

CARVALHO LEAL, VIRGINIA,  
USCANGA BARRADAS, ABRIL (EDS.),  
EL DERECHO Y SUS RAZONES  
(APORTACIONES DE JÓVENES  
INVESTIGADORES), BUBOK  
PUBLISHING S.S.L., MADRID,  
ESPAÑA, 2013, 292 PP.

SERGIO PEÑA NEIRA\*  
Universidad de Chile  
Santiago, Chile

Este texto es la reunión de las actas del I Coloquio Internacional de Investigadores en Derecho que tuvo lugar en la Universidad de León en 2013. En primer lugar trata de filosofía del Derecho y filosofía política, en segundo lugar de Derecho internacional, en tercer lugar de Derecho penal, en cuarto lugar de Derecho procesal y en quinto lugar de Derecho mercantil. Es un texto disímil por las disciplinas pero muestra un esfuerzo en lograr aunar a las mismas en una disciplina única, el Derecho que al especializarse en muchas disciplinas deja de lado lo principal, el lograr la unidad de conocimientos en una única disciplina.

En la sección de filosofía del Derecho y política nos detendremos en la justificación de la responsabilidad civil por daños extracontractuales. El artículo que nos brinda Virginia Carvalho Leal, Por una teoría justificadora de la responsabilidad civil por daño extracontractual y se extiende desde la página 45 a la 54. En ella la autora plantea dos de las más significativas posturas acerca de la naturaleza del Derecho de daños o Derecho de la responsabilidad

---

\* Abogado, Doctor en Derecho, Universidad Internacional de Andalucía (España). Catalyst del Climate Change Colab del MIT y colaborador de la línea de investigación de la UNAM "Estado de Derecho Internacional". Correo electrónico: <sergio.penaneira@gmail.com>

extracontractual, la de la “maximización de la riqueza social” y la de “la realización institucionalizada de la justicia correctiva”. La primera de carácter económica basada en la eficiencia, la segunda moralizante basada en la rectificación de injusticias. Ejecuta la actividad de analizar la evolución del debate, desde sus inicios en países del “Common Law” hasta su incorporación en la discusión jurídica hoy día en otros mundos. Su característica principal es el debate sobre sus fundamentos últimos tanto conceptuales como morales. Hace referencia, como es lógico, a Aristóteles y sus primeros fundamentos acerca de la Justicia, en general, y la Justicia correctiva en particular y contenida en su “Ética a Nicómaco” o “Ética Nicomaquea”. La “justicia correctiva” ha devenido en el fundamento de esta materia en el mundo. El fundamento de esta discusión filosófico-jurídica lo sitúa la autora en la diferencia codificación-no codificación donde en la codificación se rechaza por haberse consagrado jurídicamente una “solución” legal, la discusión en torno a los fundamentos de la institución. Luego vuelve a Aristóteles como fundamento del Derecho de daños refiriéndose a la relación “justicia” e “igualdad” donde, en nuestra opinión, Aristóteles al parecer yerra. Los conceptos dan cuenta de realidades que pueden ser contrapuestas, lograr la igualdad entre diferentes sujetos sólo puede plantearse conceptualmente en cambio justicia no sólo posee un alcance conceptual sino incluso real. Pero en lo que interesa la autora se refiere a esta materia indicando que “nadie debe ganar a través de la pérdida de otro”, fundamento último de este tipo de Justicia, la correctiva. De otra parte aparece la teoría económica por una serie de deficiencias de la teoría moralizadora. Esto en base a los cambios estructurales de la economía con la denominada “Revolución Industrial”. De ello aparece la “teoría de la disuasión económica”: maximización de la riqueza y la eficiencia o la minimización de los accidentes. Distingue en esta concepción la formalista (estructura y conceptos).

Otro de los artículos, esta vez en Derecho internacional público, se titula “Hacia un acceso global a los medicamentos como cuestión de justicia global”, donde el objetivo principal de su autor, Iván Vargas-Chaves de la Universidad de Lisboa, es dar a conocer uno de los problemas acuciantes en el último tiempo, a saber, el que personas de países subdesarrollados puedan contar con medicamentos para enfrentar enfermedades. La imposibilidad de acceso se la califica a un “tipo de pobreza”. Primero desvirtúa algunos mitos como el de préstamos para la compra de medicamentos y el de los derechos protegidos por procedimientos judiciales porque en una multiplicidad de casos no hay los mismos. Esto se ve agravado por las normas jurídicas impuestas por transaccionales en tratados internacionales, Acuerdo de Derecho de la Propiedad Intelectual para el comercio, los acuerdos de libre comercio o el Tratado Transpacífico. El autor considera esta opinión así como aquella que indica a la propiedad industrial como fuente de desarrollo económico

producto de la protección jurídica a la invención en razón de la inversión desarrollada. Luego el autor indica que la invención protegida por patentes canaliza la inversión extranjera y es instrumento para fortalecer las relaciones comerciales entre varios países. Funda la necesidad de acceso a la justicia en la igualdad de oportunidades compensando a los que necesitan bajo la noción de “debida distribución acerca de lo que puede repartirse”.

En Derecho penal José Manuel Palma Herrera trata “Una propuesta de interpretación restrictiva en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas” porque existe un problema en relación al Código Penal español en cuanto el mismo contiene un “modelo” de sanción a la persona jurídica que puede violentar y violenta derechos de las personas jurídicas, se propone una interpretación restrictiva de los “hechos de conexión”. Luego de un repaso general de las opiniones y fundamentos se centra en la ley 5/2010 donde se critica que además de opiniones dogmáticas alemanas e italianas hoy hay que satisfacer las opiniones jurídicas anglosajonas. Asimismo, se diferencia entre el Derecho civil y mercantil en que la responsabilidad jurídica de la persona natural se limita y en la del Derecho penal, que se desarrolla de manera sistemática incluyendo penas al efecto. Se hace referencia a otro problema jurídico, el de la disciplina, las sanciones consideradas podrían haberse impuesto por medio de medidas administrativas. No hay razón para estos tipos y sanciones desde el punto de vista de la política criminal porque frente a las crisis de carácter económico las sanciones son suficientes a quienes quieren quedar en la impunidad. El autor estudia luego las interpretaciones del artículo 31bis, así el “modelo” es la responsabilidad por el “hecho propio”, la heteo-responsabilidad al trasladar la misma desde la persona física a la jurídica y los del “modelo mixto”. Luego plantea las características de cada uno de estos modelos, así se considera un modelo de autorresponsabilidad concentrándose en la “autorregulación” (donde se regula autónomamente pero no incrementa el riesgo de la persona jurídica a la sociedad). Se critica este modelo por ser cercano a un “Derecho penal de autor”. El modelo vicarial se hace responder por delitos de la “persona física” y se critica por ser contrarios a la personalidad de las penas como manifestación del principio de culpabilidad. Un tercer modelo es el “modelo mixto” donde el administrador, “persona física”, comete un delito, entonces la persona jurídica responde por el delito del administrador en su calidad de tal. En un análisis ontológico el autor expone que si se responde por la persona jurídica por la comisión de un delito es por el “hecho del otro” o hecho ajeno, no por el propio, lo anterior es contrariar el sentido del Código Penal que sanciona actos humanos, de personas naturales o físicas. La conclusión es que el Código Penal español recoge un modelo vicarial. Luego el autor se centra en una serie de situaciones jurídicas que llevan al absurdo desde el punto de vista del razonamiento jurídico desde el punto de vista penal. Algunas prevenciones finales del autor

resultan interesantes, no cabe la prevención absoluta, debe permitirse un riesgo, y anuncia una modificación al Código Penal incluyendo la incorporación de administradores externos.

Otro texto de gran interés por enfrentar problemas que nos aquejan hoy es el titulado "Algunos aspectos sobre la responsabilidad penal del profesional sanitario. Especial atención al ámbito de la cirugía" de Pablo López Robles. El autor desarrolla de manera sistemática un problema de claridad conceptual tanto para el sector público de salud como para el privado. Asimismo trata el consentimiento informado previo, según su estudio, a fin de evitar abusos de experimentación en humanos (aunque también se usa para exonerar de responsabilidad). Explica la evolución desde el médico como el que decide el tratamiento al paciente a quien se le informa clara, sencilla y adecuadamente. De ello deduce el autor, el "consentimiento informado". En este sentido pospone la vida, el autor, a las "opciones terapéuticas", "planes de vida", "escalas de preferencias valorativas" del paciente. Supone el autor que el paciente cuente con "Capacidad natural de juicio" y "Capacidad natural de discernimiento" que le permita "conocer" el tratamiento al cual se le someterá. Centra el tema en la "capacidad de autodeterminación". Plantea el autor algunos problemas interesantes, la relación consentimiento informado con la de la eximente de responsabilidad por obrar "en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho". Asocia "conocimiento informado" a la eximente. Luego avanza al "trabajo en equipo" a fin de delimitar la responsabilidad jurídica de los miembros de dicho equipo. La responsabilidad podría generarse por el actuar o propio o de otro cuando el líder de un acto médico, el médico a cargo, no trabaja con miembros del equipo que no se encuentran calificados. Se refiere a "relaciones horizontales". Si la relación es la contraria, de verticalidad, el superior tiene deberes de supervisión, deber de instrucción, deber de vigilancia. El principio central es el de la confianza, todos confían en que los otros tendrán una actuación correcta. Luego centra su análisis en la "imprudencia". Indica que los daños tendrán su origen en la falta de cuidado o negligencia y se excluye el actuar doloso: se basa en un "deber de cuidado exigible", en este caso se relacionaría con la "*lex artis*" "conjunto de reglas técnicas de cuidado de carácter general aprobadas por la comunidad científica y aplicables a la actividad médico sanitaria".

En Derecho comercial, por su parte, puede mencionarse un texto intitulado "La acción directa en favor del porteador efectivo". La autora, Raquel Amandi Rendueles inicia su exposición indicando el principio de relatividad de los contratos legitimando al porteador para reclamar el cumplimiento del pago del transporte, al cargador o al destinatario. Luego expone la complejidad de las "operaciones de transporte" y el que se subcontratan los servicios con lo cual cada subcontratado es el cargador vis a vis al porteador

subcontratado. Debido a lo anterior ejecutarían contratos superpuestos. Por la aplicación del principio indicado sólo se puede reclamar el pago por el transporte al cargador o al destinatario del contrato mismo aplicando el contrato de obra. Existen varios contratos superpuestos a fin de obtener la consecución del transporte: El porteador se obliga a las operaciones para efectuar el transporte. El contrato de transporte se le considera un contrato de obra a estos efectos y con ello se genera el efecto ya indicado. A fin de ejecutar este derecho por medios procesales se otorga legitimidad activa a los subcontratados y se requiere incumplimiento de la obligación. Existe una serie de otros temas de interés que pueden servir de ejemplo a nuevos desarrollos legales y la modificación de regulaciones chilenas en materia internacional. El problema que observa la autora es la restricción a los casos de transporte terrestre, pero no a todos los transportes terrestres.

En materia de Derecho procesal encontramos el artículo de Gracia Fernández sobre arbitraje institucional y se refiere a las vicisitudes que ha debido recorrer el mismo en la materia desde 1988 hasta hoy. Fundamenta el mismo en el acceso a la Justicia y en el derecho a la tutela efectiva además de otros temas relacionados a la materia. Toma la definición de Moreno Catena sobre la materia considerando como elementos esenciales a un tercero imparcial y el poner fin de manera definitiva e irrevocable al conflicto, aunque agrega la designación por las partes, el que la materia sea sometible al juez y faltan otra serie de elementos de la naturaleza. El arbitraje institucional es el administrado por una institución. Una ventaja del "arbitraje institucional" es el conocimiento del procedimiento previamente establecido por la institución de que se trate. En el año 2003 la ley española incorpora este tipo de arbitraje. Las instituciones que se encarguen de esta materia pueden ser entidades públicas o aquellas privadas pero sin ánimo de lucro. Los beneficios del arbitraje institucional son, además, la "garantía de calidad", "rapidez", "eficacia de la resolución", "imparcialidad de independencia de los árbitros", "facilidad y garantía en la designación de los árbitros", "economización y certidumbre del coste", confidencialidad, "obligatoriedad del sometimiento a arbitraje tras el acuerdo", "simplificación de la redacción de la cláusula/convenio arbitral", "asistencia administrativa", "asistencia logística a las partes y a los árbitros", "asesoría y supervisión de los árbitros".

Todos estos artículos muestran un interesante trabajo de muchos profesionales en materia de investigación y estudio de la Ciencia jurídica en España e Iberoamérica. Resulta un texto interesante de leerse aunque no por ello debemos dejar de indicar que la lectura de los textos debe ser muy cuidadosa. La investigación en algunos casos es general y merece cuidado de la misma, es decir, no puede olvidarse que debe ser considerada en su fase preliminar. Esto nos lleva a estudiarla en un sentido crítico. Las preguntas,

por consiguiente, aparecen de inmediato, por ejemplo, acerca del sentido de una ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, acerca de la responsabilidad de los profesionales de la salud y los supuestos del autor del artículo aquí comentado o de las relaciones de tal responsabilidad para con los parientes a quienes los médicos y otros profesionales los ven como un estorbo cuando no los necesitan o como un mal necesario cuando ocurre lo contrario y requieren la firma de permisos basados en un consentimiento "informado" y no lo es tal. El arbitraje, sin duda, es muy interesante pero sólo en los casos en que es posible pagarlo y aún así nos coloca en la necesidad de preguntarnos acerca de la inequidad y desigualdad de formas de solución de controversias en que debe administrarse el dinero para obtener una solución. Las mismas, son realmente independientes, tienen un sentido igualitario y si lo tienen pueden realmente defenderse frente a la crítica de convertirse en una justicia pagada.

Los comentarios que se hacen en el párrafo anterior permiten al menos reflexionar acerca de los temas que se han comentado, no son todos los incorporados en el libro, y nos llevan a la reflexión, propia de la ciencia y de la academia, una reflexión crítica o de carácter rigurosa no sólo en lo formal sino en el fondo de cada texto.