogía y con respeto a los expresados en el ordenamiento jurídico. La posición filosófica o deontológica (seguida en España por los civilistas *Mucius Scaevola*, Valverde y el iusfilósofo *Recaséns Siches*), tiene tres variantes: La que desde planteamientos kantianos entienden que, los principios son “razón pura”; Los iusnaturalistas estrictos que piensan que son principios de un Derecho natural, inmutable (iusnaturalismo clásico), o cambiante de “contenido variable” (*Stammler*) o “contenido progresivo” (*Renard*) y, por último; Los que apoyan los Principios generales del Derecho en la equidad (36) b) Corriente Historicista o Positivista. Para la corriente historicista o positivista los Principios generales del Derecho son normas obtenidas mediante un proceso de abstracción de las propias leyes de manera que de las leyes pueden o no derivarse. Los Principios Jurídicos generales son de esta manera “Principios Sistemáticos”. Según esta idea, los Principios generales del Derecho, son “Principios del ordenamiento Jurídico”, que resultan por vía de sucesivas abstracciones, del conjunto de normas particulares habrán encontrado inspiración: Dicho con otros términos son los antecedentes del ordenamiento positivo, en los cuales el legislador se ha inspirado. Han penetrado en el ordenamiento jurídico a través de una legislación concreta, pero constituyen en aquel, una suerte de muros maestros o de pilares fundamentales de su estructura. En este sentido, los Principios generales del Derecho son “Los Principios generales del ordenamiento jurídico del estado” (Código Civil Italiano de

1942, art. 12). Según la concepción historicista si los principios generales del Derecho fueran principios de Derecho natural, la vaguedad de estos principios propiciaría el arbitrio judicial y, por lo tanto, se produciría una falta de seguridad y certeza jurídica (uno de los fines de la Codificación). Es por ello que para los positivistas, los Principios generales del Derecho, son principios deducidos del ordenamiento jurídico por analogía (*analogia iuris*). Las lagunas se evitan y se cierra completamente el sistema si en defecto de ley y costumbre aplicables al caso, se acude a la analogía. En España La posición historicista tiene tres vertientes, la que entiende que son:

a) Principios del Derecho romano (Sánchez Román y Reinoso Barbero); b) La que aboga por su creación por parte de la doctrina científica (en parte De Buen) y; c) Los que piensan que son obtenidos por inducción (abstracción o sucesivas generalizaciones) legislativa (Clemente *De Diego*) (37). c) Corriente racionalista. La posición racionalista que escinde el Derecho en dos órdenes jurídicos específicos y distintos: el natural y el positivo el primero conforme a la razón, y el otro, producto de la voluntad del sistema político no puede sostenerse. Es evidente que el Derecho, producto típicamente humano, es una obra de la inteligencia humana, ella es la que descubre, desarrolla y combina criterios que enuncian un comportamiento entendido como justo; por esto, el derecho también es llamado jurisprudencia, es decir, de lo justo, y la prudencia se entiende como un hábito de la inteligencia (38). Si bien el derecho, conjunto de criterios, es obra de la inteligencia, su efectivo cumplimiento, el comportarse los hombres de acuerdo a los criterios jurídicos, es obra de la voluntad.

Para conseguir el cumplimiento del derecho, el poder político suele promulgar como leyes, aseguradas con una sanción, los

criterios jurídicos definidos por lo juristas o prudentes, pero por el hecho de ser promulgados como leyes, los criterios jurídicos no cambian de naturaleza, siguen siendo elaboraciones de la inteligencia humana, presentadas en forma de mandatos del poder político. Se ve entonces que la distinción entre derecho natural (obra de la razón) y derecho positivo (obra de la voluntad), no tiene razón de ser, el derecho es siempre obra de razón, aun cuando su cumplimiento se asegura por la coacción del poder público.

De acuerdo a esa concepción del derecho como jurisprudencia, los principios generales del derecho, son una parte muy importante, de la ciencia jurídica o jurisprudencia. El que estén o no incorporados en una legislación determinada, es decir el que estén o no reconocidos por la voluntad política, no tiene relevancia alguna, así como el que un determinado gobierno desarrolle una política que acepta o rechaza un principio de economía política, no hace que tal principio sea parte o no de la ciencia económica.

Relacionada con la polémica acerca de si los citados principios son de derecho natural o de naturaleza estrictamente positiva, se ha planteado la cuestión de que si el método para conocer tales principios es el deductivo o el inductivo. Para quienes sostienen un derecho natural; como distinto del derecho positivo, y el método tiene que ser solamente deductivo a partir del concepto de naturaleza humana; para quienes piensan que el derecho positivo comprende los Principios generales del Derecho, el método para descubrir tales principios es la inducción a partir de las leyes vigentes. Ambas posiciones son superadas por la concepción del derecho como obra de razón, como jurisprudencia, para la cual ambos métodos son aptos (39).

No es posible hacer una enumeración exhaustiva de los Principios generales del Derecho pues el conocimiento de ellos se va perfeccionando poco a poco y por lo mismo, su número y

contenido han ido variando, sin embargo, como ejemplo se pueden mencionar algunos, como la equidad, es decir, la prudente aplicación de la ley al caso concreto; la buena fe o lealtad a la palabra empeñada, la obligación de cumplir los convenios, el derecho de legítima defensa, vale decir el de rechazar la fuerza con la fuerza, etc.

4.6 *Funciones que cumplen los Principios generales del Derecho.*

Las principales funciones que cumplen los Principios generales de Derecho son las siguientes (40): a) Informativa, directiva y creativa. Porque guía al Órgano Legislativo en la elaboración de la legislación, para lo cual los legisladores deben conocer los principios para inspirarse en ellos y a posteriori positivarlos. b) Interpretativa. Porque permite establecer el sentido de la ley para decidir los supuestos contenidos en ella y, consecuentemente, su aplicabilidad al supuesto de hecho que se le plantea al intérprete, puesto que permite saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el Órgano Judicial obtiene la norma individual que le incumbe establecer. c) Integrativa. Porque permite suplir las lagunas legales de la ley, creando o constituyendo un derecho, o tipificando un delito no establecido en la ley recurriendo a otras normas, a la Analogía y a la Doctrina para aplicarlos al caso particular.

Estas funciones no actúan independientemente, sino que en la aplicación del derecho operan auxiliándose la una a la otra, así cada interpretación de una norma, basada en los principios, es una nueva creación. Para colmar una laguna legal es menester interpretar el Derecho ya existente según los principios; finalmente, las lagunas legales en el derecho positivo no existen

debido a la posibilidad que tienen los miembros judiciales para interpretar una norma ya creada y adaptarla según los principios generales, lo que garantiza una seguridad jurídica sólida frente a la positivización del Derecho.

4.7 *Consagración de los Principios generales del Derecho.*

Diez Picazo (41), advierte que la sustancia de los Principios generales del Derecho consiste en, normas básicas reveladoras de las creencias y convicciones de la comunidad, respecto de los problemas fundamentales de su organización y convivencia. Se comprende en seguida que son Principios generales del Derecho: La Dignidad y el respeto de la persona; el deber de indemnizar los daños culposamente causados; el deber de restituir el enriquecimiento indebido; el ejercicio de los derechos conforme a su función social, etc.

Para que una norma constituya un auténtico Principio general de Derecho, basta su arraigo como una norma fundamental en la consciencia social. Por otra parte los Principios generales son informadores del ordenamiento jurídico en mayor o menor medida, pues si todo reposa en un sistema de creencias y convicciones del grupo humano al que afecta, es evidente la interrelación entre principios y ordenamiento. De allí que ellos pueden estar acogidos de una manera expresa en el texto de las leyes positivas o estar implícitos en la normativa concreta de las instituciones.

Los principios son positivos cuando están enmarcados en alguna norma y dentro de estas tenemos a la norma fundamental, conocida a su vez como norma fundante, tal cual lo sostenía en su momento el jurista checo *Hans Kelsen*, nos referimos a la Constitución, *idem* se encuentra en normas de menor jerarquía como es el Código Civil. Empero cabe citar que también los

principios son extrapositivos cuando no se encuentran comprendidos en norma alguna.

El carácter del Principio general de Derecho no se lo da la norma que la formula, ni el rango o categoría del texto que lo haya recogido, en el caso de que lo haya recogido. A los Principios Generales del Derecho, quien les dota de valor es la convicción social, que es quien los crea y quien en definitiva los mantiene.

La aplicación de la jurisprudencia (ciencia jurídica; actividad de los tribunales), de un principio general, es tarea delicada cuando no están positivados, tanto por la dificultad de detectar cuando se está ante un principio que se merezca esa conceptualización, como por la necesidad de evitar que se produzcan decisiones basadas en puras convicciones personales de moralidad o justicia o incluso políticas del intérprete o del que aplica el derecho.

Los Principios generales del Derecho que están enmarcados en la Constitución, tienen una verdadera función directiva e informadora de la legislación, que ha de acomodarse a la norma suprema. De ahí que en cuanto resulten vulnerados o desconocidos en las normas jurídicas, dará lugar a su mantenimiento y defensa por el tribunal Constitucional, mediante el Proceso de inconstitucionalidad previsto por el numeral 200, inciso 4 de nuestra Constitución Política del Perú de 1993.

El artículo VIII del Título Preliminar del código Civil de 1984 consagra que “Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”. Asimismo, el artículo 139, inciso 8° de la Constitución Política del Perú de 1993 prescribe lo siguiente “El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los

principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”. Asimismo, el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 052 (Ley Orgánica del Ministerio Público), prescribe que «En los casos de deficiencia de la legislación nacional, el Ministerio Público tendrá en consideración los Principios generales del Derecho y, preferentemente los que inspiran el derecho peruano». Cabe acotar lo plasmado en el artículo 50, inciso 4 del Código Procesal Civil de 1993, que a la letra *consagra* que son deberes de los Jueces en el proceso: “Decidir el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica incluso en los casos de vacío o defecto de la ley, situación en la cual aplicarán los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia”. De lo expuesto se infiere que los Principios actúan como fuente subsidiaria, cumplen una función autónoma de fuente de Derecho, pueden tener a su vez un significado informador de la ley o de la costumbre. Por ende, de acuerdo con tales directrices, cabe sostener que, en nuestro derecho positivo actual, los principios cumplen dos funciones un tanto disímiles: 1° Una función autónoma de fuente del Derecho, que es subsidiaria y se produce siempre que un supuesto de hecho que requiera una regulación o un tratamiento jurídico no se encuentre contemplado o recogido por una norma jurídica de carácter legal o de carácter consuetudinario; y 2° Una función o un significado informador; puesto que los textos que hemos mencionado refieren indistintamente a las otras fuentes: Ley y Costumbre. Tal significado informador parece consistir en su posible utilización en la función interpretativa de las demás normas, así como en su función de criterio de indicación del carácter y rango que a tales normas se les debe asignar (normas de derecho común, excepcional, etc.).

Con mayor precisión y agudeza *Federico de castro y Bravo (42)* señalaba a los Principios generales del Derecho una

triple función: 1. Los Principios generales del derecho constituyen el fundamento de todo ordenamiento jurídico. Son desde ese punto de vista las bases últimas de todo el derecho positivo. Son ellos, los que convierten al ordenamiento jurídico de conjunto inorgánico en unidad vital. 2. Los principios generales de Derecho son normas orientadoras de la función interpretativa, en cuanto señalan los motivos y los criterios de interpretación de las demás normas, indicando las fórmulas interpretativas que se deben elegir, una norma acorde con los Principios generales del Derecho deberá ser objeto de una interpretación extensiva y amplia mientras la norma concreta aparezca en contradicción con un principio general su interpretación debe ser restrictiva. 3. Los Principios constituyen un sistema de integración de las lagunas de la ley cuando no exista ley aplicable a un punto controvertido y no existe tampoco norma consuetudinaria que permita resolverlo, debe el juez decidir de acuerdo con los principios generales del Derecho.

4.8 *Diferencias existentes entre los Principios generales del Derecho y las Reglas, Máximas y Apotegmas Jurídicos.*

Los Principios generales del Derecho no deben confundirse con las llamadas reglas o máximas jurídicas. Dentro de la expresión reglas del derecho. (*regulae iuris*) que tienen su origen en el derecho romano justiniano, se comprenden fragmentos de afirmaciones de antiguos autores, de decisiones judiciales o de formulaciones doctrinales, que sólo tienen en común su forma concisa y fácil de retener. En el Digesto se las definía así: Es regla la que describe brevemente como es una cosa. No que el derecho derive de la regla, sino que ésta se abstrae del derecho existente. Con una expresión gráfica podemos decir que las reglas son refranes jurídicos o fórmulas concisas que comprenden

una experiencia jurídica (43). No tiene valor jurídico propio y son simples recursos nemotécnicos o pedagógicos. No forman por si mismas parte del ordenamiento jurídico, sino de la ciencia del Derecho.

4.9 *Clases y prelación de los Principios generales del Derecho.*

Los principios son generales o bien específicos, también conocidos como especiales. ¿En tal virtud surge la interrogante cuáles tienen primacía? y la respuesta no es simple, pues es menester tener en cuenta lo siguiente: a) El momento de sanción o exteriorización del principio. b) Su carácter formal o material, así como su jerarquía. c) Su interpretación de acuerdo a la materia específica (penal, laboral, civil, etcétera), primando como es obvio la especificidad, d) La *ratio legis*, es decir la interpretación de acuerdo con las circunstancias y la finalidad que se tuvo en cuenta al dictar la norma, e) La condición de general o de especial, la congruencia o incongruencia, en la pirámide de los principios y de las fuentes jurídicas y del orden jurídico nacional, y f) La razonabilidad.

Para algunos doctrinarios la prelación adoptaría el siguiente orden: Los principios de interés individual están infra de los intereses de la colectividad (44). Para otros especialistas de la materia, los Principios específicos tienen primacía sobre los generales, ello si surgiese alguna antinomia, siempre que los dos tengan prescripción o exteriorización formal o que ambos por igual sean fuentes materiales; asimismo institucionalmente, prevalece el principio que se exteriorizó respecto al que no.

Respecto a la antinomia *Norberto Bobbio* (45), expresa en *Teoría della norma giurídica*: «En derecho se habla de antinomia

para referirse al hecho de que un ordenamiento jurídico puede estar inspirado en valores contrapuestos (o en ideologías opuestas). Así se consideran, por ejemplo, el valor de la libertad y el de la seguridad como valores antinómicos, en el sentido de que la garantía de la libertad va generalmente en perjuicio de la seguridad, y la garantía de la seguridad tiende a restringir la libertad; por consiguiente, un ordenamiento que se inspira en ambos valores descansa sobre principios antinómicos. En tal virtud se puede hablar de antinomias del principio. Las antinomias de principio no son antinomias jurídicas propiamente dichas, empero pueden dar lugar a normas incompatibles.

Es permisible suponer que una fuente de normas incompatibles puede ser la causa de que el ordenamiento esté inmerso de antinomias de principio». Algunos doctrinarios, clasifican a los principios del modo siguiente: a) Principio Ontológico. La libertad es lo primero, todo lo que no está prohibido está permitido (Principio de Clausura). No requiere que esté legislado, es un principio necesario de todo orden jurídico. Pero sucede que este principio no llena las lagunas normativas, pudiendo haber conductas que no estén prohibidas ni estén permitidas y que interesan por sus consecuencias respecto a terceros o a la sociedad y no tienen una solución adecuada en el mundo normativo, de una sociedad jurídicamente organizada. Recordemos que para *Kelsen* no puede haber lagunas en el Derecho y el «principio de clausura» armoniza con la teoría *kelseniana* (46).

Se argumenta que si algo es permitido, significa que no es prohibido, de modo que podría traducirse el principio del siguiente modo: «Todo lo que no está prohibido, está permitido». Se trata de repetir un mismo pensamiento de distinta manera, esto es una tautología. b) Principio de Respeto. Desarrollado por *Rudolf Stammler*, partidario del neokantismo de la Escuela

de Marburgo. Para el autor citado, el derecho no puede estar vinculado a contenidos empíricos determinados, pues entonces sus normas carecerían de validez universal. Ello no significa que el Derecho sea independiente de la sociedad. El derecho ostenta universalidad y formalidad (el Derecho es la condición lógica de la ciencia social), lo que se traduce en lo que *Stammler* denomina «el derecho justo», esto es, el derecho que posee propiedades objetivas no basadas en condiciones históricas dadas o en propósitos que tiene una comunidad con respecto al futuro. Según, dicha idea del derecho es la única que puede hacer posible la unidad jurídica de una comunidad y aun la visión de todas las comunidades sociales como un todo sometido a normas objetivamente válidas. Sobre este cimiento, menciona dos principios: el de respeto y el de solidaridad. El primero, como principio de un derecho justo tiene dos facetas: a) Una voluntad no debe quedar a merced de lo que otro arbitrariamente disponga; y b) Toda exigencia jurídica deberá ser de tal modo que en el obligado se siga viendo al prójimo. La solidaridad se encuentra dentro del plexo valorativo de *Carlos Cossio*, ergo es menester apelar a la axiología jurídica para un mejor entendimiento. c) Principio de Solidaridad. Enmarca dos reglas: 1) Un individuo jurídicamente vinculado no debe nunca ser excluido de la comunidad por la arbitrariedad de otro; y 2) Todo poder de disposición otorgado por el Derecho sólo podrá excluir a los demás del tal modo que en el excluido se siga viendo al prójimo.

Para el Iusfilósofo Carlos Cossio, la Solidaridad se encuentra dentro del plexo axiológico; es decir, se trata de un valor. d) Principio de Efectividad. Se refiere al curso del ser, coincidente con el deber ser que la norma expresa. Toda norma tiene un máximo de cumplimiento en la comunidad (principio de efectividad) para que sea una norma verdadera. e) Principio de la inviolabilidad

de la persona humana. No se puede imponer cargas no compensables sin el consentimiento. Es un principio individualista. Sostenido por *Immanuel Kant* (47): las personas son fines en sí mismas y no pueden ser utilizadas como medios para beneficio de otros; los individuos son separables e independientes, lo que hace que no se puedan tratar los deseos e intereses de diferentes personas como si fuera los de una misma persona, aunque se deban sacrificar intereses en beneficio de otros, más importantes. De acuerdo a la epistemología se entiende que los principios son relativos no absolutos. f) Principio de la autonomía de la persona humana. Pertenece a la filosofía liberal. El Estado diseña instituciones y es neutral respecto a los planes individuales, pero puede facilitar estos planes. La persona tiene el derecho de realizar actos que no perjudiquen a terceros. La contrapartida es el Estado intervencionista. g) Principio de la Dignidad de la Persona. Una de las formulaciones posibles, las personas deben ser tratadas para ciertos fines, sobre la base de sus acciones voluntarias y no según otras circunstancias, como etnia, nacionalidad, sexo, clase social, creencias, etc. La dignidad se describe como calidades merecedoras de respeto, buen concepto, decoro, excelencia, normas de conducta recta y proba, buena fe y, en suma, un cúmulo de condiciones y calidades personales. h) Principio de diferencia. Según plantea *John Rawls* en su obra (*A theory of justice*) Una teoría de Justicia) de 1971. El principio de diferencia se sostiene en los siguientes preceptos: a) Cada persona debe tener un derecho igual al sistema total más extenso de libertades básicas (de conciencia, de palabra, contra decisiones arbitrarias, de voto, etc.), que sea compatible con un sistema similar de libertades para todos. b) Las desigualdades sociales y económicas deben ser dispuestas de modo tal que ellas satisfagan dos condiciones: -Deben ser para el mayor beneficio de los que se encuentren en la posición social menos aventajada (este es el

llamado «principio de diferencia»); *idem.* -Deben adjudicarse a funciones y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades. Este principio es propio del derecho angloamericano, empero no se ajusta a nuestra realidad objetiva. I) Principio de mayor felicidad. Tiene basamento utilitarista, hedonista, pertenece a una teoría ética normativa que defiende este solo principio: «La corrección moral de un acto está determinada por la contribución de sus consecuencias a la felicidad (entendida como suma de placeres, o satisfacción de deseos, intereses, etcétera), de todos quienes están afectados por tales consecuencias». j) Principio de la buena fe. La buena fe, sin perjuicio de ser un principio universal, también es una presunción *juris tantum*, puesto que acepta prueba en contrario. La buena fe consiste en obrar de bien, es decir sin *animus jocandi* (ánimo de molestar o fastidiar), *sin animus laedendi* (ánimo de dañar); y sin *animus necandi* (ánimo de matar).

4.10 *Los Principios y la Heterointegración y la Autointegración*

El tema de la heterointegración y autointegración se planteó en la doctrina y la legislación italiana. Luego se tradujo en legislación y doctrina comparada (48). En el orden jurídico hay relaciones o situaciones reguladas y otras que siendo (existentes) de modo real se hallan excluidas de la regulación. Es el legislador quien las excluye, lo que sucede por diferentes motivos. Hay una zona fronteriza o gris o poco determinada o incierta, que es atraída por la normatividad que regula.

Si el ordenamiento no es completo, hay dos procedimientos que *Francesco Carnelutti* denominaba «de heterointegración» y «de autointegración». El método de heterointegración se efectiviza por medio de dos vías: a) recurriendo a ordenamientos

diversos, y b) recurriendo a fuentes distintas de la fuente dominante (ley, por caso). El método de la autointegración implica que ésta es llevada a cabo por el mismo ordenamiento, en la misma fuente dominante, oyendo mínimamente a fuentes distintas. Dada la equivocidad que puede presentar lo expresado, vale aclarar y recalcar que en la heterointegración se busca la solución en diversos ordenamientos y que en la autointegración, se obtiene en el mismo ordenamiento.

El método tradicional de la heterointegración significa apelar a otros ordenamientos cuando hay lagunas, pero apoyándose en el derecho natural, pues el derecho positivo es imperfecto por naturaleza y debe basarse en el derecho natural, que se afirma; es perfecto, en la concepción iusnaturalista (49).

Por eso, el artículo 7º del Código Civil austríaco de 1811, en caso de duda, el juez debía recurrir a los Principios del Derecho Natural. En el artículo 17, en caso de silencio de la ley y mientras no haya prueba en contrario, se tienen en cuenta los derechos naturales innatos.

El Código Civil Italiano de 1865 sustituyó la expresión «principios del derecho natural» del Código Civil austriaco por «Principios generales del Derecho», es decir, según una corriente de interpretación, se trataba de los «Principios generales del Derecho positivo», y si consideramos que se refería al propio derecho positivo- se pasaba así de la heterointegración a la autointegración. *Giorgio del Vecchio* insistía en que se trataba en todo caso de los «Principios del Derecho natural» (equivalente a «Principios generales del Derecho»).

La expresión del Código Civil Italiano de 1865, «Principios generales del Derecho», que se prestó a discusión en el sentido de que se trataba del derecho natural o del derecho romano, fue

sustituida en un proyecto de código por «Principios generales del ordenamiento jurídico del Estado», con lo que se estaba diciendo algo más que la expresión «Principios generales del Derecho vigente», al comprender más que lo vigente, esto es, no sólo normas e instituciones sino también la orientación político-legislativa estatal y la tradición científica (como el derecho romano), lo cual, al fin, demuestra que es imposible separar tajantemente los métodos y hasta parece inútil la diferenciación hecha, dado que en la autointegración se trata de un mismo ordenamiento pero sucede que éste, está alimentado por otro u otros y además lejano en el tiempo, en el caso del derecho romano. La consideración estructural (filosófica) terminaría con todas estas cuestiones rígidas y dogmáticas, al encontrar la respuesta de acuerdo a las «circunstancias del caso», concepto que es el gran hallazgo de la filosofía jurídica.

Son varios los ordenamientos a los que se recurre para integrar: a) el derecho romano, con lo cual puede sostenerse la expresión «Principios generales del Derecho» del Código Civil Italiano de 1865, que en una hermenéutica se refiere a «Principios generales del Derecho romano» y en este supuesto el método es de heterointegración. Recuérdese que según *del Vecchio* se trataba de los principios del derecho natural y según otros se trataba de otros ordenamientos positivos precedentes en el tiempo, el derecho romano; y b), también se recurre para integrar a distintos ordenamientos contemporáneos, cualquier ordenamiento estatal o el derecho canónico.

Y está claro también que la búsqueda puede hacerse en otras fuentes diferentes de la fuente dominante (ley, en el caso), como la costumbre o el derecho judicial (que da facultad de creación al juez, y es propio de los sistemas anglosajones) o de los sistemas que permiten al juez fallar en equidad, pero en estos casos hay

que poner atención por cuanto la decisión puede tener contenidos que corresponden a la heterointegración o a la autointegración.

La exposición de estos métodos se hace en la obra del italiano *Norberto Bobbio* (50), ya citada, en la que critica la posición de su congénere *Emilio Betti*, a quien conceptúa como «el estudioso italiano por excelencia del problema de la interpretación», con su obra *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, donde *Betti* (51), sostiene que «aún en la nueva formulación, representa un procedimiento de heterointegración pues allí donde existan aspectos axiológicos se trasciende al mero derecho positivo”.

4.11 *Los Principios generales del Derecho como quinta fuente del Derecho.*

Como bien sabemos las fuentes formales del derecho son la Ley, la Costumbre, la Jurisprudencia y la doctrina. A las fuentes formales supra citadas, cabe agregar los Principios generales del Derecho, puesto que de acuerdo a nuestro parecer, constituyen la quinta fuente formal del Derecho, en razón a que vacíos o lagunas de la ley, los Jueces tienen el deber jurídico de recurrir a los Principios generales del Derecho, a efectos de impartir justicia. A mayor abundamiento cabe glosar que los Principios generales del Derecho sin perjuicio de ser Principios Procesales, se constituyen como Principios y Derechos de la Función Jurisdiccional de orden constitucional (52). Los Principios generales del Derecho, cuando se positivizan, se configuran como la quinta fuente formal escrita del derecho.

5. CONCLUSIONES

Al finalizar el presente ensayo, hemos arribado a las siguientes conclusiones.

1. El origen etimológico del vocablo principio del cual luego derivan los Principios generales del Derecho, obedece al latín. 2. Existen Principios positivos como extrapositivos, ello en razón a si se encuentra consagrados o no en nuestros ordenamientos jurídicos ad hoc. 3. La diferencia entre los Principios Jurídicos y los Principios generales de Derecho, es simplemente de nomenclatura, puesto que, en cuanto al contexto y alcances, son lo mismo. 4. Las reglas, máximas o apotegmas jurídicos, no son lo mismo que Los Principios generales del Derecho, puesto que reglas son refranes jurídicos o fórmulas concisas que comprenden una experiencia jurídica. No tiene valor jurídico propio y son simples recursos nemotécnicos o pedagógicos. No forman por sí mismas parte del ordenamiento jurídico, sino de la ciencia del Derecho, a diferencia de los Principios generales del Derecho que sin forman parte. 5. Lo consagrado en el artículo VIII del Título Preliminar de nuestro Código Civil que a la letra reza “principalmente los que inspiran el derecho peruano”, es chauvinista por demás. 6. Los Principios generales del Derecho son importantes dentro de nuestro ordenamiento y sistema jurídico, principalmente al momento de administrar prolijamente la justicia. 7. Los Principios que versan sobre los intereses de la colectividad, están por encima de los que velan por el interés particular. 8. En cuanto a la naturaleza jurídica de los Principios generales del Derecho, nos identificamos con la corriente historicista o positivista, puesto que para dicha corriente, los Principios generales de Derecho son normas obtenidas mediante un proceso de abstracción de las propias leyes y que luego se han de configurar como “Principios del Ordenamiento Jurídico”. Ergo, los Principios generales del Derecho son “Los Principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”. 9. Los Principios generales del Derecho son la quinta fuente formal del Derecho y cuando son positivados, se configuran como la quinta fuente formal escrita del derecho.

6. BIBLIOGRAFÍA

1. SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. “Los principios del Derecho como objeto de investigación jurídica”, en Los Principios generales del Derecho, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Editorial Actas.
2. MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, Consuelo. “Concepto y contenido de los Principios generales del Derecho”, en Los principios generales del derecho, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Editorial Actas.
3. ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y Jurisprudencia, tomo III. Madrid, 1945 (2ª ed.), pp. 51 y 52.
4. DÍEZ PICAZO. Luis Y GULLÓN Antonio. Sistema de Derecho civil, vol. I. Madrid, Editorial Tecnos, .S.A. Octava Edición, 2da. Reimpresión, 1994.
5. CANTERO NÚÑEZ, Estanislao. “Lugar de los Principios generales del Derecho en la jerarquía de fuentes”, en Los Principios generales del Derecho, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Editorial Actas.
6. Nueva Enciclopedia Jurídica, BUENVAVENTURA PELLISÉ, Prats, ED. Francisco SEIX, 1ra. edición, Tomo XX, pag.498.
7. VECCHIO, Giorgio Del. Los Principios generales del Derecho, Barcelona, Bosch Casa Editorial, S. A., traducción y apéndice de Juan Ossorio Morales y prólogo de Felipe Clemente de Diego, 1979 (3ª ed.).
8. VECCHIO, Giorgio Del. Ibidem 7.
9. Enciclopedia Jurídica Básica, Montoya Melgar, Alfredo, Edit. Civitas, 1ª edición, Volumen III.
10. ELÍAS DE TEJADA, Francisco. Necesidad de sustituir los Principios generales del Derecho por el Derecho natural Hispánico, Madrid, Editorial Reus, 1962.
11. LACRUZ BERDEJO, José Luis. Elementos de Derecho civil, Tomo I, Vol. I, Parte General del Derecho civil, 2da edición, Barcelona, 1982.
12. PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Revista de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México.

13. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Estudios de Derecho Civil, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1981.
14. CASTRO Y BRAVO, Federico De. Derecho civil de España. Parte General, t. I. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 2da. Edición, 1949.
15. PUIG PEÑA, Federico. Tratado de Derecho Civil Español, Tomo II, Volumen II, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.
16. MUCIUS SCAEVOLA. Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, Volumen I
17. CARNELUTTI, Francesco. Sistema di Diritto processuale Civile. Tr. y Comp. Enrique Figueroa Alfonso. Instituciones de derecho procesal Civil. Vol 5. Harla, Bibl. Clásicos del Derecho. México, 2002.
18. RECASENS SICHES, Luis. Introducción al estudio del Derecho, editorial Porrúa S. A. , Decimosegunda edición, pág. 206.
19. MANS PUIGARNAU, Jaime M. Los Principios generales del Derecho, Editorial Bosch, Barcelona, 1957, Pág. X.
20. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho, Editorial Porrúa, S.A., 50 edición, reimpresión, Págs. 312-316.
21. BOBBIO, Norberto. Teoría general del Derecho. Madrid, Editorial Debate, traducción de E. Rozo, 1.991.
22. RIBO DURÁN; Luis. Diccionario de Derecho, Editorial Bosch, 1ª edición pag. 480.
23. RAMIREZ GRONDA, Juan. Diccionario Jurídico, Editorial Claridad, 6ª edición, pág.234-235.
24. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo, Editorial Porrúa, 5ª edición, primera reimpresión, página 356.
25. GENY, François. Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo. Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros. Editorial Reus S. A. Segunda Edición. Vol. XC. Madrid, 1925.
26. PASQUALE, Fiore. Tratado de Derecho Penal Internacional y de la Extradición. Los Principios Generales del Derecho. Bosch Casa Editorial, 1978.
27. BRUGI, Biagio. Instituciones de Derecho Civil. Los Principios Generales del Derecho. Bosch Casa Editorial, 1978.

28. PRECERUTTI, Luis. Los Principios generales del Derecho, en la Jurisprudencia Argentina.
29. PAGANO, Juan. En Principios generales del Derecho, artículo publicado por RAMIREZ, Mónica, Facultad de Derecho de la UNAM, 2001.
30. CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. “Prólogo” a la traducción española de la obra de Giorgio Del Vecchio: Los Principios generales del Derecho, Barcelona, Bosch, 3ra, edición, Casa Editorial, S. A., 1979.
31. LARENZ, KARL. Derecho justo, Fundamentos de Ética jurídica, Madrid, Editorial Civitas, S. A., presentación y traducción de Luis Díez-Picazo, 1993 (reimp. de la 1ª ed. de 1985).
32. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. Derecho civil, tomo I, vol I. Barcelona, José María Bosch Editor, S. A., 1991.
33. DÍEZ PICAZO. Luis Y GULLÓN Antonio. Op. Cit. 4
34. DÍEZ PICAZO. Luis Y GULLÓN Antonio. Op. Cit. 4.
35. CANTERO NÚÑEZ, Estanislao. “Lugar de los Principios generales del Derecho en la jerarquía de fuentes”, en Los Principios generales del Derecho, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Editorial Actas.
36. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín. Los Principios generales del Derecho y su formulación constitucional. Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1990.
37. CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. Op. Cit. 30.
38. MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio. “Principios del Derecho y normas jurídicas”, en Los Principios generales del Derecho, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Editorial Actas.
39. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. “Los principios generales del Derecho”, en Revista del Instituto de Derecho Comparado, 19 (julio-diciembre 1962).
40. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Reflexiones sobre la Ley y los Principios generales del Derecho. Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1984, reimpresión 1996.
41. DÍEZ PICAZO. Luis Y GULLÓN Antonio. Op. Cit. 4.
42. CASTRO Y BRAVO, Federico De. Op, Cit. 14.

43. CASTRO Y BRAVO, Federico De. Op, Cit. 14.
44. DAVID, René; Les Grands Systemes de Droit Contemporains (Droit Comparé), 2da edición, Paris, Dalloz, 1966.
45. BOBBIO, Norberto. Teoria della norma giuridica, Giappichelli, Torino, 1958.
46. CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho civil español, común y foral, Tomo I, Volumen I, Madrid, Editorial Reus, 1982 12ª edición, revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos.
47. CARVAJAL CORDÓN, Julian. Moral, Derecho y Política en Immanuel Kant, Colección Estudios, Universidad de Castilla-La Mancha, Edic. III, 1999.
48. VECCHIO, Giorgio Del. Op. Cit. 7.
49. CARNELUTTI, Francesco. Op. Cit. 17.
50. BOBBIO, Norberto. Op. Cit. 21.
51. BETTI, Emilio. L'interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria Generale e Dogmatica) Milano, Ed. Giuffè, 1949.
52. Constitución Política del Perú de 1993 (art. 139, inciso 8).