

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO**



**TEMA DE INVESTIGACIÓN
“LA EQUIDAD INTERGENERACIONAL COMO PRINCIPIO RECTOR DE LOS
CONTRATOS DE CREDITOS AL CONSUMIDOR”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE
MAESTRO EN DERECHO PRIVADO**

**PRESENTADO POR:
LIC. EDWIN ORLANDO ORTEGA PÉREZ**

**DOCENTE ASESOR:
MSC. WILMER HUMBERTO MARIN SÁNCHEZ**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, SEPTIEMBRE DEL 2021.

AUTORIDADES UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSc. Roger Armando Arias Alvarado

RECTOR

PhD. Raúl Ernesto Azcúnaga LÓPEZ

VICERRECTOR ACADEMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Ing. Francisco Antonio Alarcón Sandoval

SECRETARIO GENERAL

AUTORIDADES

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco

VICEDECANO

Dr. José Miguel Vásquez

DIRECTOR DE UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO

AGRADECIMIENTOS

A DIOS.

Al todopoderoso porque su poder y misericordia son infinitos y una vez más me ha permitido culminar una meta de vida, a él debo todo lo que tengo.

A MI FAMILIA.

A mi esposa e hijas, por ser la más pura fuente de inspiración para buscar ser mejor cada día y a la vez transmitirles un legado de vida.

A MI ASESOR.

Al Maestro Wilmer Humberto Marín Sánchez, por su valioso tiempo, dedicación y por haber sido siempre un guía en el desarrollo del presente trabajo investigación.

A LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.

Agradezco de manera especial a nuestra alma mater, por haberme permitido obtener un grado académico más, digno de orgullo para nuestro país y el mundo entero.

AGRADECIMIENTOS	iii
INTRODUCCIÓN	8
CONCEPTOS DE USO FRECUENTE.	11
SIGLAS Y ABREVIATURAS	13
RESUMEN	15
CAPÍTULO 1	16
DESARROLLO HISTÓRICO Y DOCTRINARIO DE LA JUSTICIA INTERGENERACIONAL.	16
1.1 Antecedentes y evolución histórica de la justicia intergeneracional.	16
1.3. Características y elementos de la revisión de la justicia intergeneracional.	20
1.3.1. Principales objeciones a la noción de justicia intergeneracional.	21
1.4. Teorías de la justicia intergeneracional.....	23
1.4.1 Justicia como reciprocidad indirecta.....	24
1.4.2 Justicia como ventaja mutua.	27
1.4.3 Utilitarismo.	29
1.4.4 La teoría de la suficiencia.	30
1.4.5 El Igualitarismo de Rawls.....	31
CAPÍTULO II	32
CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA EQUIDAD INTERGENERACIONAL.	32
2.1 RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA EQUIDAD INTERGENERACIONAL	32
2.2 APROXIMACIONES DEL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS FUTURAS GENERACIONES EN EL SALVADOR.	33
2.3 CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO	34
2.3.1. Efectos de la constitucionalización.	39
2.4 LA EQUIDAD COMO PRINCIPIO DEL DERECHO.	40
2.4.1 LA EQUIDAD	40

2.4.2 PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.....	42
2.4.3 LA EQUIDAD COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO.	46
2.4.4. Principio de Equidad Intergeneracional.....	48
2.5 VALORES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RELACIONADOS LA EQUIDAD INTERGENERACIONAL.	49
2.5.1 VALORES CONSTITUCIONALES Y EL PRINCIPIO DE EQUIDAD.....	49
2.5.2 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LA EQUIDAD INTERGENERACIONAL.....	51
2.6 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. -	53
2.6.1 <i>La Carta de Naciones Unidas</i>	53
2.6.2 <i>El Estatuto de la Corte Penal Internacional</i>	54
2.6.3 <i>Convención Internacional para la Regulación de la Caza de las Ballenas</i>	55
2.6.4 <i>La Declaración Universal sobre la Bioética y los Derechos Humanos</i>	56
2.6.5 <i>Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural</i>	56
2.6.6 <i>Recomendación sobre la Protección en el Ámbito Nacional del Patrimonio Cultural y Natural de la UNESCO</i>	57
2.6.7 <i>Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático</i>	57
2.6.8 <i>Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial.</i>	58
2.6.9 <i>Convención relativa a la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales.</i>	58
2.6.10 <i>La Declaración de Estocolmo</i>	59
2.6.11 <i>Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo</i>	60
2.6.12 <i>Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono.</i>	60
2.6.13 <i>Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras</i>	60
CAPÍTULO III.....	62
CLÁUSULAS ABUSIVAS Y ABUSO DEL DERECHO EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMIDOR.	62
3.1. CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMIDOR	62
3.1.1 Crédito y consumo.	62
3.1.2 ¿Qué es el crédito?	63
3.1.3 Los contratos de crédito son contratos de adhesión.	64
3.1.4 Elementos ordinarios de los contratos de crédito.	65

3.1.5 Clasificación del crédito.	65
3.1.6 Tipos de Contratos de Crédito.	66
3.2 LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	70
3.2.1 Definición.	70
3.2.2 Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.	74
3.2.3 Cláusulas predispuestas y condiciones generales de contratación.	75
3.2.4 Ámbito de aplicación del régimen de las cláusulas abusivas.	75
3.2.5 Bien jurídico tutelado	76
3.2.6 Elementos presentes en las cláusulas abusivas.	76
3.2.7 Distinción entre cláusulas ilegales y cláusulas abusivas	79
3.2.8 Control clausular administrativo y jurisdiccional.	81
3.3 ABUSO DEL DERECHO.	82
3.4 DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES.	88
3.4.1 Derecho del consumidor.	88
3.4.2 Protección al consumidor	89
3.4.3 Derechos de los consumidores.	92
CAPÍTULO IV PRINCIPIO DE EQUIDAD INTERGENERACIONAL Y CONTRATOS DE CREDITO AL CONSUMIDOR.	95
4.1 La equidad dentro del derecho privado.	96
4.2 Las futuras generaciones como sujetos de obligaciones en el presente.	98
4.3 Derechos de las futuras generaciones.	102
4.3.1. La protección constitucional de las futuras generaciones.	104
4.4. Las futuras generaciones como sujetos de derechos.	106
4.5. Principio de equidad intergeneracional	107
4.5.1. Importancia del principio de equidad intergeneracional para los consumidores.	109
4.5.2. Políticas intergeneracionales.	113
CONCLUSIONES	115
RECOMENDACIONES	118
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	120
LIBROS	120

TESIS	122
JURISPRUDENCIA	123
LEGISLACIÓN	123
REVISTA	125
SITIOS WEB	126

INTRODUCCIÓN

El objetivo principal trazado con la presente investigación es: *Determinar la importancia de la incorporación de la equidad intergeneracional como principio rector de los contratos de créditos al consumidor.* Con lo anterior, también se pretende establecer la necesidad de constitucionalizar los derechos de las futuras generaciones y establecer la relación que existe entre la equidad intergeneracional con los contratos celebrados dentro de las relaciones del derecho privado.

En ese sentido, actualmente en el mercado económico mundial se cuenta con una gran demanda de consumo, se podría decir que en igual proporción se encuentra el alcance que tienen las personas para acceder a los créditos, a estas condiciones hay que sumarle las crisis económicas que enfrenta particularmente cada país.

El efecto de la demanda de créditos por parte de los consumidores provoca que las instituciones financieras que los conceden diseñen estrategias de mercado para lograr que la mayoría de consumidores contraten con ellas, dichas estrategias son llamadas prácticas comerciales, las cuales pueden definirse como todo acto, omisión, conducta o manifestación o comunicación comercial, incluidas la de publicidad y la de comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial.

En la actual sociedad consumista, la función que cumplen los créditos es sumamente importante y de alguna forma imprescindible ya que estos contratos brindan la oportunidad a los consumidores de aceptar las ofertas con la entrega inmediata de dinero, de esa manera para los consumidores siempre existe la posibilidad de acceso a los bienes y servicios que deseen. Sin embargo, es común que los consumidores sean sorprendidos por las prácticas que manejan las instituciones financieras que les conceden los créditos, sea que lo sean en su buena fe, exista cierto abuso del derecho, e incluso pueden establecerse cláusulas abusivas que le sean impuestas por las mismas prácticas.

El crédito y el consumo son como dos caras de una moneda, tienen una relación tan estrecha que, si ya dijimos que vivimos en una sociedad consumista, también se puede decir que se vive a base de crédito. Desde una perspectiva económica se puede afirmar que entre mayor sea la cantidad de bienes que sean ofertados, mayor será su demanda y en consecuencia será mayor la demanda de fuentes de financiación.

En materia de contratos y más cuando se tratan de contratos de créditos, los consumidores parten en una posición de desventaja frente a la institución financiera, y esto se debe a diversos factores, entre los cuales podemos destacar la necesidad que tienen las personas de buscar un crédito para la financiación de sus metas y proyectos o la adquisición de bienes.

En ese sentido, dentro de la negociación para establecer las cláusulas del contrato, el consumidor no tiene la posibilidad de rechazar aquellas que le pueden ocasionar perjuicios tales como una tasa de interés alto o el establecer como garantías bienes que dentro de su

situación sean de uso familiar, como consecuencia no tiene más remedio que aceptarlas, orillado en gran medida, tal y como se dijo antes por la necesidad.

A priori, no detecta que la situación antes planteada tenga repercusiones dentro de las futuras generaciones del consumidor, sin embargo, vale la pena preguntarse ¿Qué pasaría si el contratante del crédito cae en mora y como consecuencia no pueda cumplir con su obligación de pagar el crédito? La respuesta que se puede dar es que la institución financiera procederá con la ejecución del contrato, pero, ¿Si la garantía que dejó el consumidor se trata de un inmueble donde reside junto a su familia? ¿Sus hijos se quedarían sin un hogar? ¿Dejarán de tener una calidad de vida óptima?

Pensar en el impacto que generan las posibles respuestas a las preguntas anteriores, debe de hacerse siendo muy cuidadoso. En primer lugar, si la situación antes planteada puede darse, ciertamente la economía de nuestro país pasa por un punto crítico en el que a diario se cierran negocios y se pierden empleos; la situación para una persona desempleada es delicada, a ello podemos sumarle si tiene un crédito en algún banco, entonces, ¿Cómo podría seguir pagando esa obligación? Ello nos lleva a un segundo punto, si el consumidor en un esfuerzo por seguir pagando su crédito decide recortar gastos y dentro de ellos opta por ya no invertir dinero en educación para sus hijos, moviéndolos al sistema de educación pública del país, que no es un secreto que tiene serias deficiencias.

Siguiendo con la situación planteada, nos encontramos con un consumidor que por circunstancias económicas no pudo honrar con la obligación adquirida con el banco que le otorgó el crédito, dejándolo a él y a su familia en una situación precaria donde la incertidumbre es imperiosa. Ahora vale la pena preguntarse, ¿Tuvo consecuencias sobre los hijos (o las futuras generaciones) del consumidor el hecho de no haber podido pagar el crédito? La respuesta es clara: si existe consecuencias indirectas sobre las futuras generaciones, las cuales se pueden señalar de dos maneras: de efecto inmediato y a largo plazo.

Digo que son inmediatas en razón que tiene afectación directa en el núcleo familiar, en primera instancia si la ejecución del contrato los obliga a perder el hogar donde habitan, donde producto de un ajuste en la economía familiar se ve afectado su calidad educativa y su calidad de vida, entre otros aspectos. Son a largo plazo, porque tal y como está la economía actual, salir de una situación de impago es sumamente difícil, serán años para que esta familia se recomponga y tenga la misma capacidad económica que perdió. Durante todo este tiempo se tendrá que vivir con lo que ajuste la economía, pueden incluso carecer de servicios y recursos vitales y los sacrificios que sin lugar a duda tendrán que hacer para poder sobrevivir con lo justo.

Pero en este supuesto, no solo el consumidor tiene pérdidas, el banco o la institución financiera pierde en los hijos o generaciones futuras del consumidor, potenciales clientes a los cuales difícilmente puedan tener acceso a créditos dado el precedente de sus padres.

Por otra parte, es conveniente hacerse una pregunta, ¿Cuál es la base de tomar en cuenta futuras generaciones, que no puedan estar presentes en la negociación de un contrato? La respuesta se encuentra dentro de lo que los autores han denominado “*Justicia intergeneracional*” (y que sentó las bases para establecer el principio de equidad

intergeneracional), esta justicia tiene como principal fin garantizar para las futuras generaciones una óptima calidad de vida, donde estas cuenten con las mismas o incluso mejores posibilidades de superación en todo aspecto.

El presente trabajo trata de acreditar que, con la incorporación del principio de equidad intergeneracional como rector en los contratos de crédito, se estreche la relación entre los contratantes ya que de por sí el consumidor parte de una posición de desventaja frente a la institución financiera, esto se debe a la necesidad que tienen las personas por optar por créditos ya que por diferentes factores estos son vistos como oportunidades de satisfacer necesidades vitales o personales. Sin embargo, esta necesidad los orilla a aceptar las condiciones que se le imponen en los contratos.

Como punto de partida se trata que los contratos de créditos para los consumidores sean en su contenido justo para las partes que contratan, ya que de eso se trata la equidad en estricto sentido. La equidad intergeneracional juega un papel importante dentro de esa relación jurídica y es que ni los consumidores ni las instituciones financieras tienen una visión que proyecte los efectos que puedan tener estos contratos en las generaciones futuras, tanto para el consumidor como las instituciones financieras ya que en ambos pueden verse perjudicados o beneficiados en un futuro.

Posteriormente, vemos como las futuras generaciones como sujetos de derechos, han sido un tema de suma discusión a lo largo de la historia, de tal manera, que atribuirle derechos y obligaciones para con ellos, ha sido sumamente difícil.

CONCEPTOS DE USO FRECUENTE.

CLAÚSULAS ABUSIVAS: Aquellas estipulaciones que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes.

CONTRATO: Es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otras u otras, o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

CONTRATO DE ADHESIÓN: Son aquellos que se redactan por una de las partes, teniendo la otra únicamente la alternativa de suscribirlos en la forma en que han sido formulados, o abstenerse de contratar.

APERTURA DE CRÉDITO: Es un contrato bilateral, mediante el cual una de la partes, que se denomina acreditante, se compromete a conceder un crédito a la otra, que se denomina acreditado, hasta por una cantidad determinada o determinable; el acreditado puede hacer uso del crédito prometido, de una sola vez, mediante una distribución predeterminada o conforme a sus necesidades.

COMISIÓN: Valor cobrado por la prestación de un servicio bancario.

CRÉDITO: Financiamiento otorgado por el banco a un solicitante, con la promesa de este de pagarlo posteriormente, es decir, que es un préstamo de dinero que el banco otorga a su cliente, con el compromiso de que en el futuro, el cliente devolverá dicho préstamo en forma gradual (cuotas) y con un interés adicional que compensa al banco por todo tiempo que no tuvo ese dinero.

DERECHO BANCARIO: Es el conjunto normativo, jurisprudencial y doctrinal que regula la estructura y funcionamiento de las Entidades de Crédito bancarias o entidades de depósito, así como las operaciones realizadas con el público en general, incluidos sus clientes, y con otras Entidades de Crédito. Además de la banca oficial y privada, el Derecho bancario se aplica a las cajas de ahorro y a las cooperativas de crédito. Se integra, fundamentalmente, por normas de Derecho administrativo, mercantil, civil y fiscal. En ese sentido, cabe distinguir entre un Derecho público bancario (relativo a las normas constitucionales, administrativas y fiscales), y un Derecho privado bancario (referente a las normas civiles y mercantiles). Es una parte del Derecho de las Entidades de Crédito bancarias, sino también las Entidades de Crédito no bancarias o Entidades de Crédito de ámbito operativo limitado (como las entidades de financiación, las sociedades de crédito hipotecario y otras).

SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO: Institución integrada al Banco Central de Reserva de El Salvador, que contará con autonomía en lo administrativo, presupuestario y en el ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley; y tendrá como finalidad principal vigilar y fiscalizar las instituciones sujeta a control.

SUPERVISIÓN DE INSTITUCIONES FINANCIERAS: Es la evaluación y exigencia del cumplimiento de las instituciones financieras con las leyes, reglamentos y otras normas que pretenden asegurar que dichas instituciones operen de manera sólida y segura, y que

mantengan capital y reservas suficientes para dar soporte a los riesgos que surjan en sus negocios. En El Salvador es ejercida por la Superintendencia del Sistema Financiero.

TARJETA DE CRÉDITO: Tarjeta que indica que al titular de la misma le ha sido otorgada una línea de crédito. Permite al titular realizar compras y/o extraer efectivo hasta un límite previamente acordado.

EMISOR: Es la entidad financiera, comercial o bancaria que emite tarjetas de crédito, o que hace efectivo el pago.

EQUIDAD: Justicia distributiva; es decir, la basada en la igualdad o proporcionalidad. Moderación en la aplicación de la ley, atemperando según el criterio de justicia el rigor de la letra. Principios generales que deben guiar la facultad discrecional del juez.

CONSUMIDOR: toda persona natural o jurídica que adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien, reciba oferta de los mismos, cualquiera que sea el carácter público o privado, individual o colectivo de quienes los producen, comercialicen, faciliten, suministren o expidan. Se constituirá como consumidor todo aquel que intervenga en una actividad comercial, pudiendo instituirse bajo esta categoría a un empresario que actúe en su calidad de tal. Con todo ello se tiene una concepción de consumidor en sentido amplio que alude más a los ciudadanos o clientes.

PROTECCIÓN: Ayuda, amparo, favorecimiento, proteccionismo económico. Remuneración más o menos discreta, en dinero o de otra forma, que un hombre otorga a una amante.

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES: Las que ofrece la Constitución, en el sentido de que se cumplirán y respetarán los derechos que ella consagra, tanto en lo que se refiere al ejercicio de los de carácter privado como al de los de índole pública.

PROVEDOR O COMERCIO ADHERIDO: Es aquel que en virtud del contrato con el emisor, proporciona bienes, obras o servicios al usuario aceptando percibir el importe mediante el sistema de tarjeta de crédito.

COMERCIO: Actividad lucrativa que consiste en intermediar directa o indirectamente entre productores y consumidores, con el objeto de facilitar y promover la circulación de la riqueza).

SIGLAS Y ABREVIATURAS

ART.	ARTICULO
ARTS.	ARTICULOS
CN.	CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR.
Cód.Com.	CÓDIGO DE COMERCIO
Pág.	PÁGINA.
ED.	EDITORIAL.
1ª Ed.	PRIMERA EDICIÓN.
2ª Ed.	SEGUNDA EDICIÓN.
Ed.	EDICIÓN.
Pdf.	PORTABLE DOCUMENT FORMAT.
Lit.	LITERAL
No.	NÚMERO
Sigs.	SIGUIENTES.
D.O.	DIARIO OFICIAL.
D.L.	DECRETO LEGISLATIVO.
Com.	COMENTARIOS.
Exp.	EXPEDIENTE.
SSF.	SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO.
Ibídem.	EN EL MISMO LUGAR.
CSJ	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Ley.	LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.
So pena.	BAJO EL RIESGO O SANCIÓN DE.

ONU.	ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.
Ley Orgánica.	LEY ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO.
Cód. C.	CÓDIGO CIVIL DE EL SALVADOR.
C.Pr.C.	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

LA EQUIDAD INTERGENERACIONAL COMO PRINCIPIO RECTOR DE LOS CONTRATOS DE CREDITOS AL CONSUMIDOR”

POR:

Ortega Pérez, Edwin Orlando.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación, tiene dos ejes principales, el primero de ellos se basa en la relación que existe entre los consumidores y las instituciones financieras que otorgan contratos de créditos para consumo y dentro de las mismas, se aborda la condición de desventaja con la que parte los consumidores y como existen ciertas prácticas que son aceptadas en detrimento de sus mismos derechos, teniendo por ejemplo las cláusulas abusivas y el abuso del derecho, las cuales son las más frecuentes y las que más perjuicio causan en aquellas personas que ven en esos contratos una forma de superación.

Como segundo eje, y quizás sea el más importante y razón de ser de esta investigación, es lo concerniente al principio de equidad intergeneracional, sin embargo, previo a abordarlo de lleno, se desarrolla las primeras aproximaciones al mismo, como lo es la Justicia Intergeneracional como punto de partida, su fundamentación filosófica, ética y social, haciendo un recuento en una breve historia de sus precursores más importantes, cuyas obras al día de hoy siguen siendo de análisis, estudio y discusión.

Una vez llegado a este punto, se abordan tanto la equidad propiamente dicha y la conceptualización del término “intergeneracional”, abordando sus principales matices desde perspectivas las política, social, económica y jurídica; también abonando un poco al tema de discusión sobre los derechos de las futuras generaciones.

CAPÍTULO 1

DESARROLLO HISTÓRICO Y DOCTRINARIO DE LA JUSTICIA INTERGENERACIONAL.

1.1 Antecedentes y evolución histórica de la justicia intergeneracional.

Después de la segunda guerra mundial, se firmó el día 26 de junio de 1945, en San Francisco la Carta de las Naciones Unidas, mediante la cual “*los pueblos del mundo se resuelven a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra*”. La preocupación por el futuro empieza entonces a cristalizar en tendencias de pensamiento filosófico, político y social.¹

De las primeras aproximaciones de las preocupaciones de las futuras generaciones provienen del pensamiento fundamentado en la ética metafísica de Hans Jonas, quien citaba a Kant a través de tres ejemplos: la conducción de la vida eterna del alma; el providente cuidado del legislador y el gobernante por el bien común futuro; la política de la utopía, con la disposición a utilizar a los que ahora viven como simple medio para una determinada meta. De estos tres casos el primero y el tercero tienen en común que ambos colocan el futuro, en todo lugar de valor absoluto, por encima del presente, reduciendo éste último a mera preparación del futuro.²

Durante su obra, Hans Jonas, establece dos deberes éticos de cara al futuro; el primero de ellos, *procurar la representación de los efectos remotos*, donde lo que ha de ser temido no es todavía experimentado y no encuentra quizás ninguna analogía en la experiencia pretérita y presente. De este modo, la procuración anticipatoria de dicha representación se convierte en el deber primero, y se puede decir, preliminar de la ética que buscaba Jonas. El segundo deber, *la apelación a un sentimiento apropiado a lo representado* en este deber, el problema por no ser mío en ningún caso provoca el temor espontáneo como el mal que yo experimento y que a mí mismo me amenaza.³

Todo lo anterior sirvió de base para que Hans Jonas arribara al establecer un principio ético para con el futuro, fundamentado éste en la reciprocidad (tal y como John Rawls más adelante le daría continuidad). Según esta reciprocidad, mi deber es la contrafigura de un derecho ajeno, contemplado por su parte como imagen del mío, de modo tal que, una vez fijados ciertos derechos del otro, queda al mismo tiempo fijado mi deber de respetarlos y de fomentarlos en la medida de lo posible. El problema de lo anterior, surge cuando se cuestiona sobre si lo no existente no puede plantear exigencias y por lo tanto, tampoco pueden sus derechos ser vulnerados. Sin embargo, la

¹ Joshua Beneite Martí, “*En diálogo con el futuro: ecología política y justicia intergeneracional*”, Papeles de relaciones sociales y cambio global, n. 127 (2014):15-26.

https://www.researchgate.net/publication/268208408_En_dialogo_con_el_futuro_ecologia_politica_y_justicia_intergeneracional

² Hans Jonas, *El principio de responsabilidad*, “ensayo de una ética para la civilización tecnológica, trad. de Javier Fernández Retenga”, (Barcelona: Herder 1995), 42.

³ *Ibídem* 66.

ética que busca Jonas, tiene que ver con lo que no es y su principio de responsabilidad habrá de ser independiente tanto de la idea de derecho como de la idea de reciprocidad.⁴

En la moral tradicional encontramos el caso de una responsabilidad y un deber elementales no recíprocos, que se reconocen y practican espontáneamente y en la mayoría de los casos sin darnos cuenta: **la responsabilidad y el deber para con los hijos y que sin los cuidados debidos perecerían.** Vale la pena destacar que cabe esperar de los hijos una compensación en la vejez por todo el amor y dedicación que se dedicó a nuestros hijos, sin embargo, ésta no es la condición de la responsabilidad que busca Jonas. El comportamiento de padres para con los hijos es altruista por naturaleza; es justamente esa conducta y relación que da origen a la idea de responsabilidad.

A este punto es que llega Jonas para establecer *un deber para con la existencia y para con la esencia de una descendencia en general*, visto como un deber y una responsabilidad a la vez para con la humanidad futura, lo anterior, significa que en primer lugar tenemos un deber para con la existencia de esa humanidad futura e incluso va más allá y predica que esa generación no necesariamente tiene que ser descendencia nuestra, y en segundo lugar, un deber para con su esencia.⁵

Casi paralelamente, John Rawls trae a juego su teoría de justicia entre generaciones, sin embargo, lo hace desde una perspectiva política. Rawls plantea un debate fundamental sobre la teoría de la justicia, el cual trascenderá a distintos niveles del mundo político: tanto economistas como propios estudiosos del derecho quienes se verán en discusiones en torno a la distribución adecuada entre generaciones. Desde sus inicios, la responsabilidad y la justicia intergeneracional están marcadas por el modelo paternalista, idea que incluso es tomada por Marx.

En 1971, John Rawls publicó su obra “Teoría de la Justicia”, muchos filósofos creen que este autor hizo una importante contribución la filosofía política ya que su obra se caracteriza por ser multidisciplinar, puesto que ha recibido especial atención por parte de economistas, politólogos, sociólogos y teólogos. En ese sentido se puede decir, que la teoría de Rawls es probablemente la obra filosófica moral y política más importante del siglo pasado.⁶

Como punto de partida nos encontramos con un complejo problema de abordar, y es que hablamos del término de justicia en sentido amplio como un todo; la idea de justicia ha sido discutida a lo largo del tiempo y ha sido objeto de discusión, ya que en primer momento se catalogó a la justicia como un sistema de libertades y obligaciones y la distribución de ingresos, refiriéndose a estos últimos como ingresos que se generan por los recursos productivos que se generan por el consumo de artículos o bienes.⁷

Sin embargo, las teorías de la justicia difieren en la importancia que dan a este matiz, así es como para los utilitaristas el bienestar es fundamental. Tal y como se dijo antes, la obra “*Teoría de la Justicia*” de John Rawls tiene como meta principal superar el utilitarismo, planteando que ninguna teoría es absoluta sino que siempre debe ser revisada.

⁴ Ibídem 82.

⁵ Ibídem. 84.

⁶ José Francisco Caballero, “*La Teoría de La Justicia de John Rawls*”, Voces y Contextos, n.2, (2006): 2.

⁷ Ibídem, 1.

A grandes rasgos la teoría de Rawls considera que los principios de justicia que son objeto de un acuerdo entre personas racionales, libres e iguales en una situación contractual justa, pueden contar con una validez universal e incondicional. Él mismo denominó a su teoría justicia como: imparcialidad, apoyado en la idea de que solamente a partir de condiciones imparciales se pueden obtener resultados imparciales.⁸

La teoría de justicia de Rawls se propone jugar un papel esclarecedor, crítico y orientador de nuestro sentido de justicia, el cual es definido por Rawls como la capacidad moral que tenemos para juzgar cosas como justas, apoyar esos juicios en razones, actuar de acuerdo con ellos y desear que otros actúen de igual manera.

La idea principal de Rawls era la de presentar una concepción de la justicia que generalice y lleve aún más allá la conocida teoría del contrato social que filósofos como Locke, Rousseau y Kant en su momento plantearon. Para lograrlo formula que los principios de la justicia para la estructura de la sociedad son el objeto principal del acuerdo original. Son principios que las personas con libertad y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de una asociación.⁹

Para Rawls, es posible la existencia perdurable, durante un tiempo prolongado de una sociedad justa y estable de ciudadanos libres e iguales, los cuales permanecen profundamente divididos por doctrinas razonables, religiosas, filosóficas y morales, debido a que existe un procedimiento de naturaleza contractualista en el cual conviven

Retomando la idea que Rawls planteó en su obra dos principios de su concepto de justicia los cuales son: -Principios de libertades o de distribución de igual número de esquema de libertades para todos. Cada persona debe tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. -Principios de diferencia: Las desigualdades económicas y sociales habrán de ser conformadas, de modo tal que, a la vez que: a) Se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) Se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.¹⁰

Desde de su concepción especial, el primer principio tiene prioridad sobre el segundo y la segunda parte del principio o principio de la justa igualdad de oportunidades tiene prioridad sobre la primera, a la que Rawls ha denominado *principio de diferencia*. Esto significa que no pueden intercambiarse las libertades aseguradas por el primer principio para obtener mayores ventajas económicas. Las desigualdades económicas deben apoyarse, por su parte, en el principio de la justa igualdad de oportunidades.

El primer principio se encarga de la distribución del bien primario de la libertad, y tiene dos pretensiones: igualdad y maximización de las libertades básicas. Estas libertades son la libertad política, que es el derecho a votar y a desempeñar cargos públicos; la libertad de expresión y de

⁸ *Ibíd*em, 2.

⁹ John Rawls, "*Teoría de la justicia*", trad. de María Dolores González, (México: Fondo de Cultura Económica, 1971), 202

¹⁰ *Ibíd*em, 10-11.

reunión; la libertad de conciencia y de pensamiento; la libertad de expresión y de reunión; la libertad de conciencia y pensamiento; la libertad personal, el derecho a la propiedad, entre otras.¹¹

Según este primer principio, todos deben tener igual derecho a estas libertades, ya que son prerequisite para lograr la realización o modificación de cualquier plan de vida y son condición necesaria para el auto respeto.

1.2. Aproximación conceptual de la justicia intergeneracional.

John Rawls, al intentar estructurar un nuevo contractualismo que diera mejor aliento al utilitarismo reinante en la filosofía anglosajona, intenta lidiar con el problema de la justicia entre generaciones en su idea de la justicia como equidad.¹²

Rawls habla de un deber de la generación presente, y su actualización sucesiva en las generaciones futuras, de preservar no solo las ganancias en los terrenos de lo cultural y de la propia civilización, así como de las instituciones ya establecidas, sino de un deber de acumulación de capital de sucesores, un principio de “ahorro justo”. Literalmente “cada generación debe no sólo preservar las ganancias en el terreno cultural y de civilización, y mantener intactas aquellas instituciones que ya han sido establecidas, sino también debe reservar en cada periodo una cantidad apropiada de acumulación real de capital.”¹³

Para comprender el concepto de justicia intergeneracional debemos percibirnos a nosotros mismos como un todo colectivo, de esa manera es fácil argumentar que estamos obligados a estar preocupados por la suerte de las personas de las futuras generaciones, ahora la pregunta debe ser cómo y en qué medida nuestras presentes acciones y decisiones deben estar orientadas hacia el futuro. John Rawls consideraba las constituciones políticas y los principios de acuerdos económicos y sociales como instituciones distribuyen los derechos y deberes fundamentales y regulan la distribución de los beneficios de la cooperación social. Habiendo aceptado los principios de libertad, igualdad y fraternidad, los combinó con el principio de justicia.¹⁴

Vale la pena entonces, cuestionar si existe o no existe una reciprocidad practica o real, puesto que solo el tiempo definirá en buen término nuestros proyectos o nuestras contribuciones, esto no puede hacerse sobre la base de relaciones contractuales ya que la generación presente si puede obligarse a hacer algo para el futuro, el futuro aún no está allí para ser parte del contrato. En este punto es donde se vuelve útil la idea de comunidad. Una comunidad está constituida por miembros de un colectivo que se entienden a sí mismos como poseedores de cierta continuidad en el tiempo y que ven “sus propios intereses ligados a los de los futuros miembros de ese colectivo”. Es en una comunidad donde los miembros de un colectivo encuentran “un sentido de identidad que se propague a través del tiempo”.

¹¹ Francisco Caballero, “*La Teoría de La Justicia de John Rawls*”, 11.

¹² Luis Gabriel Ferrer Ortega, “*Los derechos de las futuras generaciones desde la perspectiva del Derecho Internacional: el principio de equidad intergeneracional*”, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014), 48

¹³ *Ibidem*, 48.

¹⁴ George C.J., *El derecho a un futuro*, “Justicia intergeneracional: la satisfacción de las necesidades y no de la codicia”, *Social Watch* (2012): 32

https://www.socialwatch.org/sites/default/files/JusticiaIntergeneracional2012_esp.pdf

1.3. Características y elementos de la revisión de la justicia intergeneracional.

La obra de John Rawls “*teoría de la justicia*”, misma que ya se hizo referencia anteriormente, es comparada con las ideas de otros teóricos de la justicia Dworkin y Barry, quienes vale la pena mencionar son mucho más jóvenes que Rawls.

Dworkin dedica tres pasajes a la justicia intergeneracional, el primero data del año 1983 y se refiere a dos preocupaciones intergeneracionales relativas a los programas de redistribución. Una de esas preocupaciones hace referencia al sacrificio de los menos favorecidos de la generación presente con el fin de prevenir mayores injusticias futuras, o simplemente hacer lo posible para un futuro mejor.¹⁵

El primero de ellos, data de 1983 y se refiere a dos preocupaciones intergeneracionales relativas a la redistribución. Una de las preocupaciones alude al sacrificio de los menos favorecidos de la generación presente con el fin de prevenir mayores injusticias futuras, o simplemente, de hacer lo posible por un futuro mejor. El segundo pasaje se remonta a 1984 y se inscribe en el marco de una justificación del financiamiento público a la actividad artística de una sociedad liberal.

Finalmente, Dworkin vuelve brevemente sobre la temática en 1995 para centrarse en dos ideas. Por una parte discute la posibilidad de justificar el carácter moral de la preocupación por la continuidad de la humanidad. Por otra parte, discute la posibilidad de justificar el carácter moral de la preocupación por la continuidad de la humanidad. Por otra, insiste la interrogación sobre la identidad numérica de las personas futuras y concluye que: “*nuestra preocupación por las generaciones futuras no es para nada una cuestión de justicia sino que está vinculada con nuestro sentido instintivo de que el florecimiento humano, al igual que la supervivencia humana, tienen una importancia sagrada*”.

En primer lugar, la justicia intergeneracional como tal, surge como aproximación de la sostenibilidad y esta puede ser entendida como un problema de equidad distributiva dentro del enfoque de las capacidades de cada sociedad. Este enfoque es definido como una aproximación particular a la evaluación de la calidad de vida y a la teorización sobre la justicia social básica. La ventaja general de un individuo se juzga según la capacidad para lograr funcionamientos valiosos. El núcleo del enfoque no es solamente lo que las personas terminan por hacer, sino lo que ellas son capaces de hacer, más allá de si eligen o no aprovechar esa oportunidad. Es intuitivo pensar solamente en la generación presente pero este enfoque es totalmente aplicable a todas las generaciones: las pasadas, la presente y las futuras. El objetivo es entonces lograr el florecimiento de la humanidad en general, dejando de pensar solo en la generación presente.¹⁶

¹⁵ Axel Gosseries, “*La cuestión generacional y la herencia rawlsiana*”, Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”, n. 8, (2012): 74
<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cTyNqhrhrSoJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4358398.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=sv>

¹⁶ Patricia Britos et al, Vanessa Lorena Battaglini (comp.), “*Discusiones de filosofía política*”, (Argentina: Universidad Nacional de Mar del Plata, 2019), 37.

La obligación moral que subyace a la sostenibilidad es aquella que implica que las generaciones futuras tengan por lo menos las mismas capacidades que la presente. Esta obligación suena falsa si no se acompaña de una obligación moral de proteger y mejorar el bienestar de la gente que hoy en día vive en la pobreza. Si se piensa que las personas sufrirán de privación en el futuro si no se adoptan políticas diferentes, entonces se tiene la obligación moral de preguntarse si hay gente en el presente que sufre de privación.¹⁷

Rawls habla de un deber de la generación presente, y su actualización sucesiva en las generaciones futuras, de preservar no solo las ganancias en los terrenos de lo cultural y de la propia civilización, así como de las instituciones ya establecidas, sino de un deber de acumulación de capital para los sucesores, un principio de “ahorro justo”. Literalmente “cada generación debe no sólo preservar las ganancias en el terreno cultural y de civilización, y mantener intactas aquellas instituciones que ya han sido establecidas, sino también debe reservar en cada periodo una cantidad apropiada de acumulación real de capital”.¹⁸

1.3.1. Principales objeciones a la noción de justicia intergeneracional.

El autor Axel Gosseries en su libro “Penser la justice entre les générations: De l’affaire Perruche à la réforme des retraites”, ha examinado desde un punto de vista filosófico – jurídico las objeciones dirigidas al concepto de responsabilidad hacia las futuras generaciones, siendo las tres principales, las siguientes:

- *No existencia:* La primera objeción aduce a que carece de sentido conferir derechos a personas que no existen aún. Esta objeción ha sido planteada por el economista inglés Beckerman, quien menciona que los “no nacidos no pueden tener nada, porque no existen”. Sin embargo, Gosseries plantea que si bien esta objeción es pertinente, no es concluyente, pues por una parte, es probable que haya personas en el futuro, y, por otro lado, es plausible afirmar que ciertas de las acciones presentes podrían afectar a tales personas.

No existe entonces un impedimento absoluto para considerar titulares de obligaciones, ya no con derechos actuales de personas actuales, sino con derechos que entrarán en vigor cuando otras personas comiencen a existir.¹⁹

- *No identidad:* Esta objeción es desarrollada por el profesor de Oxford Derek Parfit, quien desarrolla su idea señalando que las personas que vayan a existir vivirán debido a ciertas decisiones de las generaciones pasadas que afectarán su concepción y determinarán su identidad. Parfit dice que estas decisiones no tienen mayor incidencia en alguien en particular, al tomar cualquiera de estas decisiones se producirá otro ser humano, lo cual previene que se dañe el destino de alguien que

¹⁷ *Ibídem*, 37.

¹⁸ Ferrer Ortega, “*Los derechos de las futuras generaciones desde la perspectiva del Derecho Internacional*”, 48.

¹⁹ *Ibídem*, 55.

de otra manera no existiría.²⁰ Sin embargo, Gosseries responde a esta objeción con la idea que si bien existen obligaciones directas con una persona futura, aún no identificable, no exime de obligaciones con el futuro. Estas obligaciones se fundamentan en el hecho de que, desde nuestro nacimiento somos deudores, puesto que desde ese momento recibimos un bagaje tecnológico, cultural y material que debemos restituir, al menos en la misma medida que fue transmitido a los futuros hombres.²¹

- **Intangibilidad:** Muchos sostienen que las futuras generaciones son solo idea, una abstracción, que por su posición en el tiempo no pueden concebirse como un cuerpo real, tangible al cual puedan atribuírsele derechos u obligaciones. Para este caso el debate existe puesto que el derecho a lo largo de la historia ha creado ficciones jurídicas, en las cuales se ponen en juego sujetos de derecho intangibles; como es el caso de las sociedades y asociaciones que pueden tener nombre, patrimonio derechos y obligaciones.²²

La filosofía y las ciencias jurídicas tienen por delante un reto, el de hacer conciencia sobre la posibilidad de proferir daños con los actos presentes a los bienes que las futuras generaciones deben gozar, y la posibilidad de alternar las ópticas de la reflexión hacia el fenómeno en una aproximación multidisciplinaria hacen que se cuestione si existe alguna faena para resolver cuestiones de la mayor relevancia ética para la generación actual y para las generaciones por venir.

En ese sentido el autor Ortega Ferrer²³ hace mención de la propuesta que Edith Brown Weiss plantea como una primera teoría de justicia o equidad intergeneracional ya que en su obra *In Fairness to future generations*, establece que son tres principios básicos de justicia intergeneracional²⁴:

- **Conservación de opciones:** Cada generación deberá conservar la diversidad de la base de sus recursos naturales y culturales, con el fin de no coartar indebidamente las opciones de las generaciones futuras para solucionar sus problemas y satisfacer sus propios valores. Igualmente tendrá a gozar una diversidad comparable a la que disfrutó la generación previa.
- **Conservación de calidad:** Cada generación deberá mantener la calidad de la tierra para que pueda ser entregada en una condición que no sea inferior de lo que recibió.
- **Conservación de acceso:** Cada generación deberá otorgar a sus miembros derechos equitativos para que pueden acceder al legado de la generación anterior y deberá conservar este acceso a las generaciones posteriores.

Edith Brown Weiss deriva de la justicia o equidad intergeneracional el surgimiento de obligaciones y derechos planetarios para las generaciones presentes y futuras. Para esta internacionalista ambiental, la teoría partirá de los siguientes planteamientos:

²⁰ *Ibidem*.56-57

²¹ *Ibidem*. 56-57.

²² *Ibidem*. 57.

²³ Ferrer Ortega: “*Los derechos de las futuras generaciones desde la perspectiva del Derecho Internacional: el principio de equidad intergeneracional*”..., 65.

²⁴ *Ibidem*, 65-66.

“La equidad intergeneracional surge en el contexto de justicia entre todas las generaciones. La teoría de la equidad intergeneracional propuesta aquí se enfoca en la relación inherente que cada generación tiene con otras generaciones pasadas y futuras, en el uso del patrimonio común de recursos naturales y culturales del planeta. La propuesta inicial es que cada generación es tanto custodia como usuaria de nuestro patrimonio natural y cultural. Como custodios de este planeta, tenemos ciertas obligaciones hacia las futuras generaciones que pueden transformarse en normas ejecutables. Nuestros ancestros tuvieron esas obligaciones para con nosotros. Como beneficiarios del legado de las generaciones pasadas, hemos heredado ciertos derechos a gozar los frutos de este legado, tal como lo harán las futuras generaciones. Podemos ver esto como obligaciones y derechos planetarios.”²⁵

Es posible identificar dos dimensiones de la equidad: la equidad de las generaciones presentes (equidad intrageneracional) y la equidad entre las generaciones presentes y futuras (equidad intergeneracional), entendido por estas últimas a los seres humanos aun no nacidos.²⁶

Uno de los varios desafíos actuales de la justicia intergeneracional comienza a partir de la Declaración de Río de 1992, a menudo se dice que este instrumento radicó en conducir a la sociedad civil y sector empresarial hacia la sustentabilidad. Durante ese mismo período de tiempo ha surgido una inquietud por la justicia intergeneracional en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular en la Convención de la ONU Sobre los Derechos del Niño (CDN), que entró en vigor en 1990. La declaración de ese año sobre la supervivencia, protección y desarrollo de los niños, acordada en la cumbre mundial en favor de la infancia concluyó: “Hacemos esto no solo para la presente generación, sino para todas las generaciones por venir. No puede haber una tarea más noble que darle a cada niño un futuro mejor”.²⁷

1.4. Teorías de la justicia intergeneracional.

Es un desafío explorar el término de justicia más aún cuando se le agrega el calificativo de intergeneracional, ya que por el momento no existe una idea o pensamiento que sea orientado a buscar alternativas o garantías para las futuras generaciones, pero más aún, si existe una obligación real para con las futuras generaciones de heredar ya sean bienes u otro tipo legados que garanticen la existencia o por lo menos condiciones de vida para obtener un desarrollo óptimo.

Las primeras aproximaciones de la justicia entre generaciones hacen alusión a incluir en cada nuestros pensamientos los intereses de aquellas generaciones que al momento de tomar decisiones no existen como tal y que en un primer momento no tienen más trascendencia en nuestras vidas actuales, pero que, sin lugar a dudas tiene incidencia directa en la calidad de vida de las futuras generaciones. Vale la pena entonces preguntarse ¿Cuáles son los motivos que nos llevan a pensar que tenemos ciertas obligaciones futuras que aún no existen?

²⁵ En su obra: *In Fairness to Future Generations. International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, (Japón: United Nations University Press, 1989), 34 – 44.

²⁶ [Luis Fernando Macías Gómez](#) et al, “*Principios de derecho ambiental y Agenda 2030*”, (España: Tirant lo Blanch: 2019), 88.

²⁷ George C.J., *El derecho a un futuro*, “Justicia intergeneracional: la satisfacción de las necesidades y no de la codicia”, 33

Actualmente la sociedad se caracteriza por ser impaciente o tener una preferencia temporal presente, es decir, las personas prefieren el consumo presente al consumo futuro, esta preferencia puede variar entre los individuos así como los distintos consumos. Así mismo, los individuos prefieren el consumo presente ya que no están seguros de que en un futuro estarán vivos o por lo menos estar en condiciones de poder disfrutarlo, lo cual es una postura racional.²⁸

Las teorías de la justicia intergeneracional pueden ser traducidas a nuestros sistemas legales de numerosas maneras. Varios instrumentos legales tienen una dimensión intergeneracional, definiendo obligaciones sustantivas (por ejemplo, la ley general sobre el cambio climático en México.) Diversas Constituciones del mundo también son explícitas sobre los derechos de las futuras generaciones. Este es el caso de la Constitución de Noruega y de la Bolivia en referencia a cuestiones ambientales. Algunos argumentan que conceder derechos a personas que no existen carece de sentido. Sin embargo, si asumimos que habrá gente en el futuro, incluir derechos futuros en lugar de los presentes de las generaciones futuras en las constituciones u otros instrumentos futuros podría ser suficiente como correlativos a las obligaciones presentes.²⁹

Como punto de partida algunos doctrinarios enfocan sus teorías de justicia intergeneracional, a través del prisma del Derecho Privado, enfocándose especialmente en la idea de la propiedad y como esta ha sido heredada de generación en generación. Por ejemplo, Ferrajoli, plantea un escenario entre uniendo el constitucionalismo y el garantismo, al proyectar un paradigma constitucional hacia el futuro, para concebirlo como un modelo a largo plazo, entendiéndose como constitucionalismo de derecho privado, capaz de establecer reglas y vínculos para los poderes económicos privados.

El autor Axel Gosseries, compara la justicia intergeneracional con una cesta la cual es transferida de generación en generación. Esta cesta contiene los componentes que constituyen un capital, el cual se ve influenciado por el ahorro y desahorro generacional. El ahorro ocurre cuando una generación transfiere a la siguiente un capital mayor que del que heredó de la generación anterior. Por el contrario se da desahorro cuando una generación transfiere a la siguiente un capital menor que el que heredó.³⁰

1.4.1 Justicia como reciprocidad indirecta.

En primer lugar, el término *reciprocidad* hace alusión a una suerte de retorno de algo previamente dado por otro individuo, de modo que sólo existe reciprocidad en la medida en que se devuelva algo a cambio. Es la idea que subyace en el acto de *devolver lo prestado o concedido*.

Una teoría, analizada por el autor antes mencionado es la de reciprocidad indirecta, la cual establece que, en caso de ser capaces, los individuos tienen la obligación de devolver a otros lo que hayan recibido de ellos. Esta idea sostiene la necesidad de devolver lo prestado o concebido. La idea de reciprocidad no solo sugiere que se trata de una transacción entre dos partes como por

²⁸ Emilio Padilla Rosa, “*Equidad Intergeneracional y Sostenibilidad. Las Generaciones Futuras en la Evaluación de Políticas y Proyectos*” (tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2001), 38.

²⁹ Axel Gosseries, “*Teorías de la justicia intergeneracional. Una sinopsis*”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, n.32 (2015): 229

³⁰ *Ibidem*, 221

ejemplo arrendador y arrendatario, sino que sitúa el foco y la carga de la prueba en la persona a la que se le exige la reciprocidad: el deudor.³¹

De mismo modo, para el autor *Gossieres* el término reciprocidad hace alusión a una especie de retorno de algo que previamente se ha dado por otro individuo, de modo que sólo existe reciprocidad en la medida en que se devuelva algo a cambio. Es la idea que subyace de en el acto de devolver lo prestado o concedido. El anterior postulado, rompe con la idea moral de dar algo sin esperar “nada a cambio” ya que precisamente es ese “algo a cambio” o en retorno lo que caracteriza a la reciprocidad.³² De igual manera, se da vigencia a la célebre frase: “dando conforme a lo recibido”, la que para el presente tema tiene aplicación cuando cada generación le corresponde “recibir” la herencia de la generación anterior pero al mismo tiempo “dar” a la generaciones futuras conforme a lo recibo.

La idea general de esta teoría establece que, si es el caso de ser capaces, los individuos tienen la obligación de devolver lo que hayan recibido de ellos. Desde una perspectiva sociológica el autor *Gossieres* basa su tesis en la obra de Wade-Benzoni, ya que apunta que la reciprocidad, está dividida en dos máximas; la primera, explica por qué tenemos obligaciones con la siguiente generación, ya que en este caso, es debido a que recibimos algo de nuestros padres que debemos transferir algo a la generación de nuestros hijos. La idea puede ser explicada en términos de propiedad o, más concretamente en el esfuerzo que nuestros padres hicieron.³³

En cuanto a la segunda máxima, esta difiere el contenido de nuestras obligaciones con la siguiente generación, el cual se encuentra cimentado a partir de la reciprocidad descendiente: *máxima justificatoria*: La generación presente debe algo a la siguiente generación porque recibió algo de la anterior. *Máxima sustantiva*: La generación presente debe transferir a la siguiente un capital al menos equivalente al que heredó de la anterior.³⁴

Para quienes identifican la justicia con reciprocidad, la reciprocidad indirecta es una idea potente. Tiene la ventaja de justificar obligaciones a personas que hasta el momento no nos han dado nada y que, de hecho, podrían darnos menos en el futuro de lo que nosotros les hemos dado.

Ahora, conviene analizar ¿Cuáles son las dificultades del enfoque de la reciprocidad descendiente indirecta? La existencia de una obligación con el benefactor inicial y la existencia de una obligación con un tercero beneficiario, entonces la máxima justificante presume la idea que tenemos la idea de que tenemos obligaciones con las generaciones pasadas, es decir, con los muertos. Por otra parte, es sumamente difícil justificar las obligaciones intergeneracionales de la primera generación, dado que ésta no recibió nada de la generación anterior.

Por otra parte, autores como *José Manuel Gragera* plantean aún más deficiencias sobre esta teoría, la convierten en una teoría de la justicia intergeneracional frágil. Esta fragilidad se cifra

³¹ José Manuel Gragera Junco, “Justificación de las obligaciones en la justicia intergeneracional”, *OXÍMORA Revista Internacional de Ética y Política*, n.12 (2018):141-142

<https://revistes.ub.edu/index.php/oximora/article/view/20396/22965>

³² *Ibíd.* 141

³³ Axel Gosseries, “Teorías de la justicia intergeneracional”, 222

³⁴ *Ibíd.*

en, al menos, tres objeciones. Primero, esta teoría debe hacer frente al inconveniente que nace de las transferencias excesivamente bajas respecto a la cantidad inicial prestada y que supone un desafío a la máxima sustantiva. Es decir, la cantidad que hereda la generación inmediatamente anterior a la nuestra.³⁵

Como segundo problema, el autor antes mencionado señala la difícil justificación que podría ofrecer una teoría de la reciprocidad al hecho de derivar las obligaciones de algo que se concede en calidad de regalado. Dicho de otra forma, la objeción ataca directamente a la máxima justificadora cuestionando que de cada regalo que puedan hacerse las generaciones entre sí pueda surgir, de manera consistente, una obligación relativa que caiga del lado de aquellos que serán beneficiarios del mismo.³⁶

Sin embargo, la teoría de la reciprocidad cuenta con algunas deficiencias que la convierten en una teoría de la justicia intergeneracional frágil. Esta fragilidad se cifra en, al menos, tres objeciones. Primero, esta teoría debe hacer frente al inconveniente que nace de las transferencias excesivamente bajas respecto a la cantidad inicial prestada y que supone un desafío a la máxima sustantiva. Es decir, la cantidad que hereda la generación inmediatamente anterior a la nuestra.³⁷

Por último, se encuentra el argumento de la primera generación de seres humanos no disponía de generaciones anteriores a ella misma para recibir algo y contraer así una deuda con las generaciones sucesoras, por lo que entra en conflicto con la máxima que justifica la existencia de obligaciones hacia generaciones posteriores.³⁸ En otras palabras, no hay nada que obligue a la primera generación de todas, a tener que transferir una cesta de recursos o bienes a la siguiente generación al no existir un préstamo anterior a ese.

Es la idea de que la primera generación de seres humanos no disponía de generaciones anteriores a ella misma para recibir algo y contraer así una deuda con las generaciones sucesoras, por lo que entra en conflicto con la máxima que justifica la existencia de las obligaciones hacia las generaciones posteriores. A esta complejidad se le añade una no menos importante. En cierto sentido, buena parte de las generaciones que han existido podrían, incluso, ser consideradas como una hipotética primera generación si tenemos en cuenta los descubrimientos y avances científicos.

Si el surgimiento de las obligaciones procede de recibir algo de la generación anterior y tal obligación exige que lo que se ha heredado se transfiera a la siguiente generación, del caso en que algo determinado no haya sido heredado sino descubierto o desarrollado por la propia generación no se puede seguir que exista la obligación de transferir ese algo. O dicho de otra forma: la obligación de transferir a las siguientes generaciones sólo se dan en caso de haber recibido algo de la precedente, si algo no se obtiene en calidad de prestado no hay nada en la teoría que avale el deber de dejar esto mismo en herencia.³⁹

El sistema de pensiones español, se asienta en el marco de la teoría de reciprocidad indirecta, de tal manera que lo que aportan la generación trabajadora para pagar las pensiones no

³⁵ Gragera Junco, “Justificación de las obligaciones en la justicia intergeneracional”, 143.

³⁶ *Ibíd*, 143 -144

³⁷ *Ibid*. 143

³⁸ *Ibíd*: 144

³⁹ *Ibíd*em

se lo devuelven los jubilados que reciben la pensión de manera directa, sino los futuros trabajadores en el momento de entrar en el mercado laboral.

Sin embargo, el marco intergeneracional plantea cuestionamientos al respecto, en el sentido que, estaríamos hablando de “pagar una deuda” a una generación que es distinta a la generación acreedora. Es más, se hablaría entonces, de pagar dicha deuda a una generación que, probablemente, no va reportar ningún beneficio a la acreedora y con la cual no puede convivir ni coexistir.⁴⁰

1.4.2 Justicia como ventaja mutua.

Otra teoría es la de la justicia como ventaja mutua, la cual comparte cierto parecido con la de la justicia entendida como reciprocidad. Se asemejan en la medida en que todas las partes en relación se prestan, usan y disfrutan aquellos bienes que decidan, pero se diferencian en que para una (reciprocidad) las obligaciones al contenido de sus pagos generacionales y, para la otra, dichas obligaciones son configuradas de acuerdo a su posible aceptabilidad por las generaciones en disputa.⁴¹

El comienzo de una justicia regida por la idea de la ventaja mutua nos obliga a retrotraernos hasta el momento en que se da el paso del estado de naturaleza a la creación efectiva de las sociedades o grupos comunitarios. Este paso surge mediante acciones cooperativas entre las partes participantes que se pueden expresar al estilo hobbesiano, del siguiente modo: los individuos aceptan negociar y someterse a un pacto por el beneficio que éste les reportará. Es una teoría que, por tanto, conecta la moralidad de los acuerdos a la racionalidad. Sin embargo, no la supedita a ésta en tanto que “para elegir racionalmente, uno debe elegir moralmente”⁴²

Este paso del estado de naturaleza a la creación de grupos sociales, a través de acciones cooperativas y del mercado como garante de libertades y zona moral, se establecen las bases de la apropiación de un bien en términos de justicia. En este aspecto, el derecho a un bien apropiado vendrá determinado por las circunstancias en las que dicha apropiación se dé, haciendo legítimas estas situaciones sólo si se deja lo suficiente para los demás y además esto es igual de bueno.

En un contexto intergeneracional, debemos comprobar el modo en que la idea de cooperación puede ser aplicada. Una dificultad clave en este respecto está relacionada con el solapamiento intergeneracional. El hecho de que no todas las generaciones sean contemporáneas (ni siquiera temporalmente) es un desafío en dos sentidos. En primer lugar, debemos pensar si puede existir un beneficio mutuo de la cooperación; porque si los beneficios son reales pero solo favorecen a ciertas generaciones, de modo que las restantes son contribuyentes netas, entonces una teoría de la ventaja mutua sería incapaz de justificar que todas deberían aceptar unas reglas de la justicia comunes.⁴³

Finalmente, a fin de corregir posibles injusticias en la distribución de bienes, la medida en que se empeore o mejore algo debe analizarse no calculando cómo sería la situación de otro

⁴⁰ Ibidem: 142

⁴¹ Ibidem: 145

⁴² Ibídem.

⁴³ Axel Gosseries, “Teorías de la justicia intergeneracional. Una sinopsis”, 224

individuo respecto a ese bien, sino solamente cómo se encontrará ese bien respecto al modo en que uno mismo lo adquirió inicialmente. De lo que se trata es de calibrar el estado del bien a distribuir, no de la persona respecto al bien. De esta manera, podremos afirmar que una distribución será justa si lo que se deja es “suficiente y tan bueno” con respecto a la apropiación original.⁴⁴

A este doble desafío se le añade una cuestión adicional. Suponiendo que sea posible construir un modelo intergeneracional que pueda hacer frente al desafío, aún quedará por verificar qué implica ello para la cuestión del ahorro y el desahorro. Sería perfectamente posible imaginar que sea racional para cada generación aceptar cierta regla, lo cual sería sin embargo compatible con un deterioro gradual del stock de recursos transferido por cada generación a la siguiente. Existe actualmente un debate sobre esta cuestión. Es obvio, sin embargo, que cualquier intento serio de articular una teoría de la justicia desde el punto de vista de la ventaja mutua no puede eludir el análisis cuidadoso de estas dificultades.⁴⁵

En conclusión, la teoría de la justicia como ventaja mutua parte de tres premisas. En primer lugar, una concepción que establece cuándo una propiedad privada es adquirida de manera legítima y cómo garantizar una justa distribución de los bienes, desarrollada a través de la *condición lockeana*. En segundo lugar, un principio que constriñe las exigencias de los individuos, estableciendo la base moral de lo que suponen negociaciones y acuerdos justos, estipulado por el *minimax relative concession*. Finalmente, la creación y asunción del mercado como una zona moralmente libre, que concede la libertad de intercambio y garantiza el *beneficio mutuo* de sus participantes, haciéndolos llegar a acuerdos equilibrados y justos y evitando abusos de unos sobre otros de tal manera que, de haberlos, sería imposible en términos racionales establecer ningún acuerdo. El acuerdo exige de racionalidad en las demandas y en lo que se concede.⁴⁶

Ahora bien, la teoría de la ventaja mutua adolece de ciertas debilidades en el contexto intergeneracional. En concreto, esta teoría de la justicia se vuelve muy dependiente de dos circunstancias sin las cuales plantea muchas dudas: el solapamiento generacional, de un lado, y la propia idea del beneficio mutuo, del otro. Si atendemos a la primera condición, una teoría de la ventaja mutua sólo puede ofrecer una consistencia más o menos fuerte en el caso de que se den generaciones que coincidan en el tiempo: es decir, que se solapen.

La idea de generaciones distantes en el tiempo hace que los acuerdos no sólo sean difíciles, sino que, de facto, sean inexistentes. Podríamos alegar una suerte de provisionalidad de los acuerdos hasta su ratificación, enmienda o impugnación futura, pero esto sólo nos lleva a una situación en la que es imposible asumir responsabilidades. En la peor de las situaciones, esto se traduce en una imposición constante de las condiciones contractuales de las generaciones pasadas hacia las futuras, teniendo éstas como única salida la ruptura o reforma del pacto que, del mismo modo, no podrá ser jamás consensuado con las generaciones no nacidas.⁴⁷

De otra parte, esta teoría de la justicia intergeneracional ha de atender al desafío que supone el propio hecho de conseguir una ventaja mutua para todas las generaciones, asumiendo la

⁴⁴ Gragera Junco, “Justificación de las obligaciones en la justicia intergeneracional”, 146.

⁴⁵ Ibidem. 148

⁴⁶ Gragera Junco, “Justificación de las obligaciones en la justicia intergeneracional”, 148.

⁴⁷ Ibidem: 148.

dificultad del solapamiento generacional. Como se puede ver, este es un reto que se añade en el momento en que nos planteamos tener que llegar a un acuerdo racional con generaciones de un futuro distante.⁴⁸

1.4.3 Utilitarismo.

Corresponde ahora analizar otra teoría muy distinta: el utilitarismo. Este se caracteriza no solo por su preocupación por el bienestar de las personas, sino más en particular por la idea de que una organización equitativa de la sociedad es la que maximiza el bienestar agregado de sus miembros. Para esta teoría, el bienestar es equiparable al tamaño de una tarta, la cual simboliza el tamaño de bienestar de la sociedad en su conjunto, por lo tanto, su preocupación radica en el tamaño de los pedazos de esa tarta que los miembros recibirán.⁴⁹

Es por ello que nos podemos referir a ella como una teoría agregativa. Existen diversas razones poco convincentes para criticar el utilitarismo. Sin embargo, es completamente cierto que esta teoría de la justicia no está principalmente preocupada por la distribución del bienestar en la sociedad. Para esta teoría, lo que importa es el tamaño de la «tarta» de bienestar de la cual la sociedad en su conjunto se beneficiará, no el tamaño relativo de los pedazos de dicha tarta que cada miembro recibirá.⁵⁰

En un contexto intergeneracional, hay un hecho que tiene una importancia crucial en este respecto. Renunciar al consumo de parte de nuestro capital hoy puede dar lugar a un consumo mucho mayor en un futuro distante. Consideremos una bolsa de semillas, parte de la cual podría ser consumida inmediatamente o sembrada para multiplicar su volumen. Si eres utilitarista, el ahorro (en términos generacionales) no solo está autorizado; es *exigido*, puesto que el objetivo es maximizar el tamaño de la tarta de bienestar intergeneracional. Esto implica que las primeras generaciones de la historia han de apretarse el cinturón e invertir en beneficio de las generaciones futuras. Una cuestión digna de mención es que la idea de la inversión productiva, la cual es central para esta teoría, no está necesariamente conectada con el número de generaciones que nos sucedan sino del hecho de que vendrán *después* de nosotros.⁵¹

Este resultado sobre el sacrificio de las generaciones anteriores está amplificado por dos factores adicionales (e independientes entre sí). Por una parte, es realista postular cierto altruismo intergeneracional, parcialmente, debido al hecho de que la sucesión de generaciones está relacionada con las relaciones biológicas de padres a hijos, las cuales inevitablemente generan cierto grado de altruismo. También es posible postular que este altruismo es asimétrico, siendo más fuerte de padres a hijos que de hijos a padres. Si dicho altruismo descendente es tenido en cuenta, un grado adicional de ahorro (y en este caso uno puramente voluntario) podría ser añadido a la obligación de ahorrar indicada anteriormente.⁵²

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Axel Gosseries, “Teorías de la justicia intergeneracional. Una sinopsis”, 225

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem. 226

⁵² Ibidem.

1.4.4 La teoría de la suficiencia.

Así mismo, se cuenta con la teoría de la suficiencia, la cual como teoría de la justicia intergeneracional deriva de un informe que dirigió la ex primera ministra noruega Gro Harlem Brundtland para la World Commission on the Environment and Development (WCED). En dicho informe propone una definición de desarrollo sostenible, según la cual, éste lo es tanto que satisface las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades. Esta interpretación es tridimensional y en ella se reúnen dimensiones económica y social en el concepto de desarrollo y la tercera es la sostenibilidad⁵³.

El suficientarismo, como doctrina distributiva, podría definirse como aquella teoría que le da al hecho de que ningún individuo caiga por debajo de un umbral (donde puedan sufrir estados de privación severa o pobreza) una gran importancia moral. De esta manera, tener *lo suficiente* importa en términos morales, pues significa disponer lo suficiente para no sufrir algún tipo de privación grave. Al respecto de esta teoría existen dos tesis que buscan entender la importancia de que se le concede al principio de suficiencia, al respecto en primer lugar, existe una tesis positiva que se limita a sostener que mantener a los individuos por encima de esa línea crítica de privación es un valor moral perentorio. Por otra parte, la tesis negativa que argumenta que la suficiencia es lo primordial y único importante moralmente en la lucha contra la desigualdad y, por lo tanto, no necesita de opciones distributivas adicionales.⁵⁴

La justificación del surgimiento de obligaciones en el suficientarismo surge como contraposición a la teoría igualitarista, por lo que el rechazo al valor de la igualdad como condicionante de una teoría de la justicia será determinante. No lo niega, empero, aunque sí le resta buena parte de la envergadura de la que le dota el igualitarismo. Los motivos pueden resumirse en tres: el argumento de la *relatividad* y la *comparabilidad*, la *alienación del individuo* y la falta de *imparcialidad*.⁵⁵

El suficientarismo, como doctrina distributiva, ha sido desarrollado especialmente en su tesis negativa, como contraposición a otras teorías de la distribución: el igualitarismo y el prioritarismo. Un primer trabajo desarrollando esta idea de la suficiencia, contrapuesta a los principios de la igualdad y la prioridad.⁵⁶

La contraposición al igualitarismo refleja un claro desacuerdo respecto a aquello que podemos considerar como valor primordial para una adecuada concepción de la justicia. En el caso de los suficientaristas, el valor fundamental podríamos encontrarlo en el respeto. Este respeto se distinguiría de la idea de la igualdad en tanto que no es simplemente una cuestión de proveer a cada persona de lo mismo que tienen las demás.

Para terminar con esta teoría, el autor señala que los derechos de las futuras generaciones son útiles principalmente por dos razones: la primera, porque capturan adecuadamente la

⁵³ Roberto Bermejo Gómez de Segura, "Del desarrollo sostenible según Brundtland a la sostenibilidad como biomimesis", (España: Hegoa, 2014), 16

⁵⁴ Gragera Junco, "Justificación de las obligaciones en la justicia intergeneracional", 150

⁵⁵ Ibid

⁵⁶ Ibíd.

naturaleza de algunas de nuestras obligaciones legales y, en algunos casos, pueden ser exigibles ante un tribunal cuando los titulares de los derechos han nacido y los titulares de las obligaciones aún están vivos. La segunda, incluso aquellos casos en los que los derechos no son exigibles ante un tribunal, estos juegan un importante papel extralegal al señalar la importancia de una cuestión y estructurar el contenido de los argumentos. Existen razones, pues, por las que los sistemas legales deberían tratar de reconocer en diversos niveles los derechos de las generaciones futuras y pensar cuidadosamente sobre el contenido de dichos derechos.⁵⁷

Finalmente, existe un consolidado de autores que se empeñan en abordar las temáticas de la justicia intergeneracional y la equidad intergeneracional, de forma separada; sin embargo, ambos guardan íntima relación puesto que la equidad en su forma más desarrollada es producto de las teorías que explican la justicia intergeneracional. Como muestra el autor José Manuel Gragera Junco, establece una concepción de justicia intergeneracional al tenor de un sistema relacional en el que distintas generaciones están sujetas a una estructura normativa definida en términos de derechos y obligaciones. Indagar sobre esta relación constituye una manera ideal de acercarse a la idea de lo que es considerado como justo.⁵⁸

1.4.5 El Igualitarismo de Rawls.

Cuando Rawls escribió la obra *una teoría de la justicia*, es consciente de las graves dificultades del utilitarismo en un contexto intergeneracional. Al mismo tiempo, considera que avanzar, aunque sea mínimamente, de la condición inicial de los hombres prehistóricos es necesario no solo por razones de eficiencia, sino también por razones de justicia. ¿Cómo pueden estas dos consideraciones ser reconciliadas? Defendiendo un modelo de en el que una fase estacionaria sigue a una fase de acumulación. Durante la fase de acumulación, los principios son idénticos a los del utilitarismo (ahorro obligatorio). Pero esta fase, supuestamente, ha de tener una duración limitada. Y la justificación subyacente a la necesidad de dicha acumulación es completamente independiente de la maximización del tamaño de la tarta de bienestar intergeneracional.

Para Rawls, el objetivo de la fase de acumulación es permitir que la afluencia económica aumente suficientemente como para asegurar una estabilidad mínima de las instituciones. Tan pronto como dicho punto es alcanzado, la fase de acumulación deja de ser una obligación y comienza la fase estacionaria. Y, en esta segunda fase, el principio aplicable no es el mismo que el defendido por la teoría de la reciprocidad indirecta. Rawls, de hecho, permite los desahorros siempre que no se descienda por debajo del nivel de suficiencia que la fase de acumulación tiene como objetivo.

Su teoría no es simplemente igualitarista. También es liberal, aunque en un sentido muy específico que no ha de confundirse con el significado habitual en la designación de ciertos actores políticos en la esfera política europea. Es liberal en el sentido de que la búsqueda de la mejora de la situación de quienes están peor ha de hacerse bajo ciertas restricciones impuestas por las libertades básicas.

⁵⁷ Axel Gosseries, “*Teorías de la justicia intergeneracional. Una sinopsis*”, 229

⁵⁸ Gragera Junco, “*Justificación de las obligaciones en la justicia intergeneracional*”, 141.

CAPÍTULO II CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA EQUIDAD INTERGENERACIONAL.

2.1 RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA EQUIDAD INTERGENERACIONAL

En los últimos años, muchas constituciones a nivel global han insertado en sus textos y ordinariamente en sus preámbulos, cláusulas generales con el fin de proteger a las futuras generaciones⁵⁹ dentro de las cuales se encuentran: cláusulas generales de justicia intergeneracional, cláusulas de justicia generacional ecológica y cláusulas de justicia generacional financiera; siendo estas últimas las que en menor número de constituciones se encuentran y a menudo están de manera más “oculta”, ya que se extraen de expresiones tales como: "política financiera", "presupuesto equilibrado", etc.⁶⁰

La Constitución de los Estados Unidos no exige que el Congreso apruebe un presupuesto que iguale los ingresos previstos para el gobierno y los gastos propuestos⁶¹, por lo que, no existe un equilibrio presupuestario acorde a la justicia generacional financiera.

Otros países en lugar de consagrar cláusulas destinadas a proteger a las futuras generaciones, se están ocupando en crear nuevas instituciones que tengan como principal objetivo velar a futuro por la protección de las generaciones sucesoras. Algunas de estas naciones son: Israel, Hungría y Finlandia, quienes han creado figuras como: el "Defensor de las Generaciones Futuras", "Comité para las Generaciones Futuras", "Consejo Ecológico", "Consejo del Futuro" o "Tercera Cámara".

Al igual que en otras áreas, el reconocimiento de derechos implica el establecimiento de una serie de mecanismos dirigidos a velar por el respeto y fiel cumplimiento de los mismos, de modo que, tales garantías inherentes a toda facultad subjetiva, se vuelven inescindibles para que los titulares de estas hagan exigibles ante las autoridades correspondientes el cumplimiento debido. Dentro tales garantías, se encuentran desde luego las instituciones públicas o privadas encargadas de verificar que los derechos reconocidos en determinadas áreas, sean atendidos como corresponde. Así muchos países con ese objetivo analizan si modificar sus constituciones o crear nuevas instituciones son la clave para que las futuras generaciones gocen de los derechos que por medio de la justicia intergeneracional se promueven; aunque desde hace algún tiempo, ya muchas constituciones a nivel global reconocen o establecen los cimientos para que instaurar esa especie de justicia⁶².

⁵⁹ Joerg Chet Tremmel, *Handbook of Intergenerational Justice* (USA: Edward Elgar Publishing Limited, 2006), 190.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*, 191.

⁶² Vease Joerg Chet Tremmel, *Handbook of Intergenerational Justice*, en la tabla 10.1 denominada *General clauses in constitutions for intergenerational justice*, 192- 196.

2.2 APROXIMACIONES DEL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS FUTURAS GENERACIONES EN EL SALVADOR.

Aunque en El Salvador a nivel jurisprudencial aún no se haya desarrollado la Teoría del Justicia Intergeneracional ni mucho el principio de la Equidad Intergeneracional, sí se logra apreciar que existen cimientos para hacerlo, ya que en materia ambiental dicho principio se pone de manifiesto cuando se hace referencia a los recursos naturales, de los que se establece que tienen como fin satisfacer las necesidades biológicas, económicas, sociales y culturales de los seres humanos, sin embargo, ello no debe significar que la utilización y disfrute de tales bienes conlleve su completa aniquilación, para lo que se debe imponer el uso racional y equilibrado de estos para las generaciones actuales. En ese mismo sentido, se ha expresado que el mantenimiento del medio ambiente puede considerarse como una cuestión de justicia distributiva entre las sucesivas generaciones de personas. Así, mientras que los recursos medioambientales renovables se encuentran a libre disposición de la actual generación, a ella le es obligado el cuidado de los recursos cuyo agotamiento perjudicará a las futuras generaciones, y esto implica el uso racional de los mismos.⁶³

La Constitución de la República es la fuente primaria de la que emanan los derechos y garantías fundamentales de las personas que se encuentran en el territorio de la república.

En ese sentido, se retoma en primer lugar el artículo 3 de la Constitución de la República, el cual contiene el principio constitucional de igualdad, la cual constituye uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática y de un auténtico Estado de Derecho. Su significado trasciende lo puramente jurídico y se incardina en el campo de lo político, económico, sociológico y axiológico. La igualdad, como valor supremo de una convivencia ordenada, feliz y civil, y, por consiguiente, de una parte, como aspiración perenne de las personas que viven en sociedad.⁶⁴

La Constitución en su artículo 23⁶⁵ dispone que “Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes...”, esta libertad puede verse reflejada en las diversas formas que establecen las leyes para contratar y en el surgimiento de nuevas formas como la de emisión de tarjetas de crédito reguladas ya por una Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito⁶⁶. Pero la emisión de dichas tarjetas de crédito no es un contrato atípico, ya que puede ubicarse dentro del contrato denominado “Apertura de Créditos” y posee un apartado en el Código de Comercio titulado de la misma forma, dicho tópico será desarrollado posteriormente.

De igual manera el artículo 117 de la Constitución de la República, contiene la única disposición constitucional que más se asemeja a la equidad intergeneracional, ya que literalmente dispone: “*ES DEBER DEL ESTADO PROTEGER LOS RECURSOS NATURALES, ASI COMO*

⁶³ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 178-2013 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016)

⁶⁴ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 44-2015/103-2016 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017)

⁶⁵ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983) .Artículo 23: “*Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles*”.

⁶⁶ Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009)

LA DIVERSIDAD E INTEGRIDAD DEL MEDIO AMBIENTE, PARA GARANTIZAR EL DESARROLLO SOSTENIBLE...”de tal disposición la jurisprudencia constitucional destaca que el desarrollo sostenible es aquél que, aprovechando los recursos, no los esquilma y permite su aprovechamiento futuro.⁶⁷ De lo anterior, se puede extraer que se tratan de derechos colectivos en todos son sujetos titulares y al mismo tiempo obligados de forma recíproca.

2.3 CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

En nuestro país los primeros matices de una constitucionalización del derecho privado lo podemos ver en el artículo 1 de la Constitución de la República, desde el momento en que *es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.*

Al hacer referencia a la constitucionalización del derecho privado, en seguida podemos advertir que entran en juego dos de las ramas elementales del Derecho en general, las cuales son: el Derecho público y el Derecho privado; aunque tales divisiones con el devenir de los años, cada vez más, tienen tendencia a disolverse, o, en otros términos, tienden a complementarse.

Para lograr dimensionar el tema se debe tener en cuenta que las consideraciones siguientes:⁶⁸

- Que no todo el poder está en manos del Estado, ya que existen poderes económicos, culturales, sociales que también deben ser limitados por el ordenamiento para asegurar que las libertades y la igualdad real entre las personas sean efectivas y no se conviertan en una mera declaración.
- Existen ciertos derechos civiles y mercantiles que merecen una tutela especial, aún más elevada que la que otorga la ley, que efectivamente garantice la satisfacción de tales derechos y los mismos no se vuelvan ilusorios.

El derecho privado en sus inicios se encontraba compuesto por derecho natural, derecho de gentes y derecho civil;⁶⁹ el primero de ellos se refería a aquellas normas provenientes de la voluntad divina, del universo, o como producto de la razón humana. El derecho de gentes era considerado como las reglas aplicables a todos los pueblos que no pertenecían a Roma. Y por su lado, el derecho civil pertenecía a las normas destinadas para los ciudadanos romanos y no así a los extranjeros.

Aunque el Derecho Público y Privado no dejan de relacionarse, es necesario señalar las fronteras que separan a uno y otro concepto, a fin de tener claridad cuando se está ante la aplicación

⁶⁷ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo, Referencia: 242-2001, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2001)

⁶⁸ Aída R. Kemelmajer de Carlucci, y Mauricio Boretto, Manual de Derecho Privado. Tomo I (Buenos Aires: Eudeba, 2020), 14.

<https://elibro.net/es/ereader/bibliotecauc/167467?page=14>.

⁶⁹ Elvia Arcelia Quintana Adriano, Derecho Público y Derecho Privado, en Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, Tomo I, Derecho romano. Historia del derecho (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016) 409, 410.

de cada uno de ellos. Son variados los criterios que se encargan de deslindar estas ramas del Derecho, dentro de los principales se encuentran⁷⁰:

- a) El Derecho público está destinado a regular a las colectividades o la sociedad de forma generalizada o plena, mientras que el Derecho privado se ocupa de regular los grupos menores o de forma más delimitada, a los individuos que forman parte de tales sociedades.
- b) El primero responde a cuestiones de utilidad pública o bien común, mientras que el segundo está motivado por la satisfacción de intereses particulares.
- c) En el Derecho Público tiene por objeto las relaciones de desigualdad o subordinación que se crea entre los entes públicos y los ciudadanos de los Estados; en cambio, el Derecho privado tiene como base las relaciones de igualdad que se crean entre los particulares, sin perjuicio que en ellas puedan participar entidades estatales, pero sin condiciones de superioridad.
- d) Se considera que el primero está enfocado en regular la sociedad políticamente estructurada mediante la existencia de relación de sujeción; y, por su parte, el segundo regula y mantiene en funcionamiento la sociedad económica a través de las relaciones entre semejantes.
- e) En el Derecho público los sujetos que figuran en las relaciones de subordinación emergentes, se posicionan los entes públicos o funcionarios, por el lado activo, y los súbditos o ciudadanos del lado pasivo; mientras que, en el Derecho Privado se encuentran categorías como “comerciante” y “cliente”, “vendedor” y “comprador”, “acreedor” y “deudor”, entre otros.
- f) Las fuentes del Derecho público se concentran, primeramente, en la Constitución y luego, en la ley; ahí que se haga referencia en que, la administración pública o el poder estatal se encuentra supeditado al principio de legalidad. Por su parte, en el Derecho Privado además de la ley, la costumbre e incluso la voluntad de las partes son fuentes del derecho de aquél; resultando de ese modo, que la ley se aplica de forma subsidiaria, y el principio de autonomía de la voluntad cobra mayor prevalencia.
- g) En caso de contradicción, las normas de naturaleza pública gozan de prevalencia sobre las de interés privado; con ello se da cumplimiento a la regla que establece: el interés público prevalece sobre el interés particular.
- h) Del lado del Derecho público se ubica, dentro de los tipos de justicia, la consecución de una justicia distributiva; mientras que, del otro extremo, en el Derecho privado se persigue la materialización de la justicia conmutativa.⁷¹

Asimismo, existen otros parámetros para diferenciar a estas regiones del Derecho, así se encuentra el relacionado con la naturaleza de las normas y la capacidad normativa de las partes, por lo que al respecto se indica: que el Derecho público está compuesto por normas imperativas en el que la capacidad de producir normas por parte de los sujetos intervinientes en las relaciones originadas

⁷⁰ Muchas de ellas se encuentran en: Juan Jacobo Calderón Villegas, La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia, (Bogotá: Editorial Temis, 2011), 11.

⁷¹ *Ibíd*em 12.

es restringida; contrario a lo que sucede en el Derecho privado, donde las normas son de carácter supletorio, y la capacidad normativa de los contratantes es mucho más amplia⁷².

Con las modernas concepciones de “Estado”⁷³ y “Constitución”⁷⁴, se ha generado que el derecho constitucional también sea aplicable a las relaciones entre los particulares, de ahí que se mencione sobre la constitucionalización del derecho privado, o también referido como o “la invasión del derecho constitucional al derecho privado”, “la irradiación del derecho constitucional al derecho privado” o “la permeabilidad del derecho privado frente al derecho constitucional”⁷⁵.

Dentro de dicha interacción de normas, se desarrollan importantes funciones de que merecen la pena resaltar, tales como: *el control de constitucionalidad*, mediante el cual la Carta Magna se constituye en la regla que mide el alcance de las leyes secundarias, sin permitir que existan contraposiciones; tal control puede ser difuso o concentrado, de acuerdo a los sistemas adoptados por los países; *interpretación conforme a la constitución*, entendiendo por tal, como “aquella que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo frente a una doble posibilidad interpretativa- el significado (o sea la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución.

El efecto de tal interpretación es, obviamente, el de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional”; así, las normas de interés privado al encontrar inconformidad con la Ley Fundamental, pueden ser sometidas a examen a efecto de encontrar compatibilidad entre ambas; otros consideran que la *acción de amparo*, también es útil cuando por medio de la aplicación de normas de carácter privado, tanto por entes públicos como privados, se vulneren categorías jurídicas de rango constitucional⁷⁶, y más cuando a raíz de tales afectaciones, se permite al juez constitucional fijar límites sobre las disposiciones objeto de debate con el fin que se ajusten al texto constitucional.

La Constitución como obra inacabada que es, se identifica por contener los cimientos de todo el ordenamiento jurídico de un país determinado (incluso para la constitución de las denominadas federaciones y confederaciones de determinados países), y a su vez, es vista desde la óptica formal y material, y conforme a esta última concepción, se considera que es mutable en el tiempo, lo cual da la pauta para considerar que sus disposiciones no son cláusulas cerradas con significado único, sino más bien sus términos genéricos y ambiguos son muestra de su naturaleza

⁷² Ibidem, 13-14.

⁷³ Estado de bienestar- Welfare State, en donde la concepción de sociedad tiende a desaparecer y cobra mayor realce la intervención directa y activa que el Estado realiza sobre las relaciones entre particulares con el fin de alcanzar los objetivos de una nueva concepción de justicia distributiva.

⁷⁴ Siguiendo la idea de Estado de Bienestar, la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o porque la ley sí ofrece una solución, pero tal solución parece injusta.

⁷⁵ Fabricio Mantilla Espinosa, “La constitucionalización del derecho privado”, Revista Oficial del Poder Judicial, n.2 (2007): 248.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/44bdcf8043eb7b8ea76ee74684c6236a/15.+Doctrina+Internacional++Fabricio+Mantilla+Espinosa+%28Colombia%29.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=44bdcf8043eb7b8ea76ee74684c6236a>

⁷⁶ Mantilla Espinosa, “La constitucionalización del derecho privado”, 250.

genérica y extensa, lo que provoca que exista interpretación de carácter evolutiva⁷⁷ sobre sí misma, y en esa medida, cada vez que las disposiciones de la Constitución reciben nuevos contenidos, se genera que conforme a dichos alcances se ejerza control sobre el resto del ordenamiento jurídico, incluido desde luego el Derecho privado.

La influencia que la constitución ejerce sobre el derecho privado ha llevado a considerar, que ello se materializa en dos planos, a saber: *a nivel legislativo y a nivel judicial*⁷⁸; el primero, al momento que el legisferante se encuentra condicionado a respetar los estándares establecidos por la Norma Fundamental y jurisprudencia emanada de la misma, incluso cuando por mandato judicial se ordena la reforma o creación de normas en determinado sentido; por su parte, a nivel judicial, los operadores de justicia siempre vinculados al texto constitucional, tienen la facultad de ellos mismos constitucionalizar el derecho privado en casos particulares, por medio del control difuso que les es reconocido, y así dar paso, a que ello sea ratificado o rechazado por el máximo tribunal una vez le sea elevado el asunto.

De igual manera dentro del órganos jurisdiccionales, el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, es el ente encargado de vigilar y examinar que el juez de la jurisdicción ordinaria: a) no hubiere vulnerado por acción u omisión los derechos constitucionales de las partes al inobservar el debido proceso constitucional; b) interprete la normativa legal a la luz de los postulados constitucionales; y, c) no desacate infundadamente un precedente constitucional de obligatorio cumplimiento vulnerando el principio de igualdad y seguridad jurídica.

Cabe mencionar que la tutela constitucional en asuntos entre particulares, generalmente tiene lugar cuando no existen los mecanismos ordinarios necesarios para resolver la controversia suscitada, o, cuando aun existiendo dichos mecanismos, los mismos resultan insuficientes o ineficaces para brindar una protección efectiva a los derechos fundamentales que están en juego, o su espera podría generar vulneraciones irreparables a éstos.

En ese mismo sentido, la justicia constitucional extiende su sombra hasta aquellas áreas donde ordinariamente son gobernadas por la voluntad de los particulares, pero que, al presentarse imágenes que reflejan desigualdad, abuso del derecho, inserción de cláusulas abusivas, e incluso anulación de derechos y garantías fundamentales, entonces el derecho constitucional se activa y emite respuesta ante ello, con el fin de mantener relaciones de igualdad y, sobre todo, que sean ajustadas a Derecho. De este modo, al existir controversia entre el contrato como forma representativa del acuerdo de voluntades de las partes contratantes y la situación de indefensión que se genera con ello, es que el Derecho privado se ve invadido por los tentáculos del Derecho constitucional.

⁷⁷ Consiste en la atribución al texto constitucional [...] [de] un significado siempre mudable, para de esta forma adaptar el contenido normativo a las mudables exigencias políticas y/o sociales. Guastini, Riccardo, Estudios de Teoría Constitucional, ¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?, (México: Distribuciones Fontamara. S.A., 2001), 264 citado por Mantilla Espinosa, “La constitucionalización del derecho privado”, 251.

⁷⁸ O también denominados constitucionalización legislativa del derecho privado y constitucionalización judicial del derecho privado, en Tomas Guillermo Rueda, “Acerca de la Constitucionalización del Derecho Privado”, Revista Derecho Constitucional, n. 3 (2019): 39

<https://revistas.ubp.edu.ar/index.php/revderconst/article/view/107/86>

Sobre el presente tema, se ha considerado que los derechos fundamentales, son los que determinan las relaciones entre terceros, Hans Nipperdey, uno de los pioneros, considera que los derechos fundamentales irradian todo el ordenamiento jurídico privado, pues, —el orden jurídico forma una unidad. Y todo derecho tan solamente rige en base y en marco a la Constitución, por lo que, la norma constitucional debe aplicarse sin límite en donde exista una relación vertical, esto es, de desigualdad, entre individuo y poder de grupo o individual. Esto, como consecuencia del advenimiento del Estado social⁷⁹.

A contrario sensu, si se tiene una relación horizontal entre particulares, en condiciones de igualdad jurídica y de efectiva o casi completa igualdad fáctica, el principio de finalidad protectora de los derechos fundamentales no tendrá lugar, y se tendrá que dar paso al principio de autonomía privada y libertad contractual, sin que ello signifique el desconocimiento del sistema de valores y principios constitucionales⁸⁰. Sin embargo, el mismo Nipperdey, reconoce que no todos los derechos fundamentales son oponibles a los particulares, pues hay algunos que solamente le competen al Estado y no tienen doble dimensión⁸¹.

De lo que se trata es de una relación de complementariedad entre los derechos originadas en las relaciones privadas y el deber de protección constitucional de los mismos, en donde el juez civil estaría sujeto, prima facie, al derecho privado vigente, ya sea se presente bajo la forma de leyes, precedentes o dogmática consensuada. Y si sobre la base de principios iusfundamentales el juez quiere apartarse del derecho privado vigente, tendrá que asumir la carga de la prueba, esto es, demostrar mediante argumentación la inconformidad de este último con los primeros.⁸²

La respuesta de la Corte Interamericana a la Opinión Consultiva planteada por México, respecto de la compatibilidad de la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales de los trabajadores migrantes ilegales y la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos determinó, entre otras cosas que:

En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efecto en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría de la *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.⁸³

⁷⁹ Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2000), 106

⁸⁰ *Ibidem*, 200-206

⁸¹ Tales como el derecho a una educación pública gratuita, el derecho a que el Estado desarrolle políticas públicas a favor de grupos vulnerables, entre otros.

⁸² Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, (España: Centro de Estudios Constitucionales, 1997), 523 citado por Richard González Dávila, *La constitucionalización del Derecho privado y la acción de protección frente a particulares*, *Revista de Derecho*, núm. 16, (2011): 67

⁸³ Opinión Consultiva con referencia: OC-18/03, (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003) considerando 140.

2.3.1. Efectos de la constitucionalización.

Se identifican tanto efectos directos como indirectos, de la manera que a continuación se desglosan:

Efectos directos.

1. *La constitucionalización-juridicización que indica relación esencialmente con el derecho constitucional institucional.*

Por medio de este efecto se expone que la Constitución que por origen es de naturaleza política, experimenta transformaciones que cada vez la vuelven más de carácter jurídico. A partir de tal consideración se establece un nuevo estatuto en donde los órganos de poder, su modo de designación, sus competencias y sus relaciones recíprocas son regidas por verdaderas reglas de derecho.⁸⁴ De ese modo la ciencia jurídica pasa a gobernar las ciencias políticas. Asimismo, se da lugar a la idea que establece que la Constitución gobierna a los hombres y no al contrario, creándose un ambiente propio de un Estado Constitucional de Derecho.

2. *La constitucionalización-elevación caracteriza el cambio observado en cuanto al sistema de fuentes o de la producción de normas.*

Con ello, el sistema de fuentes que en principio eran de carácter legislativo, se ven renovadas, y es a través de la Constitución misma -formal y material - que se producen nuevas normas, y se convierte en fuente de derechos aun cuando su texto no presente modificaciones. Tal consideración no puede ser de otra manera cuando el texto constitucional contempla el procedimiento para la producción de normas, o también conocido como proceso de formación de ley. De ahí que se considere a la Ley Fundamental como fuente de fuentes.

3. *La constitucionalización-transformación.*

Existe transformación en la medida que, dadas las nuevas exigencias que la realidad impone, el texto constitucional debe ajustarse a esos cambios e incluso anticiparse a los mismos. Tras el surgimiento de nuevas corrientes, nuevas teorías, el cambio en la composición subjetiva de los tribunales encargados del cumplimiento de los textos constitucionales, hace posible que el Derecho constitucional evolucione.

Efectos Indirectos.

1. *La modernización del derecho es una de las consecuencias de la constitucionalización*

Se considera que tal modernización es sinónimo de liberalización porque los cambios se analizan como avances dirigidos o implicados por la lógica de los derechos fundamentales.⁸⁵ Pueden tratarse de los mismos principios, derechos e instituciones, pero éstos al recibir nuevas concepciones dadas por las nuevas tendencias, se actualizan y mejoran progresivamente, lo cual a su vez se ve reflejado en el resto del ordenamiento jurídico que se lidera.

⁸⁴ Louis Joseph Favoreu, "La Constitucionalización del Derecho", Revista De Derecho (Valdivia), n.1 (2001): 39 <https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/880>

⁸⁵ Ibidem, 41.

2. *La unificación del orden jurídico es favorecida por el proceso de constitucionalización.*

Los efectos de la constitucionalización también se extienden hacia otros escenarios, dado las transformaciones que se presentan, y valga decir, muchas de ellas a consecuencia del requerimiento efectuado por la normativa secundaria que se ve incapacitada para responder efectivamente ante las exigencias de la realidad. Con eso mismo, se logra desdibujar la línea que separa irreconciliablemente al derecho público con el derecho privado. Lo cual, además, contribuye en el fortalecimiento de la seguridad para los sujetos que se ven sujetos a sistemas normativos de esa índole.

2.4 LA EQUIDAD COMO PRINCIPIO DEL DERECHO.

Para obtener una vista panorámica del tema es merced que previamente se desglosen cada uno de los componentes que forman parte del mismo, por lo que, el iter lógico a seguirse será el siguiente: **La Equidad:** aproximaciones conceptuales, y su naturaleza; **Los principios Generales del Derecho:** definición, distinciones, características, clasificación; **La equidad como Principio General del derecho,** Principio de Equidad intergeneracional.

2.4.1 LA EQUIDAD

Aproximaciones conceptuales.

La equidad desde el inicio de la humanidad fue puesta en marcha de manera intuitiva, sin norma expresa que la contemplara, siendo más bien producto de la conciencia y convivencia social que desde antaño comenzaba a consolidarse. Quedando muchas veces, desde luego la determinación de equidad en la discrecionalidad de los gobernantes.

El termino equidad no es tan sencillo de definir, ya que existen deferentes apreciaciones sobre éste. Sin embargo, etimológicamente, se identifica como *aequitas*, que entraña la idea romana y clásica de que el fin del Derecho estriba en otorgar igual protección a intereses iguales o semejantes que la merezcan, así como la de que el Derecho debe ser el mismo para todos los miembros de la sociedad⁸⁶. De ahí que se tienda a asemejarse la equidad con la igualdad.

Por otro lado, el concepto de equidad también se ha relacionado etimológicamente con la *epiqueya* aristotélica⁸⁷, cuyo término lo especializa dentro del terreno del Derecho, como un instrumento sustitutivo de la ley donde (y porque) ésta no llega a los detalles y particularidades concretas.⁸⁸ Asimismo, bajo ese esquema aristotélico se concibe la equidad como forma de corrección de la ley.

⁸⁶ Ursicino Álvarez Suárez, Curso elemental de Derecho romano, vol. 1, (Madrid, Estades, 1948), 64 citado por Isabel Ruiz-Gallardón, “La Equidad: Una Justicia más Justa”, Foro nueva época, n. 2 (2017): 175 <http://dx.doi.org/10.5209/FORO.59013>

⁸⁷ Al concebir la justicia como el equilibrio o punto medio entre el exceso, el defecto y la virtud, siendo esa conceptualización la que influencia la idea moderna de justicia. José Humberto Morales, Apuntes de Filosofía del Derecho. Primer Borrador Final, (El Salvador: Segunda edición, 2019), 137

⁸⁸ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Introducción, Traducción y Notas de José Luis Calvo Martínez, (España: Alianza Editorial, 2001), 25

Aristóteles considera en sus dos grandes obras filosóficas, la *Ética* y la *Retórica*, la doble dimensión de la equidad: como un criterio hermenéutico del Derecho para mitigar la generalidad de la norma (dando origen a la idea de equidad como justicia del caso concreto) y como un principio creador de Derecho en la consideración de la norma según su espíritu⁸⁹, en ese sentido la equidad es vista como parámetro de interpretación y de integración normativa.

Por su parte, más adelante, Santo Tomás de Aquino en oposición a la suavidad de la norma, indicaría que la equidad no debe oponerse a la severidad, sino al *ius strictum*, ya que muchas veces aquello que es severo es equitativo⁹⁰

Siguiendo esa misma línea, la cultura griega y el cristianismo—, instaurarían para ese tiempo la idea de equidad, desde tres sitios diferentes: la equidad como *justicia natural*, como *criterio orientador* de la función del juez y de una *interpretación flexible* del Derecho en contraposición al *ius strictum* o rigurosidad de la ley, y la equidad como criterio de *aplicación benigna y humana*.⁹¹

Volviendo a la óptica de considerar a la equidad e igualdad como como términos semejantes, puede también armonizarse con su sentido de *justicia del caso concreto*. De este modo, el concepto de la equidad integraría dos elementos: igualdad de trato e individualización de trato; por ello, la equidad es a la vez justicia igualitaria y justicia individualizadora. La equidad, pues, puede imponer tanto la igualdad como la desigualdad. Obliga a tratar igual a los casos iguales y desigual a los desiguales.

Desde ese mismo vértice, la equidad ya no establecería la adaptación de los hechos al Derecho -subsunción- sino a la inversa, exigiendo la adecuación del Derecho a la realidad mediante la apreciación exacta de todos los elementos de hecho que en el caso concurren.⁹² De manera que, ahora el juez debe seleccionar la norma o normas que más se adecuen a las particularidades de la causa, a fin de alcanzar un tratamiento equitativo.

Ahora bien, desde el campo netamente jurídico, la equidad se puede considerar en principio, como lo adecuado a la existencia concreta de la vida jurídica (por ejemplo, una compraventa será equitativa si hay una correspondencia entre el objeto y el precio)⁹³, en ese sentido, si existe equidad en el plano material, esto también se reflejará en el campo formal. Por otra parte, es posible situar a la equidad como sinónimo de justicia natural o de Derecho natural, en contraposición a la justicia positiva o al Derecho estricto. En este sentido, lo justo sería lo conforme al Derecho positivo y lo equitativo establecería la exigencia axiológica del Derecho

⁸⁹ F. D'Agostino, *Il tema dell'equità nell'antichità Greca*, Milano, (Italia: Giuffrè-Instituto di filosofia dil Diritto dell'Univ, 1973), 204 citado por Ruiz-Gallardón, "La Equidad: Una Justicia más Justa", 177, establece que este entiende que la epiqueya no es adaptación, sino creación; no mitigación moral de la aridez jurídica, sino un aspecto fisiológico de la dinámica del Derecho: un método que permite vitalizar la ley escrita con la no escrita en una mediación entre norma y realidad.

⁹⁰ Tomás de Aquino, *Summa Theologicae*, (España: Biblioteca de Autores Cristianos, onceava edición), 329, citado por Ruiz-Gallardón, "La Equidad: Una Justicia más Justa", 179.

⁹¹ Ruiz-Gallardón, "La Equidad: Una justicia más justa", 180.

⁹² Véase también Ruiz-Gallardón, "La Equidad: Una justicia más justa", 178.

⁹³ *Ibidem*, 176.

natural,⁹⁴ de modo que, al considerarse la equidad como parte del derecho natural, se observa que el nivel de abstracción que consigue dicho término es aún mayor.

El juicio de equidad supone una facultad de apreciación discrecional, pero no arbitraria, de lo contrario el juez estaría resolviendo sobre la base de su propia subjetividad, cayéndose en la denominada *aequitas cerebrina*,⁹⁵ la cual evidentemente sería atentatoria contra la seguridad jurídica en un auténtico Estado de Derecho.

Naturaleza

Como ya se ha habré podido advertir, la equidad ha sido enfrascada principalmente en el Derecho natural, sin embargo, existen argumentos para considerar que ésta también puede corresponder al terreno netamente jurídico (ley expresa), por lo cual se hace necesario exponer ambas tesis.

De acuerdo a Castán Tobeñas: “Los tipos a través de los cuales se ha manifestado la equidad en la cultura occidental están históricamente muy entrelazados. Esto explica que, aunque sean muy variadas las concepciones modernas de la equidad, no deja de haber muchos puntos de conexión entre las que pueden considerarse como las nociones primarias, a saber: la que considera la equidad como lo que es conforme a los *cánones del Derecho* (o sea, a la conciencia jurídica humana o al Derecho natural) y la que la considera como lo que se adapta a las características especiales del caso que ha de juzgarse”⁹⁶

Inclusive se ha llegado a estimar a la equidad no solo como principio emergente de la naturaleza misma del ser humano, sino como el propio Derecho natural en aplicación a los casos concretos⁹⁷. Con base a esta vertiente la *Equity* llega al punto de posicionarse sobre el Derecho legislado u oficial, instalándose como criterio de comparación para juzgar las normas positivas,⁹⁸ y a la vez, como mecanismo de corrección de las mismas.

Desde la esfera positivista la equidad podría constituirse como hipótesis jurídica o, lo que es igual, como medio de sugestión para la indagación del principio general del Derecho que pueda formarse a base de la ley, es decir, operaría como fuente generadora de principios e incluso de derechos, es más, la equidad misma se podría constituir como principio general del Derecho.

2.4.2 PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

Los principios generales del derecho es un tema abordado sobreabundante por los doctrinarios del derecho, siendo uno de sus mayores exponentes, el reconocido Robert Alexis para quien dichos principios gozan de un mayor grado de jerarquía en relación al resto del ordenamiento jurídico, incluso de la Constitución, por lo que los mismos son ubicados en la cúspide de la escala internormativa de cada nación.

⁹⁴ *Ibidem*, 176.

⁹⁵ Vista como equidad con ilimitados márgenes de actuación que hacen caer en la arbitrariedad.

⁹⁶ José Castán Tobeñas, *La equidad y sus tipos históricos*, discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, (España: Reus, 1950), 66.

⁹⁷ Para ello véase Isabel Araceli (ed.) Hoyo Sierra, *Principios del Derecho I* (España: Dykinson, 2014), 21

⁹⁸ Ruiz-Gallardón, “La Equidad: Una justicia más justa”, 179.

Definición

Definir los principios no es tarea fácil, más cuando se tratan de conceptos con alto grado de abstracción e indeterminación, sin embargo, buscar sus aproximaciones, hará posible que el tema aquí procesado sea ligeramente comprendido. Aunque algunos exponentes consideran que los principios generales son conceptos ambiguos, contradictorios, e incluso ficticios o parasitarios⁹⁹, se pueden destacar algunas ideas que marcan el terreno entre estos conceptos y otros institutos.

Según Robert Alexy, los principios son *normas* que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, siendo entonces verdaderos *mandatos de optimización* que pueden ser cumplidos en diversos grados, tomando en consideración tanto las posibilidades jurídicas como fácticas.¹⁰⁰

También se consideran como las ideas fundamentales que informan el Derecho positivo (leyes y costumbres) y, en última instancia, los que derivan de la justicia¹⁰¹. Además, son catalogados como directrices legislativas o jurisprudenciales, que sirven al legislador al momento de crear la ley y al juez cuando debe aplicarla.

Sancho Rebullida, en un sentido figurado, los considera como "el verdadero gas expansivo que llena todos los huecos que pueda dejar la sólida ley o la líquida costumbre."¹⁰²

Distinciones

Para conocer los linderos que marcan el terreno de los principios del Derecho, es indispensable hacer las distinciones entre principios, valores y reglas, a fin de evitar confusiones.

Primero, resulta interesante y a la vez compleja, la labor de separación entre principios y valores, ya que línea divisoria entre ambos términos tiende a ser muy delgada, al grado que autores como Robert Alexy consideran que principios y valores son lo mismo. Dentro de los criterios de diferenciación, se pueden enunciar los siguientes:

Los valores suponen el *contexto axiológico* fundamentador o básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico, por lo que se encarga de la búsqueda de lo mejor, lo bueno, ideal o esencial; por su lado, los principios pertenecen al campo *deontológico* o del deber ser, en tanto que son mandatos de optimización, y al mismo tiempo son *criterios estructurales* mediante los cuales se determinan, por una parte, *los contenidos prescriptivos* de los derechos fundamentales y,

⁹⁹ Tal como Antonio-Enrique Pérez Juño, en su artículo: "Los principios generales del derecho: ¿un mito jurídico?", Revista de Estudios Políticos, n. 98. (1997): 10.

<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=255&IDA=17117>

¹⁰⁰ Robert Alexy, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", Revista Doxa. N. 05 (1988), 143

https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doxa5_07.pdf

¹⁰¹ Hoyo Sierra, Principios del Derecho I, 18.

¹⁰² **Francisco de Asís** Sancho Rebullida, "Los principios generales del Derecho", en Estudios de Derecho Civil I, (España: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1978), 45.

por otra, lo relativo a las *instituciones* que integran a un determinado sector del ordenamiento jurídico¹⁰³.

En cuanto al **nivel de abstracción**, los valores son *más abstractos y abiertos*, los principios tienen un contenido ciertamente indeterminado, pero *más preciso y concreto* que el de los valores¹⁰⁴.

Los valores se sitúan dentro de la Constitución a un *nivel superior* debido a que su carácter fundamentador los superpone en los principios constitucionales¹⁰⁵, de ahí que se afirme que *los principios no son valores, sino la realidad donde los valores se concretan*¹⁰⁶.

Mientras que a los valores se les reconoce *eficacia interpretativa*, los principios aparte de cumplir una función de interpretación, pueden alcanzar *proyección normativa*, sea por decisión del legislador o del juez. Ello, a partir de que, se considera a los valores como *finés* y a los principios como *prescripciones jurídicas generalísimas*.

Por otro lado, los **principios** y las **reglas** son términos que gozan de considerable similitud, ya que ambos son vistos como normas, y, por lo tanto, su distinción recae básicamente sobre las clases de normas que estos representan.

Algunos criterios diferenciadores¹⁰⁷ son:

La generalidad, en tanto que a los principios se atribuye un nivel más elevado de generalidad del que a las reglas les es asignado; sin embargo, se considera que dicho criterio sigue siendo una “tesis débil de separación”, ya que la diferencia no es tanto de grado sino más bien de tipo cualitativo, es decir, radica en determinar el tipo de norma que ambos términos simbolizan.

Por la forma de resolver antinomias, en caso existan controversias entre reglas, el asunto se resuelve declarando una de ellas como válida y la otra reputándola como nula, restándole total eficacia; en cambio, cuando la contradicción es entre principios, la tensión se dirime mediante la ponderación; de modo que, el principio que goce de mayor peso¹⁰⁸ será el que, en el caso concreto, tendrá prevalencia sobre su oponente, sin que ello signifique declarar nulo al que vea reducida su aplicabilidad.

Forma de cumplimiento, es considerado como el criterio de diferenciación más relevante entre los citados, mediante el cual se determina que los principios son mandatos de optimización,

¹⁰³ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo, Referencia: 253-2009 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011)

¹⁰⁴ Por citar un ejemplo, no es lo mismo pretender definir el principio de irretroactividad de las leyes que determinar el concepto de justicia. Véase Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo, Referencia: 253-2009 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011) y también José Humberto Morales, Apuntes de Filosofía del Derecho, (El Salvador: Aequus, 2019), 111

¹⁰⁵ Salvador Héctor Soriano Rodríguez, “Reconstrucción constitucional de los derechos”, Revista de Derecho Constitucional, n. 20, (1996), citado por José Humberto Morales en su obra Apuntes de Filosofía del Derecho, (El Salvador: Aequus, 2014), 111

¹⁰⁶ Humberto Morales, Apuntes de Filosofía del Derecho, 112

¹⁰⁷ Estos criterios pueden ser también consultados en la obra de Robert Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, Revista Doxa. N. 05 (1988): 1443 https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doxa5_07.pdf

¹⁰⁸ Es decir, el que, siguiendo los criterios de ponderación entre principios, goce de preferibilidad.

en tanto que pueden ser *cumplidos en diversos grados*, teniéndose en cuenta tanto las posibilidades fácticas como jurídicas que se presenten; mientras que las reglas son normas que exigen un *cumplimiento pleno*, ya que son determinaciones que únicamente pueden ser atendidas o inobservadas de acuerdo a lo que las mismas prescriben, de manera que, su cumplimiento no admite gradualidad.

Características.

De los principios generales del Derecho se puede predicar que son de *naturaleza objetiva*, es decir, autónomos e independientes de cualquier idea o convicción personal del juez que los aplica;¹⁰⁹ son *abstractos*, pero con pretensión de aplicabilidad práctica; y, además, son *fuentes del Derecho*, de modo que, ante lagunas o vacíos legales, de forma subsidiaria la ley y la costumbre se remiten a ellos.

Los principios generales del Derecho en la mayoría de las ocasiones entran en escena y cobran vida a consecuencia de diversos factores, tales como: en la *actividad del legislador*, al momento que se crean las normas, en las cuales se establecen remisiones a estos principios como mecanismos de interpretación de la ley y/o fuentes del Derecho; *actividad judicial*, cuando a través de la aplicación de la norma, se interpreta la misma y se extraen principios que son aplicables al caso en concreto; *actividad doctrinal*, a partir de las teorías y planteamientos que los expositores del Derecho presentan, con el fin de enrumbar los sistemas jurídicos al canal de la operatividad y legitimidad; y la *actividad de hecho*, cuando por medio de la costumbre, se llega a considerar que determinados postulados se vuelven obligatorios por su concurrente invocación y aplicación¹¹⁰

Clasificación

Dentro de estos principios se ubican tanto los principios positivos como los iusnaturalistas, esto es, expresos e implícitos, ello como parte de las dos grandes corrientes del derecho en general: el iuspositivismo y el iusnaturalismo¹¹¹, una corriente más ocupada de las formas y otra más interesada en la legitimidad del contenido de las normas.

De Castro siguiendo el pensamiento iusnaturalista, precisa que los principios generales reconocen su fuente en el derecho natural, constituyendo también principios propios del derecho positivo, se alude al *derecho natural objetivo* y se rechazan las pretendidas reglas de invención arbitraria de una dirección individualista¹¹²; advirtiéndose, que no todos los principios emanados del derecho natural son aceptados por el derecho positivo, del mismo modo que no todos los principios generales del derecho son parte del derecho natural, ya que también se encuentran los sociales, políticos, económicos, etc.

En ese sentido, no es difícil admitir que los principios generales del Derecho se integren por los dictados en garantía de la persona humana, puesto que desconocer estos principios sería ir en contra de la naturaleza misma del ser humano, ya que mediante ellos es que, la persona natural

¹⁰⁹ Hoyo Sierra, Principios del Derecho I, 19

¹¹⁰ Véase de forma complementaria: Pérez Juño, "*Los principios generales del derecho: ¿un mito jurídico?*", 10.

¹¹¹ Compréndase el iusnaturalismo panteísta, cristiano, racionalista, y deontológico.

¹¹² Federico de Castro y Bravo "Derecho Civil de España" (España: Instituto de Estudios Políticos, segunda edición, 1949) 411 y 412, citado por Enrique Alcalde Rodríguez, Los Principios Generales del Derecho: su función de garantía en el Derecho Público y Privado chileno, (Chile: ediciones universidad católica de chile, 2002), 60.

ve reconocido su valía, cualidades y sus propias condiciones,¹¹³ tales como la dignidad, integridad y la humanidad misma.

2.4.3 LA EQUIDAD COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO.

Hechas las acotaciones anteriores, crea las condiciones para analizar la equidad como principio general del derecho. In límine es necesario señalar que existen posturas tanto en el sentido de considerar a la equidad como parte de los principios generales del derecho, como las que le asignan una posición distinta.

Siguiendo la huella de esta segunda posición, se tiene que, la equidad es considerada como una justicia “ajustada” o singularizada, es decir, la justicia aplicada al caso en concreto; este tipo de justicia toma en cuenta todas las circunstancias y particularidades que el caso presente; de ahí que se tienda a sostener la idea de justicia como equidad¹¹⁴.

En ese sentido, la justicia del caso concreto no amortigua el rigor de la ley, sino más bien lo que hace es impedir que alguien sea rigurosa e injustamente tratado al aplicársele la misma, de manera general y demasiado estricta, cuando su caso cae fuera de lo genéricamente previsto en ella¹¹⁵

Desde esa óptica, se pueden realizar distingos entre los principios generales del derecho y la equidad, tales como los anunciados a continuación:

- Los primeros son objetivos, en cambio la equidad o justicia *es el sentimiento natural de justicia*¹¹⁶ por lo que se hace acompañar de subjetividad, emotividad e irracionalidad.
- Los principios son más abstractos que la equidad, ya que esta última cobra vida al momento que es aplicada al caso en específico.
- Mientras que los principios son una de las fuentes del Derecho, la equidad se instala como mecanismo o criterio de aplicación de dichas fuentes, por lo que, los principios tienen lugar al momento de creación de la norma y la equidad al momento de su aplicación; de modo que, los primeros están constituidos por una serie de *reglas integradas dentro de la propia normativa del ordenamiento jurídico, mientras que la equidad constituye un criterio o instrumento jurídico de corrección de las normas aplicadas –entre las que figuran las reglas que recogen los principios generales del Derecho*¹¹⁷

Por otro lado, la equidad es vista además como parte de los Principios Generales del Derecho, desempeñando las mismas funciones que a éstos corresponden; incluso en algunas

¹¹³ En similar sentido se expresa Enrique Alcalde Rodríguez en su obra Los Principios Generales del Derecho, 61.

¹¹⁴ La cual se encuentra plenamente expuesta en la obra de John Rawls denominada **La Justicia como Equidad: Una Reformulación.**

¹¹⁵ Hoyo Sierra, Principios del Derecho I, 23.

¹¹⁶ *Ibidem*, 19 citando a José Castán Tobeñas, La idea de equidad y su relación con otras ideas, morales y jurídicas afines, Discurso leído en la solemne apertura de los tribunales celebrada el 15 de septiembre de 1950, 23

¹¹⁷ Narciso Andrada Herrero, La equidad como elemento catalizador entre la norma jurídica y la justicia, tesis doctoral dirigida por José Iturmendi Morales, (España: Editorial de la Universidad Complutense, 1988), 163-164 y 189-190 citado por Hoyo Sierra, en su obra Principios del Derecho I, 19.

legislaciones ambos institutos se llegan considerar como sinónimos, cuando la ley se remite al espíritu general de la legislación y equidad natural.

Sobre esa misma línea, la equidad puede desempeñar un papel de interpretación ayudando al juez en la indagación del verdadero sentido de la norma jurídica (se trata de la equidad *secundum legem*). Esta forma de equidad presenta la dimensión hermenéutica de la misma. Supone una forma de razonamiento dialéctico en la que se parte de premisas verosímiles y necesarias desde donde se interpreta el caso. En segundo lugar, la equidad puede servir de criterio de aplicación del Derecho al margen del orden positivo (estamos ante la equidad *praeter legem*). Este tipo de equidad opera cuando no hay norma de Derecho que regule directamente una determinada relación ni cabe extraerla del sistema positivo por la vía de analogía o de sus principios informantes¹¹⁸. Estas funciones que la equidad desarrolla a nivel práctico, vienen dadas de las propias funciones que las categorías filosóficas denominadas “principios” poseen, los cuales son considerados como prescripciones jurídicas generalísimas, que además de servir para interpretar normas también pueden alcanzar proyección normativa tanto por obra del legislador como del juez¹¹⁹.

Siguiendo esta postura, debe anotarse que, de la misma forma en que los principios generales del Derecho son vistos como parte del Derecho natural o del positivismo, la equidad también es abordada desde ambas corrientes de pensamiento, siendo ello un elemento en común que viene a ratificar la tesis que, la equidad sea considerada parte de los principios generales del Derecho, correspondiendo aquella a los emanados del derecho natural, los cuales aún positivados no pierden propia naturaleza¹²⁰, de esa manera aunque la equidad muchas veces no se encuentre de manera expresa en la ley, sí lo está de manera implícita en forma de principio, el cual tiene como fin la consecución del valor: justicia.

Esta idea se logra obtener a partir de una percepción amplia y panorámica de la concepción de “Principios Generales del Derecho”, los cuales como se ha establecido supra comprenden tanto los legislados como los erigidos de la naturaleza humana, pero estos últimos siempre que revistan cualidades de objetividad, y racionalidad.

De ese modo, el concepto de equidad no estaría influenciado por sentimentalismo, subjetividad, e irracionalidad, sino se trataría de una equidad objetiva y racional, que sirve como medio para aplicar la ley tomando en consideración las particularidades que revisten al caso en concreto.

En términos similares se expresa Massini, cuando sostiene que la equidad no consiste en la consagración del arbitrio del juzgador, ni en la aceptación de un situacionismo al estilo existencialista, sino que se trata de atenerse a la medida que —en el caso planteado— resulta la única correcta. Ello tampoco se traduce en una búsqueda de la intención del legislador, de su verdadero pensamiento; lo que se pretende con ello es lograr la solución objetivamente justa del

¹¹⁸ Ruiz-Gallardón, “La Equidad: Una justicia más justa”, 184.

¹¹⁹ Humberto Morales, Primer Borrador Final Apuntes de Filosofía del Derecho, 112.

¹²⁰ En idéntico sentido se manifiesta Gordillo Cañas cuando sostiene que incorporados a la Constitución tales principios adquieren el más alto rango normativo al servicio de su función informadora del ordenamiento, pero no por ello quedan convertidos en Ley formal, del mismo modo que la versión escrita de la costumbre no priva a ésta de su peculiar carácter de norma consuetudinaria. También véase Enrique Alcalde Rodríguez, Los Principios Generales del Derecho, 154

caso, conforme a los dictados de la recta razón, que no es sino aquella que se encuentra conforme con la realidad.¹²¹

2.4.4. Principio de Equidad Intergeneracional

El principio de equidad intergeneracional es mayormente asimilado con la sostenibilidad ambiental, con lo cual se concibe la idea de igualdad de oportunidades para todas las generaciones¹²².

Las generaciones futuras tienen ciertos derechos que generan que las generaciones actuales se les impongan ciertas obligaciones.

Edith Brown Weiss (1989), estipula respecto al "principio fundamental de equidad intergeneracional" que cada generación debe dejar a su sucesor un planeta en al menos tan buenas condiciones como las que esa generación recibió¹²³.

Por lo que para asegurar lo justo a las futuras generaciones se debe considerar otorgarles el derecho a una capacidad no deteriorada que permita a las mismas mantener una gestión sostenible; consecuentemente se requiere de una distribución de derechos mucho más favorables para las generaciones sucesoras¹²⁴.

Por otra parte, el principio de equidad intergeneracional "consiste en el derecho al desarrollo que permita de manera equitativa satisfacer las necesidades de las generaciones presentes, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades"¹²⁵.

En otro orden de ideas, el principio de equidad intergeneracional es situado como un principio de derecho internacional, el cual cumple funciones como: a) constituirse en una fuente generadora de normas secundarias, y b) auxiliar la interpretación del propio derecho en casos concreto¹²⁶

¹²¹ Carlos Ignacio Massini Correas, "Política, Derecho y Equidad. Una Concepción Realista de la Política y del Derecho", (Chile: Editorial Jurídica de Chile), 65 y 66, citado por Alcalde Rodríguez, Los Principios Generales del Derecho, 186 y 187.

¹²² Ello también se puede ver en: Richard B. Howarth, "Sustainability as Opportunity." *Land Economics*, no. 4 (1997): 569-79, acceso el 12 de marzo de 2021.

https://www.jstor.org/stable/3147246?origin=crossref&seq=1#metadata_info_tab_contents

¹²³ "Future Generations, Ernest Partridge, University of California, Riverside", The only gadfly, acceso el 20 de mayo de 2021, <http://gadfly.igc.org/papers/futgens.htm>

¹²⁴ En similar sentido lo manifiesta Emilio Padilla Rosa en "Equidad Intergeneracional y sostenibilidad. Las generaciones futuras en la evaluación de políticas y proyectos", (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2001), 22-23. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/3986/epr1de2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹²⁵ Véase también César Nava Escudero, "Guía mínima para la enseñanza del derecho internacional ambiental en México", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 113, (2005): 827 y 828.

¹²⁶ En similar sentido se expresa Luis Gabriel Ferrer Ortega, en la parte de presentación de su obra: Los Derechos de las Futuras Generaciones desde la perspectiva del Derecho Internacional: El principio de Equidad Intergeneracional, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014), 24

2.5 VALORES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RELACIONADOS LA EQUIDAD INTERGENERACIONAL.

Con las distinciones hechas anteriormente sobre los términos de principios y valores, resulta ahora más cómodo tratar de identificar los valores y principios constitucionales que se relacionan con la equidad.

2.5.1 VALORES CONSTITUCIONALES Y EL PRINCIPIO DE EQUIDAD

Primeramente, como ya se ha establecido supra, los valores son fines que pertenecen al mundo axiológico, los cuales sirven de fundamento a todo sistema normativo. En el sistema salvadoreño, la Constitución de la Republica, en el artículo 1, tiene estampados los valores de justicia, *seguridad* y *jurídica, bien común*, y desde luego la *dignidad humana*.

En esa línea expositiva, uno de los valores con los que se relaciona el principio de equidad es el de seguridad jurídica, del cual valga decirse también es calificado como principio constitucional y derecho fundamental.¹²⁷ Este valor al igual que otros, tampoco resulta tan sencillo de determinar, sin embargo, se puede advertir que existen mayores posibilidades para develar su sentido.

Así, la seguridad jurídica define el status de certeza de los individuos en sus relaciones con el poder público, al cual pretende asegurar cierta estabilidad en su ejercicio. De esa manera, este valor fundamenta la construcción de las reglas del juego en el ordenamiento jurídico que hace posible la instauración de un Estado Constitucional de Derecho; a la vez, pretende asegurar que la posición subjetiva de los individuos no se vea alterada. Por lo que, en síntesis, la seguridad jurídica en cuanto valor constitucional, tiene como esencial propósito limitar el poder público y brindar certeza en las facultades fundamentales que a los sujetos de derecho corresponden¹²⁸.

Con lo antes relacionado, se puede aseverar que equidad intergeneracional tiene inescindible relación con la seguridad jurídica, en tanto que sirve para evitar que las futuras generaciones sean víctimas del exceso de poder que los vacíos e interminaciones de las leyes presentes, puedan contener; las cuales perfectamente pueden ser suplidas mediante la aplicación de principios como el de equidad. En ese sentido, la incerteza jurídica que se pudiese pronosticar para las generaciones sucesoras, se podría mitigar mediante la invocación del principio constitucional de equidad. De ese modo, se aseguraría que los derechos de las generaciones futuras, en principio, no sean aniquilados so pretexto de ser sujetos inexistentes; y, en segundo lugar, que tales facultades fundamentales sean efectivamente reconocidas por los diversos sectores de la sociedad.

Ahora, respecto al bien común, la Sala de lo Constitucional ha indicado que el mismo comprende el conjunto de las condiciones materiales y espirituales necesarias para que cada individuo pueda realizarse en el marco de un orden justo; así considerado, el bien común presenta las características de: *totalidad*, que significa que todos los individuos participan, contribuyen y

¹²⁷ Véase para ello: Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo, Referencia: 548-2009 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011)

¹²⁸ Ello también se extrae del desarrollo que la Sala de lo Constitucional, hace de la seguridad jurídica en su Sentencia de Amparo, con Referencia: 548-2009.

toman aparte del mismo; y, **proporcionalidad**, que ordena que, del bien común gozarán las personas de forma escalonada, de acuerdo a las condiciones, aptitudes y responsabilidades de cada individuo. Sobre esa ruta, en la medida que se alcanza el bien común en una sociedad determinada, se va obteniendo el bien propio de cada uno de los integrantes de la misma. En igual sentido, cada vez que se pretenda conseguir el bien propio se debe hacer con la finalidad de contribuir al bien colectivo¹²⁹.

Así las cosas, la equidad intergeneracional y el bien común encuentran su punto de conexión, cuando las generaciones futuras reciben iguales o mejores oportunidades que la anterior, sean estas económicas, sociales, ambientales, culturales, etc.; ya que ello posibilita que los nuevos individuos de una sociedad determinada, cuenten con las óptimas condiciones materiales y espirituales que les permitan desarrollarse y superarse dentro de un sistema justo; siendo necesario, para que ello sea posible, la participación del conjunto de individuos que forman parte de la generación presente, de acuerdo a sus posibilidades. De ese modo, las generaciones actuales al momento de buscar la consecución de sus propios fines, y dentro de ellos, el bien común, deben hacerlo teniendo en cuenta el bienestar colectivo de las generaciones sucesoras.

Por otro lado, en relación al que se podía denominar supra valor “justicia”, se identifica de inmediato que, en un sentido tradicional, es “dar a cada quien lo que le corresponde”. Sin embargo, tal afirmación no resulta del todo completa, ya que no se determina lo que en esencia ha de corresponder a cada cual. No obstante, ello, realizando aproximaciones sobre ello, se consigue apreciar la postura de Platón sobre el tema, al establecer que la justicia comprende igualdad ante la ley, así como justa distribución en todo, y, sobre todo.¹³⁰ Para Aristóteles, en cambio la idea de justicia se cimentaba en considerarla como un punto medio entre el exceso, el defecto y la virtud; saliendo a flote con ello, el principio de proporcionalidad. Asimismo, para Fernández Santillán dos criterios de justicia son: “*la justicia como apego a las normas jurídicas, o sea, lo justo legal; y la justicia como apego a la igualdad, es decir, equidad*”¹³¹

Ahora, Rawls, desde el lente político señala a través de dos principios la idea de justicia, así: **1.- cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos.** Según Nelson Cuchumbé Holguín, el primer principio hace referencia, por un lado, a determinados derechos y libertades. Y por otro, expresa la necesidad de un esquema de garantías constitucionales¹³²; **2.- las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: en primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades; y, en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (el**

¹²⁹ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 8-97Ac (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2001)

¹³⁰ José Francisco Lorca Navarrete, *Temas de Teoría y Filosofía del Derecho*, (Madrid: Pirámide, tercera edición, 1998), 332-333 citado por Humberto Morales, *Primer Borrador Final Apuntes de Filosofía del Derecho*, 112.

¹³¹ José Florencio Fernández Santillán, *Valores y principios de la justicia electoral* (México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2002), 17

¹³² Nelson Cuchumbé Holguín, “*JHON RAWLS: LA JUSTICIA COMO EQUIDAD*”, *Revista: Criterio Jurídico*, núm. 3, (2003): 7-33

*principio de diferencia.*¹³³ Con lo cual, en sostenéis se extrae que los principios que tiene como fin dar cumplimiento a la justicia son: igualdad, equidad, y diferenciación.

Así las cosas, la relación que existe entre el principio de equidad y el valor justicia, radica en principio, que el primero es una manifestación del segundo, es decir, que mediante la realización del principio de equidad se consigue que la justicia se materialice y adquiera vigencia, de ese modo, cada vez que se aplica la equidad a un caso en concreto, se puede afirmar que el mismo ha sido resuelto justamente. En otros términos, el principio de equidad se instituye en el camino, canal o medio para llegar a la justicia. En similar sentido, Romell Sandoval¹³⁴, refiriéndose a la dimensión axiológica de la Constitución salvadoreña, expresa que dentro de ella se ubican los principios y valores, siendo que, en los primeros, existen dos grupos diferenciados: generales y específicos, y respecto a estos últimos menciona que la equidad y la seguridad jurídica son criterios de aplicación de la justicia.

Por lo tanto, el principio de equidad intergeneracional relacionado con la justicia, implica dar a cada generación lo que le corresponde, es decir, de la misma forma que a las generaciones pasadas les fueron reconocidos derechos al momento de su nacimiento, en igual proporción les deben ser reconocidos a las generaciones futuras, e incluso en mejores condiciones, incluyéndose nuevas facultades jurídicas. Será en esa medida que al tener iguales o mejores oportunidades las generaciones futuras, éstas podrán encontrarse en condiciones justas que les permitan crecer y desarrollarse, y al mismo tiempo les posibilite crear aún mejores oportunidades para las generaciones subsiguientes.

2.5.2 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LA EQUIDAD INTERGENERACIONAL.

Para que la justicia intergeneracional se cumpla, el principio de equidad se hace acompañar de otros que también sirvan de medios para lograr que cada generación reciba iguales o mejores oportunidades de vida que la anterior. Por lo que, a continuación, se exponen algunos principios con los que la equidad se relaciona o complementa.

Principio de supremacía de la constitución

El principio de supremacía y fundamentalidad constitucional ubica a las normas constitucionales en un nivel superior del resto de normas jurídicas, a tal punto que ninguna otra especie de norma puede contar con la misma fuerza normativa que aquella. A través de este principio se consigue el control de constitucionalidad de las leyes, que trae aparejados efectos derogatorios¹³⁵ de todas las normas y actos de autoridad que contraríen el texto constitucional; asimismo permite la *vinculación de los poderes públicos a la constitución* y principalmente el encargado de aplicar de forma directa el Derecho: órgano judicial y la administración pública; y, por último, da lugar para que la interpretación conforme cobre vigencia. Sobre dicha supremacía cabe señalar que la misma pertenece a lo Constitución y no a los gobernantes, de ese modo es la

¹³³ John Rawls, ed. Erin Kelly, *La Justicia como Equidad: Una Reformulación*, (España: Paidós Estado y Sociedad, 2012), 73

¹³⁴ En la obra: Enrique Anaya Barraza et al, *Teoría de la Constitución, Estudios en Homenaje a José Albino Tinetti*, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2020)

¹³⁵ Véase *Teoría de la Constitución, Estudios en Homenaje a José Albino Tinetti*, 183.

constitución la que gobierna a las personas y no a la inversa,¹³⁶ aunque con ello no se desconozca que dicha prevalencia normativa es muestra de la soberanía del pueblo.

En ese sentido, la equidad intergeneracional se ve estrechamente relacionada con la supremacía constitucional en tanto que mediante esta última se logra que la constitución se superponga sobre el resto del ordenamiento jurídico, conllevando ello a que, el principio de equidad cuya misión es la realización de la justicia, como parte de la dimensión axiológica de la norma constitucional, se observe imperativamente tanto por los gobernantes como por los gobernados, generando a la vez que el resto del ordenamiento jurídico este en sintonía con el mismo, de lo contrario, dicha incompatibilidad se resolvería mediante el efecto anulatorio que recaería sobre la norma infractora o en el menor de los casos se saldaría mediante la interpretación conforme.

Principio de prevalencia del interés público sobre el privado

El interés general, a veces identificado con la idea de Bien Común, Prosperidad General o Utilidad Pública; es un término que no se reduce a una faceta económica o material, sino que recoge el mayor número de aspiraciones humanas. El interés supone tanto de reflexión como de cálculo sobre los mecanismos empleados para alcanzar las metas individuales y colectivas¹³⁷ dentro de una sociedad determinada.

Bajo una concepción utilitarista y liberal, el interés público resultaría de la sumatoria de los intereses individuales, mientras que, desde una visión voluntarista o rousseauiana, se concebiría como resultado de un convenio o contrato social, mediante el que, los intereses personales o privados ceden ante la ley y, por lo tanto, son ubicados en un segundo plano.

Es mediante el Derecho Público, conformado principalmente por sus ramas constitucional y administrativa, que se hace posible que la prevalencia del interés público sea garantizada, ya que se requiere de la actividad de los poderes públicos en la ejecución de ese objetivo.

Además, en nombre del interés general, el Estado se encuentra facultado para intervenir en las diversas actividades que tienen lugar dentro de la sociedad, actividades que en su mayoría de casos responden al interés privado. Lo cual trae como consecuencia que el aparato estatal cuente con las prerrogativas suficientes para restringir derechos y garantías individuales. De ahí que encontremos casos como los de expropiación, servidumbres, entre otros, que tienen como fin la satisfacción del interés colectivo. Ello también se logra consolidar, a partir de considerar que el ámbito privado no es terreno absolutamente independiente y cerrado, sino que el mismo es influenciado por el constitucionalismo, lo cual genera que los intereses privados sean replanteados y encaminados hacia la consecución de fines generales.

La prevalencia del interés público sobre el privado parte de considerar que aunque en determinadas circunstancias el interés particular y el interés público parezcan coincidir, no se puede inobservar que se trata en esencia de intereses contradictorios e incompatibles, como son también los intereses personales entre sí,¹³⁸ por lo que frente a esa fricción de intereses, resulta

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ Jaime Buenahora Febres Cordero, *La Prevalencia del Interés General: Clave para la convivencia y la construcción de democracia*, (Colombia: Editorial Ibáñez, 2019), 13

¹³⁸ Ibidem, 46

necesario que uno de ellos ceda ante el otro, de ahí que el interés público por los beneficios que representa se sobrepone ante el interés privado.

Este principio se encuentra su base en el Art. 246 de la Constitución salvadoreña, en el cual se estipula: "El interés público tiene primacía sobre el interés privado".

Con lo antes expuesto, el principio de equidad intergeneracional se constituye en un tema de interés público, ya que al brindarse igual o mejores de oportunidades a las generaciones futuras, se posibilita que los futuros habitantes estén dispuestos a colaborar en aras de hacer primar los objetivos, metas o proyectos de carácter colectivo. Así, la aludida equidad, a su vez, debe desarrollarse con el objeto de satisfacer los intereses generales, de conseguir el bienestar colectivo y mantener incólume el orden público.

2.6 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. -

2.6.1 La Carta de Naciones Unidas

La Carta de las Naciones Unidas o Carta de San Francisco, 26 de junio de 1945, es considerada como el primer texto normativo de rango internacional que sentó las bases para la construcción de la equidad intergeneracional. Mediante dicha carta la comunidad internacional, en el preámbulo estampó su deseo por preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra.¹³⁹ Es así como el Derecho Internacional Humanitario, con el objeto de salvaguardar la existencia de la humanidad misma y evitar los sufrimientos crueles e inhumanos consecuencia de los conflictos bélicos, cuyos efectos ya que habían sido vistos en la primera y segunda guerra mundial. Es así como, el mencionado instrumento internacional alcanza capital transcendencia a nivel global, al punto que en el mismo se reconoce la preeminencia que la comunidad internacional le otorga sobre otros tratados en caso de contradicciones. El Salvador, ratificó el tratado en el cual pasó a ser Estado miembro de la Carta de Naciones Unidas por medio de Decreto Legislativo N° 134, del 12 de julio de 1945.

Ferrer Ortega, con el propósito de revelar la intención que tuvieron los redactores del preámbulo de la Carta de San Francisco, expresa que para ello se debe tener en cuenta que la redactora Virginia Crosheron Gildersleeve, tomó como base la Constitución de los Estados Unidos de América, la cual en su preámbulo establece: "Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos, con el Fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, asegurar la tranquilidad interna, proveer la defensa común, promover el Bienestar general y garantizar para nosotros mismos *y para nuestros descendientes* los Beneficios de la Libertad, ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América".¹⁴⁰

De allí que, concluye que la expresión: "resueltas a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra" realmente no es indicativo de una regla sino más bien de una aspiración, ello atendiendo al objeto y fin de la creación del organismo internacional y su estructura

¹³⁹Ferrer Ortega, Los derechos de las futuras generaciones desde la perspectiva del derecho internacional, 155.

¹⁴⁰ En inglés "We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquillity, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America". El texto es tomado de *La Declaración de Independencia y la Constitución de los Estados Unidos de América*, (edición bilingüe, Washington, D. C., Cato Institute, 2003).

fundamental. De esa manera, tomando en consideración la Convención de Viena, con las reglas de interpretación de los tratados que la misma estipula, no se podría extraer de la referida expresión, una obligación legal para las naciones suscriptoras del mencionado instrumento internacional, sino como se ha indicado, se trata de una loable y humanitaria aspiración. No obstante, dicha Carta instituye, aunque en materia humanitaria, los cimientos del principio de justicia intergeneracional, lo cual también se justifica al observarse que una cantidad considerable de instrumentos jurídicos hacen referencia a esta.¹⁴¹

Como muestra de ello, la Declaración y Programa de Acción de Viena de fecha 25 de junio de 1993 aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, estableció en el punto número 11, lo siguiente: “el derecho al desarrollo debe realizarse de manera que satisfaga equitativamente las necesidades en materia de desarrollo y medio ambiente de las generaciones actuales y futuras”¹⁴²

2.6.2 El Estatuto de la Corte Penal Internacional

Otro de los instrumentos de capital importancia para la consolidación de la equidad intergeneracional, es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI o ICC-International Criminal Court), adoptado en la ciudad de Roma, Italia, el 17 de julio de 1998, durante la "Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional." El Estatuto entro en vigencia el 1 de julio de 2002 para 108 países, y señala en su preámbulo:

*“Decididos, a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”*¹⁴³.

Ferrer Ortega, expresa que de lo citado, la CPI puede verse en dos sentidos: **primero**, como una herramienta para el presente y como un “legado” en interés de las futuras generaciones, y en desde otro punto de vista, al ser institucionalizado como un tribunal con miras a ser permanente, pretende que su *jurisdicción se lleve a cabo para actos actuales y futuros ad infinitum*.¹⁴⁴ Y aunque dicha Corte tienen limitada su competencia al conocimiento de determinados delitos (crímenes de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión), ello no le resta la inminente función preventiva y restaurativa que le es propia a toda norma de carácter punitiva; consignándose así el referido Estatuto en un mecanismo tendiente a velar porque las generaciones actuales y futuras no sean duramente afectadas por los devastadores eventos tipificados en la referida normativa, ello partiendo de la experiencia recogida de la primera y segunda guerra mundial.

¹⁴¹ En similares términos : Ferrer Ortega, Los derechos de las futuras generaciones desde la perspectiva del derecho internacional, 161

¹⁴² Declaración y Programa de Acción de Viena, (Austria: Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993) punto 11

¹⁴³ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, (Italia: Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998), preámbulo.

¹⁴⁴ Ferrer Ortega, Los derechos de las futuras generaciones desde la perspectiva del derecho internacional, 170

Sobre lo regulado en los crímenes de guerra se extrae que, dentro de los bienes tutelados para las futuras generaciones, se encuentran: el medio ambiente y los edificios, entre los cuales podría haber sitios considerados patrimonio común de la Humanidad,¹⁴⁵ es decir, a parte de la salvaguardarse la existencia de la humanidad también se pretende proteger los medios y condiciones en los cuales los seres humanos puedan desarrollarse.

Por otra parte, existen propuestas por incluir en el Estatuto delitos específicos contra las futuras generaciones. Tal acontece con la iniciativa presentada en 2009 por parte de World Future Council (WFC) o Consejo Mundial del Futuro (en español), entre cuyos miembros figuran el juez Christopher Weeramantry y Marie-Claire Cordonier Segger; en dicha iniciativa se abordan temas como: “Crímenes en contra de las Futuras Generaciones; “Actos que causen daños duraderos, severos y amplios al ambiente natural y a la salud de las poblaciones humanas o amenacen destruir ecosistemas enteros y especies vivientes”.¹⁴⁶

Luego, el WFC y el Centre for International Sustainable Development Law (CISDL) encomendaron la labor de desarrollar un documento legal sobre el tema, el cual luego trataría definir los delitos contra las futuras generaciones como aquellos “Actos o amenazas de actos en el presente que pueden causar un grave daño generalizado y a largo plazo a la salud, la seguridad o la supervivencia de las generaciones futuras”¹⁴⁷; de esa manera, además se buscaría potenciar el ámbito correspondiente al Derecho internacional humanitario.

Sin lugar a dudas, dicha proposición, aunque plausible no deja de crear incertidumbre en cuanto a determinar los supuestos en los cuales tendría lugar. Sin embargo, se considera que algunos presupuestos que podrían ser constitutivos de delitos contra las futuras generaciones serían: perforaciones en el Ártico, destrucción del patrimonio cultural, negar la educación a las niñas, pescar con red de arrastre, quemas de gas, y derrames petroleros desatendidos¹⁴⁸

2.6.3 Convención Internacional para la Regulación de la Caza de las Ballenas

En la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de las Ballenas¹⁴⁹ firmada en Washington, el 2 de diciembre de 1946 y vigente desde el 10 de diciembre de 1948, volvería a mencionarse a las futuras generaciones, ello se logra apreciar en el preámbulo, cuando se establece: “Reconociendo el interés de las naciones del mundo en salvaguardar para las *generaciones futuras* los grandes recursos naturales que representa la especie ballenera; (...)”¹⁵⁰ Mediante dicha convención se creó la Comisión Ballenera Internacional, con la finalidad de regular la caza y el comercio de cetáceos.

El referido Convenio incluye un anexo jurídicamente vinculante, en tanto que se establecen las especies protegidas y no protegidas, las aguas abiertas y las vedadas, incluidas las zonas de

¹⁴⁵ *Ibidem*, 171

¹⁴⁶ *Ibidem*, 172 y 173

¹⁴⁷ World Future Council, “Crimes against Future Generations”, acceso: 16 de marzo de 2021, <https://www.worldfuturecouncil.org/crimes-against-future-generations/#toggle-id-7>

¹⁴⁸ *Ibidem*, refiriéndose a los delitos contra las futuras generaciones.

¹⁴⁹ Convención Internacional para la Regulación de la Caza de las Ballenas, (Estados Unidos de América: Gobiernos Contratantes, 1946), preámbulo.

¹⁵⁰ *Ibidem*, 180

asilo y refugio conocidas como «santuarios», y fija límites de captura para la pesca comercial y de subsistencia de la ballena. El Convenio también regula la captura de ballenas con fines de investigación científica¹⁵¹

2.6.4 La Declaración Universal sobre la Bioética y los Derechos Humanos

Este cuerpo normativo, suscrito en Francia en el año de 2005, en el marco de la trigésimo tercera Sesión de la Conferencia General de la UNESCO, presenta interesantes notas en relación a las futuras generaciones, así en el Artículo 2 literal g), referente a los objetivos que persigue dicha Declaración se establece: g) *salvaguardar y promover los intereses de las generaciones presentes y venideras*; de igual manera en el Artículo 16, se estipula: *Se deberían tener debidamente en cuenta las repercusiones de las ciencias de la vida en las generaciones futuras, en particular en su constitución genética.*

Con ello, se pretende conservar la composición biológica de los seres humanos que son descendencia de las generaciones pasadas, con lo cual le estaría conservando la diversidad de etnias y raíces culturales.

Por su parte, la comunidad europea, celebró en el año de 1997 el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, también conocido como Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o Convenio de Oviedo, ello con el propósito de evitar que los avances de la ciencia y la tecnología dañen la dignidad humana y los derechos fundamentales, propios de los seres humanos. Y en vista que dicha norma es con efectos hacia el futuro, resguarda a los habitantes del presente y del mañana.

2.6.5 Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural

Fue en la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su decimoséptima reunión celebrada en París del 17 de octubre al 21 de noviembre de 1972, cuando se aprobó la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, que literalmente señala en su artículo 4: *Cada uno de los Estados Partes en la presente Convención reconoce que la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio, le incumbe primordialmente. Procurará actuar con ese objeto por su propio esfuerzo y hasta el máximo de los recursos de que disponga, y llegado el caso, mediante la asistencia y la cooperación internacionales de que se pueda beneficiar, sobre todo en los aspectos financiero, artístico, científico y técnico.*¹⁵²

¹⁵¹ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de DECISIÓN DEL CONSEJO sobre la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en las tres próximas reuniones de la Comisión Ballenera Internacional y en las reuniones y acciones en el periodo entre sesiones, n. 463 (2017), 2, acceso 28 de marzo de 202, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-463-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

¹⁵² “Article 4o: Each State Party to this Convention recognizes that the duty of ensuring the identification, protection, conservation, presentation and transmission to future generations of the cultural and natural heritage referred to in Articles 1 and 2 and situated on its territory, belongs primarily to that State. It will do all it can to this end, to the utmost of its own resources and, where appropriate, with any international assistance and co-operation, in particular,

Sin embargo, se debe mencionar que las marcadas diferencias económicas entre los países desarrollados y subdesarrollados provocó que el patrimonio cultural se ubicase en un círculo riesgoso, ya que la falta de recursos económicos, científicos y técnicos de los países con menores posibilidades de respuesta, ponía y sigue poniendo en riesgo la afectación de aquellos bienes herencia de las generaciones pasadas y hacia las generaciones futuras.

Acá es oportuno decir que, mediante esta Convención sí se estipuló una verdadera obligación para los Estados parte de cara a las futuras generaciones, como muestra de la extensión del principio *abusus non est usus sed corruptela* en el tiempo; lo cual puso el punto de diferencia con lo establecido en la Carta de la ONU, en donde se contempla una mera aspiración. Y aunque pareciese demasiado abstracto también se podría hacer referencia a la obligación que las generaciones presentes tienen frente a los derechos de las generaciones sucesoras.

2.6.6 Recomendación sobre la Protección en el Ámbito Nacional del Patrimonio Cultural y Natural de la UNESCO¹⁵³

Aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 21 de noviembre de 1972, La Recomendación en complemento de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, igualmente contiene menciones relativas a la equidad intergeneracional, pues inicia por sus considerandos estableciendo: “que todos los países en cuyo territorio estén situados bienes del patrimonio cultural y natural tienen la obligación de proteger esa parte del patrimonio de la humanidad y velar por que se transmita a las generaciones futuras”, con ello se reafirma una vez más el compromiso por las generaciones actuales en cuanto a proteger los bienes que serán heredados a las futuras generaciones, con el fin de que éstas cuenten con la misma o superior riqueza natural y cultural que sus antecesores usufructuaron.

Más adelante, el director general de la UNESCO con el objeto de regular la protección de los monumentos y lugares de interés universal, presentó un estudio con ese mismo propósito ante el Consejo Ejecutivo, estableciéndose respecto a dichos bienes que “cada ataque a ellos, cada destrucción de carácter irreversible, comprometen seriamente la transmisión de esta herencia a las generaciones futuras”,¹⁵⁴ de ese modo, se pretende que los bienes patrimonio de la humanidad se mantengan de forma indefinida con acceso a todas las personas presentes y futuras.

2.6.7 Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático

La Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, adoptada el día 8 de noviembre de 2001, entiende por patrimonio cultural subacuático “todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años

financiamiento, artístico, científico y técnico, que puede ser capaz de obtener”. Citado por Ferrer Ortega, Los derechos de las futuras generaciones desde la perspectiva del derecho internacional, 182.

¹⁵³ Recomendación sobre la Protección en el Ámbito Nacional del Patrimonio Cultural y Natural de la UNESCO, (Francia: Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en la decimoséptima reunión, 1972).

¹⁵⁴ En inglés: “Every attack on them, every demolition of an irreversible character, seriously compromises the handing down of that heritage to future generations”. *Possible international instrument for the protection of monuments and sites of universal value*, (84 EX/14, UNESCO, 1970, Anexo, p. 2.) citado por Ferrer Ortega, Los derechos de las futuras generaciones desde la perspectiva del derecho internacional, 187.

(...)”¹⁵⁵, lo que aunado a lo dispuesto en el artículo 2.6 del mismo instrumento, que expresa: “El patrimonio cultural subacuático recuperado se depositará, guardará y gestionará de tal forma que se asegure su *preservación a largo plazo*”; se tiene como resultado que, por medio de dicha normativa se busca conservar y proteger el patrimonio subacuático perteneciente a la humanidad, a fin de que las generaciones futuras puedan hacer uso del mismo y de igual modo cumplan con la obligación de resguardo que permita seguir transmitiendo tales bienes de generación en generación.

2.6.8 Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial.

Con el propósito de no solo resguardar los bienes materiales, el día 17 de octubre del año 2003 se crea la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, con el fin de salvaguardar “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural”¹⁵⁶. A guisa de ejemplo este tipo de patrimonio encontramos: las lenguas, idiomas, símbolos, tradicionales y costumbres de las comunidades, grupos e individuos alrededor del mundo.

Se trata de un patrimonio que se transmite de generación en generación, y que es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana; así lo establece el citado instrumento internacional en su artículo 2. Sin embargo, se debe hacer la aclaración que dicho acervo cultural para ser considerado como tal debe estar en sintonía con el respeto a los derechos humanos, de forma que, por ejemplo, no serán admisibles aquellos tipos de tradiciones que atenten contra la integridad o libertad de las personas y particularmente de las mujeres, como sucede en algunas regiones del mundo.

Con ello, también se pretende que el patrimonio cultural sea transmitido de generación en generación y más cuando a través de ese medio, las generaciones futuras podrán conocer sus orígenes y su propia historia, lo cual además permitirá que los pueblos presentes y futuros no pierdan su sello de autenticidad.

2.6.9 Convención relativa a la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales.

Bajo la misma luz, el día 20 de octubre del 2005, se creó la Convención en comento contiene dentro de sus principios rectores, el de desarrollo sustentable, del cual se predica: “*La diversidad cultural es una gran riqueza para las personas y las sociedades. La protección, la promoción y el mantenimiento de la diversidad cultural son una condición esencial para un*

¹⁵⁵ Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático (Francia: Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su trigésima primera reunión, 2019), artículo 1.

¹⁵⁶ Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, (Francia: Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su trigésima segunda reunión, 2003), artículo 2.

*desarrollo sostenible en beneficio de las generaciones actuales y futuras;*¹⁵⁷ el cual, en conjunto del principio de acceso equitativo, contemplado en el mismo artículo 2, hace pensar que innegablemente la equidad intergeneracional hace acto de presencia.

2.6.10 La Declaración de Estocolmo

La Declaración de Estocolmo o Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano fue creada en el año de 1972, mediante la cual se establece en el principio 1: *“El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”*

Según Ferrer Ortega¹⁵⁸, en este principio dibujado con un claro tinte político por una comunidad internacional que debidamente aislaba al gobierno de Sudáfrica, se retoma en términos muy claros la voz de la equidad intergeneracional al afirmar la responsabilidad de la sociedad presente por conservar, ni más ni menos, el medio humano para las futuras generaciones. Esto mismo se expresa en principio 2 del mismo cuerpo normativo cuando se determina:

*Los recursos naturales de la tierra, incluidos, el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.*¹⁵⁹

En la Declaración de Estocolmo se encontraría un primer esfuerzo por armonizar dos conceptos que en principio parecerían contradictorios e incompatibles, como lo son: el desarrollo y la conservación de la naturaleza; y más cuando se podría llegar a pensar que el primero es depredador del segundo. No obstante, ello, se puede ambos términos pueden encontrar un punto de equilibrio que fije límites al desarrollo a fin de no destruirse por completo la flora y la fauna con la que cuenta el planeta tierra.

Por otro lado, Ferrer Ortega, menciona que se cree que una teoría de justicia no estaría completa sin la forzosa existencia del binomio *justicia intergeneracional* y *justicia intrageneracional*; por tanto, el reconocimiento de los problemas que podrían ubicarse dentro del terreno intrageneracional, reconocido como justicia entre la misma generación, es ineludible para el logro de una mayor equidad para los futuros pobladores. Y señala algunos ejemplos de los que en la actualidad se podrían catalogar como muestras de inequidad, como el largo margen que existe entre países ricos y pobres, la desigualdad de géneros, acceso a la salud, educación, ciencia, tecnología y tantos otros retos presentes que podrían marginar a las generaciones por venir de un goce completo de beneficios reales.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Convención relativa a la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, (Francia: Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su trigésima tercera reunión, 2005), artículo 2.

¹⁵⁸ En su obra: Los derechos de las futuras generaciones desde la perspectiva del derecho internacional.

¹⁵⁹ Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, (Suecia: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, 1972), principio 2.

¹⁶⁰ *Ibidem*, 198.

2.6.11 Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹⁶¹

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo se adoptó en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, llevada a cabo en Río de Janeiro en junio de 1992; comienza indicando en el Principio 1, que son los seres humanos quienes constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible, tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza; con ello, se sugiere que todas las actividades realizadas dentro del marco del desarrollo sostenible se deben hacer con estricta observancia de las condiciones y circunstancias que rodean a los seres humanos, ya que estos están al centro de todo ese proceder.

Por otra parte, el Principio 3, resulta ser de notable importancia, en tanto que indica: “*El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras,*”¹⁶² es decir, que se realice con la condición de no limitar las oportunidades que sobre los recursos puedan tener las generaciones actuales y venideras.

2.6.12 Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono.

El Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono¹⁶³, la Conferencia se reunió en el Centro Internacional de Viena (Viena), con el apoyo del Gobierno de la República de Australia, del 18 al 22 de marzo de 1985. Ratificado por El Salvador el día 26 de noviembre de 1982. Dicho Convenio tiene como propósito en primer lugar, promover la cooperación a través de observaciones sistemáticas, investigaciones e intercambio de información sobre el impacto de las actividades humanas en la capa de ozono; y, en segundo lugar, adoptar medidas legislativas o administrativas en contra de actividades que puedan producir efectos adversos en la capa de ozono.

Se considera que este Convenio viene a desarrollar lo que en el principio 3 de la Declaración del Río y los principios 1 y 2 de la Declaración de Estocolmo, se determina, es decir, viene a desarrollar y potenciar el principio de equidad intergeneracional¹⁶⁴.

2.6.13 Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras

El instrumento internacional que impone de forma específica y determinante obligaciones a las generaciones actuales de cara a las futuras, es la Declaración sobre las Responsabilidades de

¹⁶¹ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, (Brasil: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992).

¹⁶² *Ibidem*, principio 3.

¹⁶³ Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, (Austria: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 1985).

¹⁶⁴ En similar termino se manifiesta: Ferrer Ortega, Los derechos de las futuras generaciones desde la perspectiva del derecho internacional, 213

las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras¹⁶⁵, la cual fue celebrada en París el 12 de noviembre de 1997. Dentro de sus considerandos, retoma justamente la Carta de las Naciones Unidas, en lo relativo a “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra”. Además, se expresa la preocupación por la suerte que las generaciones futuras pueden tener ante los desafíos vitales que plantea el próximo milenio; al mismo tiempo que se reconoce que en la etapa actual de la historia corren peligro la existencia misma de la humanidad y su medio ambiente; y, de manera clara **afirma** que existe la necesidad de establecer *nuevos vínculos equitativos* y **globales de colaboración y solidaridad entre las generaciones** y de promover la *solidaridad intrageneracional* con miras a la perpetuación de la humanidad¹⁶⁶.

Desde el artículo 1¹⁶⁷ se impone la responsabilidad que las generaciones actuales tienen de garantizar a las generaciones presentes y futuras, la plena salvaguardia de sus necesidades e intereses. Luego, en el artículo 10 indica que las generaciones actuales deben de legar a las futuras las condiciones para un *desarrollo socioeconómico equitativo, sostenible y universal*, tanto individual como colectivo, en particular, mediante una utilización justa y prudente de los recursos disponibles a fin de luchar contra la pobreza.

De este instrumento cabe destacar que sus ejes principales son: en principio, la protección y conservación de la humanidad misma, y ello principalmente mediante la evasión de los flagelos de la guerra, y los experimentos impulsados de la biomedicina; en un segundo estadio, se posiciona la protección del medio ambiente, el cual las futuras han de recibir para desarrollarse y convivir; y, en tercer lugar, se encuentra la preservación del patrimonio cultural y el patrimonio común de la humanidad.

Sin lugar a duda, dicha Declaración se constituye en el principal baluarte de la equidad intergeneracional, ya que con aquella se busca que haya un sistema de cargas y derechos para las generaciones actuales y futuras, de modo que, cada generación cuente con las condiciones y oportunidades para poder desarrollarse dignamente, sin experimentar discriminaciones y sin asumir las consecuencias de las inadecuadas decisiones de las generaciones pasadas.

¹⁶⁵Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras (Francia: Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su vigésimo novena reunión, 1997)

¹⁶⁶ Ibídem, preámbulo.

¹⁶⁷ Véase Carta de las Naciones Unidas.

https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/carta_nu.pdf

CAPÍTULO III.

CLÁUSULAS ABUSIVAS Y ABUSO DEL DERECHO EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMIDOR.

3.1. CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMIDOR

3.1.1 Crédito y consumo.

Previo a entrar al terreno propiamente de los contratos de crédito al consumidor es merced conocer la conjugación que de manera general existe entre el crédito y el consumo. Para ello, debe decirse que ambos conceptos juegan en la misma cancha, tan así que como diría Georgina Álvarez son el anverso y reverso de la misma medalla.¹⁶⁸ Es así como el crédito y el consumo son elementos trascendentales dentro de la actividad económica y más propiamente en el área comercial, en donde la contratación masiva es una de las huellas que la identifican.

Debido que el consumo es uno de los fenómenos que en los últimos años ha ido en aumento, su existencia hace posible que las economías de las sociedades se mantenga en constante actividad, sin embargo, para que eso sea posible se ha tenido que recurrir al crédito, de modo que, al identificarse una sociedad consumista, no resulta extraño encontrar una economía flotando a base de crédito y no al contado, y por tanto, no sería ajeno cuando se hace referencia a un consumidor, que éste lo sea a crédito.

De lo antes expuesto se podría afirmar que, es el consumo lo que, en gran medida da vida al crédito y este último a su vez, es el que en similar proporción permite la financiación del primero. De esa manera, existe una relación de interconexión entre ambos fenómenos, y que además se complementan de forma necesaria.

Asimismo, dentro de las interacciones que existen entre los elementos en comento, se posiciona la de la facilitar la adquisición de los bienes y servicios¹⁶⁹ o lo que es lo mismo: el crédito dinamiza la economía, es decir, permite que el consumo se materialice de forma inmediata.

Además de la financiación que el crédito ofrece al consumo, también es importante identificar que parte de los fondos dados en concepto de capital disponible para su utilización, son destinados para los sectores productivos de la sociedad, es decir, para los productores y proveedores que tienen como objeto el ofrecimiento de los productos y servicios al público. De esa manera, es fácil advertir que el crédito está diseñado tanto para los productores como consumidores, lo cual permite que la oferta y la demanda se desarrollen a gran escala desde las micro hasta las macroeconomías.

Por último, vale la pena señalar que el crédito al ser un servicio prestado principalmente por entidades financieras también constituye una forma de consumo, en tanto que son numerosos los individuos que hacen uso de tal medio para el financiamiento de sus proyectos o planes, sea en

¹⁶⁸ Georgina Ivón Álvarez Martínez, “Los grupos de contratos en el crédito al consumo”, (Tesis doctoral, Universidad da Coruña, 2008), 30

¹⁶⁹ Carlo Merlani, *II Credito Mercantile* (Milano, Giuffrè, 1956) citado por Georgina Ivón Álvarez Martínez, *Los grupos de contratos en el crédito al consumo*, 31-32

calidad de productores o consumidores, quienes en ese momento pasan a ser propiamente consumidores de las instituciones otorgantes de crédito.

3.1.2 ¿Qué es el crédito?

El término crédito recibe diversas connotaciones dependiendo de la ubicación que en el campo de las ciencias jurídicas tenga. Desde la óptica de la Teoría General de las Obligaciones, el crédito es asimilado con la titularidad de un derecho subjetivo (derecho de crédito), suficiente para exigir el cumplimiento de la obligación debida.

Por otro lado, cuando se efectúan ventas a plazo es común escuchar que se está en presencia de ventas al crédito, por lo que, especial consideración merece el significado que del concepto acá se hace. Al emplearlo de esa manera se está haciendo referencia a la **concesión de crédito** lo cual recibe diversos sentidos. Para algunos se trata de la confianza¹⁷⁰ que se deposita en el obligado, en cuanto a que pague la deuda adquirida, de manera que, al no conseguirse tal confianza, dicho sujeto no es digno o merecedor de crédito. Y es que, debe señalarse que desde el acento etimológico la palabra “crédito” del latín *creditum, credere*, significa creer o confiar

Bajo esa misma perspectiva es que nacieron los créditos personales en donde los préstamos regularmente eran realizados entre las personas más cercanas. Para otros autores,¹⁷¹ la confianza no se concibe como un elemento esencial del crédito, ya que modernamente la expectativa de que el obligado cumplirá con su promesa no solo se consigue en la confianza que en la persona misma se tenga sino que ello también se logra a través de las diversas garantías reales y personales que al efecto la ley franquea, es decir, el otorgamiento del crédito responde más bien a valores económicos (elemento objetivo) que a condiciones personales del deudor (elemento subjetivo).

Bajo otro esquema, el crédito es analizado desde un aspecto meramente económico, que importa el uso, goce, o disfrute temporal de un capital ajeno, con la obligación de restituirlo después de la terminación del derecho de utilización,¹⁷² es decir, existe un préstamo de cosas fungibles que luego deben ser restituidas en la misma proporción y adicionalmente abonándose los intereses que se hayan pactado.

El crédito o préstamo mercantil también es identificado como crédito bancario, aunque el término no resulte muy atinado, en tanto que, no solo los Bancos en cumplimiento de la función intermediadora que les es concedida, son los únicos que ponen a disposición del público determinados fondos, sino que además de ellos existen otras instituciones como las cooperativas de ahorro y crédito, las cajas de crédito, entre otros agentes financieros, que también efectúan ese tipo de operaciones.

Esa idea de crédito dinerario es la que se emplea en el sector financiero, en donde también se identifica como el instrumento financiero, mediante el cual, una entidad crediticia, concede al cliente la disposición de ciertas cantidades de dinero en un plazo determinado. Eso mismo es lo

¹⁷⁰ En similar sentido se expresa: Álvarez Martínez, Los grupos de contratos en el crédito al consumo, 37

¹⁷¹ Ibidem, 38 y 39.

¹⁷² Albrecht Forstmann, Dinero y Crédito, trad. Adolfo Ritter-Zahony, (Buenos Aires, Ed. El Ateneo, 1960) citado por Álvarez Martínez, Los grupos de contratos en el crédito al consumo, 41

que diferencia al crédito del préstamo o mutuo, ya que en el primero solo se han de pagar intereses por el monto dispuesto y no por un monto total o límite máximo.

Cabe mencionar que la entrega de dinero que se hace en ese concepto, implica la transferencia del dominio del mismo, ya que el adquirente puede disponerlo en diversas formas sin la obligación de conservarlo ni mucho menos devolver exactamente las mismas cosas recibidas, sino que la exigencia radica en entregar otros tantos de la misma especie y calidad. En ese mismo sentido, se ha indicado que el crédito supone el intercambio de un bien presente por un bien futuro¹⁷³. Asimismo, se entiende como crédito el documento con el cual se justifica o demuestra la existencia del derecho del acreedor.

Es importante apuntar que, visto el crédito desde la posición del acreedor, es decir, desde las entidades financieras autorizadas para efectuar préstamos de dinero, dado que, para las mismas, tales operaciones son de naturaleza activa, es decir, son derechos (cosas incorporales) que pueden ser exigibles bajo determinadas condiciones, bien pueden disponer de éstos de la forma que les resulte más conveniente, pudiendo cederlos, negociarlos e incluso no exigirlos. Con lo cual se puede advertir que los créditos pueden ser transferirles por sus acreedores con las formalidades que les indique la ley, así por ejemplo se pueden ceder créditos entre entidades financieras (como los Bancos), ya sea de forma individual o de forma conjunta a través de las denominadas carteras de crédito, lo cual es diferente de las carteras de clientes.

3.1.3 Los contratos de créditos son contratos de adhesión.

Los contratos de adhesión surgen como excepción a la regla general de la concurrencia de las voluntades de las partes. La modalidad de estos contratos nace en virtud de las exigencias de la prestación de servicios en masa, por ello surge la necesidad de pre elaborar un modelo de contrato y así someterlo a conocimiento de sus potenciales clientes. Según lo establecido por el pleno de la Corte Suprema de Justicia salvadoreña, los contratos de adhesión *son aquellos en el que una de las partes se somete a todas las estipulaciones previamente redactadas por la otra. No hay margen de diálogo para modificar alguna de las cláusulas impuestas por una de las partes. De ahí, que su naturaleza sea diferente a la de otros contratos, en los que pueden negociarse los términos del mismo.*¹⁷⁴Dicha Corte, además, sobre este tipo de contrato ha indicado que es de las características siguientes: a) ausencia de discusión sobre las cláusulas del contrato; b) redacción anticipada y unilateral; y c) la supremacía o privilegio de una de las partes que lo hace.

Los contratos de adhesión al igual que el resto de contratos deben cumplir con los requisitos de existencia y validez que les son inherentes. Vale la pena apuntar que respecto del *consentimiento libre de vicios*, es un tema que merece especial consideración, en tanto que, cuando la parte adherente decide suscribir este tipo de negocios jurídicos, ordinariamente lo hace sin conocer a cabalidad las facultades que está concediendo a la otra parte contratante, las restricciones que en sus derechos se están fraguando, así como las obligaciones desequilibradas que se le están imponiendo, lo que hace pensar que el consentimiento con el que concurre a obligarse no es del todo pleno ni mucho exento de cualquier vicio.

¹⁷³ Ibidem, 41.

¹⁷⁴ Corte Suprema de Justicia en Pleno, Auto que resuelve el Incidente de competencia negativa, Referencia: 77-D-2012, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012).

La ley de Protección al Consumidor de El Salvador, en su artículo 22, respecto a los contratos de adhesión establece: *deberán ser escritos en términos claros, en idioma castellano, impresos con caracteres legibles a simple vista y en ningún caso podrán contener remisiones a textos o documentos que no se entregan al consumidor, previa o simultáneamente a la celebración del contrato [...]*¹⁷⁵. Lo anterior, debido a que los contratos de crédito son otorgados por instituciones financieras, como parte de las actividades que constituyen su giro ordinario, las mismas son efectuadas de forma masiva hacia un número indeterminado de usuarios, por lo que éstos últimos solo tienen la posibilidad de adherirse a los modelos de contratación que la institución financiera les ofrece, sin mayores márgenes de negociación que les permita modificar los términos del contrato.

3.1.4 Elementos ordinarios de los contratos de crédito.

Dentro de los componentes (esenciales y accidentales) que ordinariamente dan existencia a los contratos de préstamos de dinero, se observan:

a) **Monto**, el cual puede ser fijo o variable, dependiendo del tipo de contrato que se celebre, como en los créditos rotativos y decrecientes no revolventes. Este elemento se constituye en el objeto central del negocio efectuado;

b) **Vencimiento o plazo**, se refiere al tiempo en el cual se deberá restituirse el capital prestado junto a los intereses legales, convencionales y/o moratorios acordados;

c) **Condiciones de pago**, también es necesario establecer las circunstancias en las cuales se ha de efectuar el reintegro del dinero prestado;

d) **Intereses** o comisiones, son los réditos que se obtienen de prestar dinero a terceros, es decir, se traduce en la ganancia o beneficio que consiguen las instituciones financieras sobre el capital dado en calidad de préstamo;

e) **Garantías**, son las formas de aseguramiento de la obligación principal, pueden o no estar presentes en los contratos de crédito; y, éstas pueden ser reales, personales o mobiliarias.

3.1.5 Clasificación del crédito.

Los créditos u operaciones crediticias se clasifican ordinariamente conforme a tres criterios, a saber:

a) **Por su destino:**

Mediante este criterio se puntualiza que el crédito puede ser destinado a la producción o al consumo. El primero de ellos, a efecto de ser puesto a disposición de los sectores productivos de la sociedad, es decir, se entrega a los empresarios, sean pequeños o grandes, capital de trabajo con el objeto que sea invertido en maquinaria y equipo, que permita la producción de bienes y servicios. Dentro de esta misma especie de crédito se pueden hacer subclasificaciones, así: crédito a la producción en la agricultura, la pesca, el comercio, la industria, el transporte, la construcción,

¹⁷⁵ Ley de Protección al Consumidor, (Asamblea Legislativa de El Salvador), 2005.

etc.¹⁷⁶ Por su parte, los créditos al consumo son aquellos que son otorgados a los individuos para adquirir bienes¹⁷⁷. Igualmente se pueden subdividir en: de consumo inmediato y de consumo duradero.

b) Por las garantías

Con el otorgamiento del crédito se identifica por la garantía que asegure el cumplimiento del mismo, así se encuentran los créditos reales¹⁷⁸, para lo cual se constituye gravamen sobre determinados bienes propiedad del deudor o de aquellos que espera obtener, como en el caso de la compraventa a plazos; asimismo, con mayor cobertura tiene lugar las garantías mobiliarias que maximizan las posibilidades de aseguramiento de deudas. Del otro extremo, se posicionan los créditos personales, asegurados con el acervo patrimonial del prestatario sin afectarse bienes en específico, o la fianza prestada por terceras personas.

c) Por su duración

El aspecto temporal también incide en la manifestación del crédito, ya que algunos pueden ser a corto, mediano y largo plazo¹⁷⁹. Su especial atención reside en la función económica que cada una de éstos cumple. Así, el crédito a corto plazo (menos de un año) lo que pretende es incrementar el capital circulante o de trabajo de las empresas¹⁸⁰, para que éstas puedan saldar los compromisos inmediatos y regulares que les corresponda dentro sus actividades ordinarias, tales como el pago de salarios, impuestos, la adquisición de materias primas, gastos de administración, entre otros pasivos.

En cuanto a los créditos a mediano plazo son destinados a los sectores productivos con el fin de financiar sus proyectos, procesos de producción¹⁸¹ o comercialización de productos y servicios disponibles al público, cuyo plazo supera el año.

Finalmente, respecto a los créditos a largo plazo permiten a las empresas hacer grandes inversiones, así como la adquisición de activos fijos, entre otros. El nivel de liquidez se debe diagnosticar con largo alcance para evitar obstáculos en el camino. Estos créditos son los de máxima duración y por ello, deben analizarse detenidamente los costos que representan.

3.1.6 Tipos de Contratos de Crédito.

Sin el ánimo de ser exhaustivos sobre las diferentes modalidades que toma el crédito, se enunciarán los que son de mayor relevancia y utilidad. Por lo que, dentro de ellos se destacan:

¹⁷⁶ Véase también: Arturo Morales Castro y José Antonio Morales Castro, Crédito y cobranza, (México: Grupo Editorial Patria, 2015), 69.

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Los cuales son otorgados con la garantía recaída en bienes determinados, sean muebles o inmuebles, dándose lugar con ello, a créditos prendarios e hipotecarios.

¹⁷⁹ Ibidem.

¹⁸⁰ Ibidem, 56

¹⁸¹ Ibidem.

- **Crédito de consumo**

Inicialmente, es oportuno aclarar que el crédito de consumo no debe confundirse con lo relativo a los contratos de crédito al consumidor, puesto que son temas distintos. Tal distinción radica en que, los segundos se emplean para referirse a los diferentes tipos de créditos dentro de los que se encuentra el de consumo. Es decir, los contratos de crédito al consumidor son el género y el crédito de consumo la especie. Siendo así, este último es uno de los tantos contratos de crédito al consumidor que la ley regula.

Así las cosas, el crédito de consumo es aquel en virtud del cual el dinero prestado es destinado a satisfacer las necesidades consuntivas del acreditado; y también es considerado como tal, aquel que se destina a fomentar el comercio del que vende directamente al consumidor. En tal sentido, son otorgados con la finalidad de atender el pago de bienes, servicios o gastos no relacionados con una actividad empresarial.¹⁸²

En otros términos, se trata del escenario donde aquel sujeto que dentro del mercado se posiciona como consumidor,¹⁸³ ya sea de bienes o servicios, y para adquirir precisamente tales productos ofrecidos por los comercios, requiere de capital disponible, que le hace acudir ante un tercero con el fin de contar con recursos ajenos que le permitan satisfacer sus necesidades de consumo.

- **Crédito a la producción.**

Es aquel cuyo destinado es la fomentación del desarrollo en todas las actividades productivas, ya sea en el sector agropecuario, industrial y artesanal, servicios (comercio, transporte, turismo), así como las actividades especializadas de investigación, desarrollo, innovación e información, entre otros rubros relacionados con la producción. En otros términos, son los destinados a la creación de riqueza por extracción, elaboración, transformación y comercialización de bienes y servicios.

- **Crédito Simple:**

Es aquel en virtud del cual la disposición del dinero se realiza en una sola ocasión y permite al cliente u usuario realizar la adquisición de cualquier bien o servicio, pudiendo éste pagar el importe total por medio de una o varias amortizaciones.

- **Crédito en Cuenta Corriente:**

Son aquellos que otorgan al cliente una línea de crédito que podrá disponer en más de una ocasión sin exceder el límite de la misma, y por ello mismo, podrá volver a disponer de esa línea conforme realice abonos al monto total de lo adeudado, para ello se han de girar cheques. Se indica que se trata de un crédito rotativo, y en razón de éste la institución financiera se obliga a cumplir con las órdenes de pago emitidas por el titular de la cuenta.¹⁸⁴ También es conocido como como cuenta de crédito y por ello se entiende como la operación que permite al cliente disponer de una cantidad de dinero que le permita saldar sus necesidades de liquidez, a cambio del pago de ciertos

¹⁸² En términos similares: Javier Rodríguez Velarde, Los contratos e Instrumentos Bancarios, (Lima: Editorial Rodhas, 2002), 79

¹⁸³ Aquella persona que compra o utiliza productos o servicios con fines personales, familiares o domésticos, y no con fines comerciales.

¹⁸⁴ Ibidem, 40.

intereses. Se materializa a través de una cuenta corriente en la que el saldo inicial es el límite de la póliza firmada, motivo por el cual también se identifica como póliza de crédito¹⁸⁵.

- **Crédito Decreciente.**

Es aquel crédito que contiene un plazo determinado, para el cual se establecen cuotas de pago iguales y sucesivas hasta finalizar el crédito o aquellos que son contratados para pago de plazo fijo¹⁸⁶

- **Créditos comerciales.**

Se refieren a los otorgados a personas naturales o jurídicas, cuyo es el financiamiento de la producción y comercialización de bienes y servicios en sus diferentes fases¹⁸⁷, en empresas de gran tamaño.

- **Créditos hipotecarios para vivienda.**

Los cuales se encuentran creados con la finalidad de financiar a las personas naturales para la adquisición, construcción, refacción, remodelación, ampliación, mejoramiento y subdivisión de vivienda propia; amparados con hipotecas debidamente inscritas,¹⁸⁸ o en su caso, la garantía descansa en la misma vivienda que se financia.

- **Créditos con garantía personal.**

Tiene lugar cuando intervienen dos o más personas naturales y jurídicas con el fin de asegurar la obligación principal, las cuales deben reflejar solvencia económica que permita advertir que responderán por lo adeudado en caso de incumplimiento contractual.

- **Crédito Rotativo.**

Se trata del préstamo de dinero en razón del cual el monto de lo financiado puede ser utilizado (rotado) varias veces, dependiendo de la disponibilidad que se genere de las amortizaciones que se efectúen al capital.

- **Crédito Decreciente no Rotativo.**

Es aquel crédito que se pacta con desembolsos parciales programados, pero no crea disponibilidad de fondos por pagos efectuados,¹⁸⁹ es decir, que a medida que se va reintegrando el monto adeudado no se generan opciones de usabilidad de nuevo capital.

¹⁸⁵ Ángel Luis Vásquez Torres, José María Anzar Martín, Derechos de los Consumidores y Usuarios de los Servicios Financieros: guía práctica, (España: Ediciones Experiencia, 2015), 351
<https://elibro.net/es/ereader/biblioteca/41993?page=353>

¹⁸⁶ Normas sobre el procedimiento para la recolección de datos del sistema central de riesgos de los intermediarios financieros no bancarios (El Salvador: Superintendencia del Sistema Financiero, 200), artículo 12 literal h).

¹⁸⁷ Rodríguez Velarde, Los contratos e Instrumentos Bancarios, 80

¹⁸⁸ Ibidem, 80.

¹⁸⁹ Normas sobre el procedimiento para la recolección de datos del sistema central de riesgos de los intermediarios financieros no bancarios, artículo 12 literal h).

- **Sobregiro.**

Se denomina como el financiamiento a través de la utilización de la cuenta corriente del cliente, sobregirando su cuenta con previa autorización del banco, o por un sobregiro eventual. El sobregiro implica una concesión de crédito eventual y extraordinario, otorgado a la sola decisión del Banco para evitar la devolución de un cheque de su cliente, girado sin los fondos suficientes.

- **Créditos Refinanciados:**

Se refieren a los nuevos créditos concedidos por las instituciones financieras con el objeto de cancelar, total o parcialmente, otra u otras obligaciones de la misma entidad¹⁹⁰, por lo que se está en presencia del denominado refinanciamiento.

3.1.7 Contratos de crédito al consumidor

El mutuo es un contrato de crédito y como tal implica una transferencia de la propiedad con cargo para el beneficiario de devolver posteriormente bienes de la misma especie y calidad. En la teoría clásica francesa, que lo conoce con el nombre de préstamo de consumo para diferenciarlo del comodato, se trata de un contrato en el cual una de las partes entrega a otra cierta cantidad de cosas fungibles con la obligación para ésta última de restituir igual cantidad identificada por su género y calidad. Su objeto está constituido por bienes muebles que, consumibles o no por su uso, pueden en todo caso pueden aprovecharse en forma íntegra por quien los recibe. Tratándose de materia bancaria esta posibilidad es remota y secundaria frente a aquellas cuyo objeto es una suma de dinero.¹⁹¹

En ese orden, el Código Civil salvadoreño, en el artículo 1954 establece que: *“El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.”*¹⁹²

En la práctica, en el sector financiero el consumidor se coloca en una posición de alto riesgo frente a los incesables abusos que los agentes financieros pudieran cometer. Esta situación se ve agravada cuando las relaciones entre tales sujetos se concentran en el otorgamiento de créditos para el consumidor.¹⁹³

Vale la pena destacar que, a partir de identificar la concesión de crédito en la venta a plazos, se dio paso a la siguiente manifestación de crédito, es decir, como forma de financiación. Esto, luego que el primero resultara insuficiente para cumplir los compromisos legales adquiridos por parte de los deudores, quienes ante el impago tuvieron que recurrir a otras alternativas para honrar sus deudas. Fue aquí donde el financiamiento por terceros (como forma de crédito) tuvo su mayor oportunidad para posicionarse firmemente en el mercado, y actualmente es lo que ahora, da mayor sentido al término en referencia. De esa manera, el crédito se ha convertido en una forma de financiar el consumo.

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ Sergio Rodríguez Azuero y Enrique Rodolfo Escobar López, *“Contratación Bancaria y Financiera”*, Consejo Nacional de Judicatura, (2009), 77.

¹⁹² Código Civil, (Asamblea Legislativa de El Salvador), 1860.

¹⁹³ En similar sentido se expresa: Manuel Jesús Marín López, *“El Crédito al Consumidor”*, Ars Boni et Aequi, n.1 (2005): 84, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3271165>

En el sistema financiero, entendido como *el conjunto de entidades que cumplen el rol de intermediación financiera*,¹⁹⁴ los contratos de crédito se encuentran dentro de las operaciones activas, en cuanto generan réditos a la institución que pone a disposición de sus clientes determinados montos de dinero, es decir, entrega capital a los sectores productivos de la sociedad, así como a los individuos que requieren de fondos de manera inmediata, sea en forma de apalancamiento, consumo u otros destinos.

En razón de lo anterior, resulta destacable puntualizar que actualmente la concesión de crédito no solo se produce mediante la tradicional fórmula del préstamo bancario al consumo¹⁹⁵, sino que ello, también se ve reflejado en otras modalidades que se han ido incorporando en el tráfico jurídico, tales como: los contratos de apertura de crédito, el reporto, crédito documentario, las tarjetas de crédito, crédito en cuentas corrientes, créditos hipotecarios, entre otros.

El Crédito tiene un símil en el Código de Comercio salvadoreño, el cual regula la apertura del crédito estableciendo dicho cuerpo legal en el artículo 1105 que: *“Por la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que él mismo haga uso del crédito concedido en la forma convenida, obligándose a su vez el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o el importe de la obligación que contrajo, y a pagarle los intereses, gastos y comisiones que se hubieren estipulado”*.¹⁹⁶

El objeto principal de este contrato de conformidad a la norma citada, es otorgar al cliente de una institución bancaria sumas de dinero, para que éste disponga de ese dinero durante un plazo determinado y así convertirse en deudor del banco.

3.2 LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

3.2.1 Definición.

En principio, es común utilizar el término “abusivo” para hacer referencia a un uso indebido, excesivo, injusto o inapropiado de una cosa o persona.

Las cláusulas abusivas han sido entendidas como aquellas previsiones particulares que rompen el equilibrio justo de las relaciones privadas, cuyo efecto es, en principio, la ineficacia de pleno Derecho. De ahí que sean el abuso del Derecho y la buena fe los referentes históricos y de naturaleza jurídica que la doctrina ha acogido en explicación de este tipo anómalo de cláusulas¹⁹⁷.

La abusividad encontrada en las cláusulas contractuales se alega que es producto del mal uso de la autonomía de la voluntad, por lo que, tal abuso se debe evitar y ello se constituye como un límite o restricción a la voluntad de las partes, en el sentido que ésta debe obedecer a una

¹⁹⁴ Edgar R. Cartagena, *“Situación Actual y Perspectivas del Desarrollo Financiero en El Salvador”*, Departamento de Investigación Económica y Financiera del Banco Central de Reserva de El Salvador, n. 2006-02, (2006): 2, <https://www.bcr.gob.sv/bcrsite/uploaded/content/category/1626844777.pdf>

¹⁹⁵ *Ibídem*.

¹⁹⁶ Código de Comercio, (Asamblea Legislativa, de El Salvador), 1970.

¹⁹⁷ Maximiliano Arango Grajales, *La causa jurídica de las cláusulas abusivas*, Estudios Socio-Jurídicos, n. 1, (2016): 244. <https://doi.org/10.12804/esj18.01.2016.08>

finalidad económica y social, que nunca será romper el equilibrio en las relaciones privadas¹⁹⁸. Por tanto, en cada caso debe examinarse si las cláusulas son contrarias o evasivas a las estipulaciones que la ley establece, puesto que la autonomía de la voluntad siempre debe ser respetuosa de los límites que la normativa fija, de modo que, no se puede contradecir ni tampoco esquivar.

Las cláusulas que se consideran abusivas generalmente son identificadas como cláusulas predisuestas en las cuales no hay espacio para su negociación. En esa línea, se encuentran autores como Lucía Moreno, para quien la expresión “cláusula abusiva” se emplea para calificar el contenido de una determinada cláusula predispuesta, ya sea que, revista el carácter de condición general, o esté inserta en un contrato particular, e incluso identifica en una práctica empresarial no consentida expresamente cuando no superan el juicio de abusividad¹⁹⁹

En otros términos, son aquellas insertas en un contrato predeterminado generalmente de adhesión a condiciones generales de la contratación, mediante las cuales, contrariando el principio de la buena fe, se genere un notorio desequilibrio en las prestaciones debidas por cada parte, en perjuicio del adherente.²⁰⁰

Resulta oportuno, hacer mención sobre uno de los instrumentos jurídicos con los que nace la regulación de las cláusulas abusivas con el fin de proteger a los consumidores en las relaciones comerciales sostenidas con los proveedores o empresarios sin que ello signifique un menoscabo a la libertad económica o de mercados.

Así se encuentra en el continente europeo, la Directiva 93/13/CEE, emitida por el Consejo de la Unión Europea, cuyo propósito es regular lo relativo a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

Cabe mencionar que dicha normativa no aplica directamente en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, sino que cada uno de ellos ha tenido que incluir dentro de su legislación interna lo mandado por aquella Directiva²⁰¹. Tal normativa fija los mínimos en relación a la protección que se ofrece al consumidor frente a las cláusulas abusivas, por lo que los ordenamientos jurídicos de los países europeos pueden establecer mejores líneas de defensa para aquellos sujetos susceptibles de padecer los efectos de tales abusos.

El artículo 3 de la referida Directiva se encarga de definir las cláusulas abusivas, estableciendo que son aquellas que no habiendo sido negociadas individualmente si pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Y se considera que no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión²⁰²

¹⁹⁸ Similar sentido se observa en: Arango Grajales, La causa jurídica de las cláusulas abusivas, 244

¹⁹⁹ Lucía Moreno García, Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal, (España: Tirant lo Blanch, 2018), 27

²⁰⁰ María Laura Estigarribia Bieber, “Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores en la legislación argentina”, (tesis de doctorado, Universidad Nacional del Nordeste, 2006), 185.

²⁰¹ En similar sentido se expresa: Gustavo Andrés Correa Valenzuela, Anulabilidad de las cláusulas abusivas, (Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2015), 32

²⁰² Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Bélgica: Consejo de las Comunidades Europeas, 1993) Artículo, 3

A través de instrumentos como el anterior, se busca proteger el consentimiento del consumidor en cuya esfera recaen los efectos de una determinada estipulación contractual al producirse un importante desequilibrio no deseado, inesperado y contrario a su voluntad. Por tanto, lo que se sanciona es la mala fe con la cual actúa el proveedor o empresario al incorporar condiciones que en el interior perjudiquen al consumidor sin que éste haya podido mostrar oposición a ello.

Para calificar una cláusula como abusiva, de acuerdo al artículo 4 de la misma normativa, debe tenerse en consideración elementos como los siguientes: a) la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato; b) las circunstancias concurrentes al momento de la celebración del contrato; y c) las demás cláusulas del contrato, o de otro del cual que dependan.

En vista de ello, antes de llegar a la conclusión que una cláusula sea abusiva, la autoridad competente debe guiarse por determinadas reglas. Dentro de ellas, se debe tomar en consideración el análisis integral del contenido del contrato, de forma que, se coteje la cláusula observada frente al resto del espectro clausular, y de esa manera extraer contradicciones e incompatibilidades que puedan existir.

En el instrumento antes citado se anexa una lista de cláusulas consideradas abusivas, sin embargo, no se trata de una lista cerrada o taxativa sino únicamente contiene un inventario de estipulaciones con carácter ilustrativo. Dentro de ellas, se encuentran por ejemplo la de excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, así como, la de suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor.

También se establece una regla de interpretación de los contratos cuando se determina que en caso de duda sobre el sentido de una cláusula determinada, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor (*in dubio pro consumidor*), cuya regla tiene lugar cuando existe la posibilidad que hayan dos o más interpretaciones, de las cuales debe optarse por aquella que resulte más beneficiosa para el consumidor; de manera que, *“en una relación de consumo en la que el consumidor denunciara una actuación abusiva de un proveedor corresponderá a éste la carga de la prueba de que no hay tal abuso”*²⁰³ y no al contrario.

Para dar aplicación a dicho principio general se hace necesario recurrir a dos principios específicos: favor libertatis y favor debilis²⁰⁴, los cuales son traducidos como: “en caso de duda, una cláusula debe interpretarse contra quien ha estipulado algo y en liberación de quien aquél ha obligado”, por un lado; y como “proteger a la parte débil, deudor o acreedor”, por el otro. Estos principios encuentran su fundamento en el hecho que, el consumidor no es un experto empresarial ni jurídico en la materia objeto del contrato, ni mucho menos es una actividad propia de su profesión.

²⁰³ Enrique Guadarrama López, “Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 2, (2012): 149

²⁰⁴ *Ibidem*, 150

En fecha 27 de noviembre de 2019, la Unión Europea, a través del Parlamento Europeo y del Consejo, ha adoptado el instrumento jurídico denominado: **DIRECTIVA (UE) 2019/2161**²⁰⁵. Con este medio se introduce la Modificación de la Directiva 93/13/CEE, antes aludida, entre otros instrumentos que fueron modificados. A través de dicha Directiva se incorpora la exigencia de los Estados miembros de la Unión Europea para que se apliquen sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias ante el incumplimiento de la Directiva 93/13/CEE, ello, por medio de los procedimientos administrativos o judiciales correspondientes.

Así las cosas, para evitar abusos, es necesario que el sentido de las cláusulas se determine al momento de la celebración del contrato, y no al instante de su ejecución. De lo contrario, al no redactarse con claridad y precisión los términos del negocio jurídico, crea la posibilidad para que, aquella parte que predetermina el contrato, haga uso indebido de dichas cláusulas con el fin de obtener mayores beneficios a costa del desequilibrio fundado en la otra parte contratante.

Estas cláusulas se encuentran reguladas en el artículo 17 de la Ley de Protección al Consumidor de El Salvador, *el cual establece que se consideran abusivas todas aquellas estipulaciones que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen perjuicio al consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes*, así mismo, cita a manera de ejemplo las siguientes²⁰⁶:

- a) Exonerar, atenuar o limitar la responsabilidad de los proveedores en relación a los daños causados por el consumo o uso de los bienes o servicios prestados.
- b) Permitir al proveedor modificar unilateralmente en perjuicio del consumidor las condiciones y términos del contrato, o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones.
- c) Desnaturalizar las obligaciones derivadas de la contratación a cargo de los proveedores.
- d) Renunciar anticipadamente a los derechos que la ley reconoce a los consumidores o que, de alguna manera limite su ejercicio o amplíen los derechos de la otra parte.
- e) Invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.
- f) Establecer la prórroga del contrato sin la voluntad del consumidor.
- g) Estipular cargos por pago anticipado, salvo que se trate de proveedores de servicios financieros.
- h) Imponer cualquier medio alternativo de solución de controversias en los contratos de adhesión.
- i) Las cláusulas abusivas que supongan la imposición de una penalización que no corresponda al daño causado al proveedor por el incumplimiento del contrato por parte del consumidor.

Finalmente, el referido artículo instituye que *el carácter abusivo de una cláusula se evaluará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias que concurran en el momento de su celebración y las demás cláusulas del mismo o de otro del que de éste dependa. Se tendrán por no escritas las cláusulas, condiciones y*

²⁰⁵ DIRECTIVA (UE) 2019/2161 (Bélgica: Parlamento y Consejo de la Unión Europea, 2019)

²⁰⁶ Ley de Protección al Consumidor (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2005)

estipulaciones en las que se determine el carácter abusivo. Estableciendo con esto último una sanción.

3.2.2 Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

Son innegables los beneficios que ofrecen los contratos de adhesión, pues, por citar algunos de ellos se visualizan: 1- simplificación de la contratación, favoreciendo mayormente al empresario o proveedor; 2- contarse con un régimen contractual seguro, cuyas prestaciones se encuentran uniformadas y estandarizadas frente a la clientela; 3- fortalecimiento de la posición económica del prestador del bien o servicio al reducir al máximo el valor de lo que ofrece a sus clientes; 4- Dinamiza la economía, al agilizar las contrataciones en masa que se ven reflejadas en el trading. Sin embargo, ello da el espacio para que se produzcan abusos en diferentes aspectos.

Algunos consideran que para que una cláusula abusiva tenga lugar, es necesario que primero se esté en presencia de un contrato de carácter adhesivo, pues, es solo en estos casos cuando una de las partes contratantes aprovechándose de su posición dominante o titular del servicio o negocio impone a la otra parte sus propias reglas, y por tanto, no cabría tal abuso en los contratos paritarios, en donde los suscriptores gozarían de igualdad de condiciones para discutir y disponer del contenido del contrato²⁰⁷.

De acuerdo a lo anterior, los contratos susceptibles de incorporar cláusulas abusivas son los contratos de adhesión, cuya existencia se ve justificada por razones del tráfico económico y la necesidad de fomentar el consumo; sin embargo, se crea la desventaja que una de las partes es quien define el contenido del negocio y la otra solamente se adhiere a lo redactado. Siendo así, las cláusulas abusivas se acentúan en la contratación en masa, en donde los empresarios tienen a fijar estipulaciones que no son negociadas por ambas partes, posibilitando que con ello se haga un uso indebido de tal forma de contratación.

Excepcionalmente, aun tratándose de contratos de adhesión no cabrían las cláusulas abusivas cuando los adherentes sean los proveedores incluyéndose dentro ellos las entidades encargadas de prestar servicios y productos financieros, ya que al ser una entidad vigilada la que acepta adherirse a las condiciones establecidas por otra persona (entidades estatales, por ejemplo), no sería factible sostener que la primera sea quien establezca cláusulas abusivas, por cuanto no es quien define en última instancia las condiciones de contratación²⁰⁸.

Dentro de los problemas que los contratos de adhesión presentan, se observan por un lado, los de *índole dogmática jurídica*, al tratarse de una moderna y masiva contratación en la cual la dificultad de analizar de forma particular cada contrato entre consumidor y proveedor, es evidente; generándose de esa manera dificultades para el consumidor o usuario, quien al no analizar a detalle el contenido clausular del contrato que suscribe, tiene pocas posibilidades de exigir al otro contratante cualquier incumplimiento²⁰⁹.

²⁰⁷ De la misma idea es Correa Valenzuela, Anulabilidad de las cláusulas abusivas, 28 y 29.

²⁰⁸ Ibidem, 29.

²⁰⁹ Guadarrama López, “Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, 145, 146

Dado la minúscula intervención estatal en la actividad económica, so pretexto que la economía crezca y se desarrolle conforme a las reglas de la oferta y la demanda, es que se crean orificios para que los pre-diseñadores de contratos establezcan privilegios injustificados a su favor y, se creen condiciones inequitativas para quien se adhieren a ellos. Por lo que, solo queda que los jueces jueguen un verdadero rol de aplicadores de justicia, resolviendo conforme a la equidad, y evitando que se transgredan derechos y garantías de rango constitucional, legal e incluso de Derecho Internacional

Acá también resulta oportuno hacer alusión a la multifactorial motivación que puede llevar al consumidor o usuario, a finalmente figurar del otro lado de la relación contractual; dentro de tales causas se encuentran²¹⁰: 1.- El desconocimiento de las implicaciones jurídicas que acarrear las condiciones impuestas. 2.- La publicidad masiva y engañosa de productos o servicios con aparentes ventajas en su adquisición o utilización. 3.- El esquema de ventas persuasivas, pero con mínima o insuficiente información para la toma de una decisión razonada. 4.- La inyección de necesidades sociales inducidas e impuestas por el mismo consumismo. 5.- La utilización de modelos de contratos de adhesión con letras en pequeño y clausulado exageradamente extenso.

3.2.3 Cláusulas predispuestas y condiciones generales de contratación.

Asimismo, se establece que la abusividad de que se refiere, se encuentra presente tanto en las cláusulas contractuales como en las denominadas condiciones generales de contratación, entendidas estas últimas como un modo especial de contratar en el que una de las partes contratantes predispone el contenido de la reglamentación contractual; ya que ambas fórmulas son predispuestas y sobre las mismas no existe negociación singularizada²¹¹.

Resulta importante, esclarecer que el problema de la contratación con cláusulas predispuestas no está en la libertad contractual, sino que ello viene dado a partir de la conformación del contenido contractual. Con lo cual, la parte adherente tiene la libertad para determinar si contrata o no, pero en el caso de hacerlo, se encuentra con la suerte de no poder influir sobre el contenido del contrato.

3.2.4 Ámbito de aplicación del régimen de las cláusulas abusivas.

Se considera que el régimen de las cláusulas abusivas no solo debe aplicarse en las relaciones jurídicas entre empresarios o proveedores y consumidores bajo la modalidad de contratación adhesiva, sino que también podrían ser aplicables en las relaciones entre empresarios, aunque con algunas variaciones. Sin embargo, existen opiniones en contrario que señalan que dado la situación de desventaja y de desigualdad negociadora e informativa en la que se encuentra el consumidor frente al empresario justifica el establecimiento de un régimen de protección especial, así como la *exclusión* de dicho régimen de las *relaciones entre empresarios* y de las *relaciones entre particulares*²¹².

En la presente obra se considera que las cláusulas abusivas también podrían generarse en las relaciones contractuales entre proveedores o empresarios, es decir, entre sujetos que ostentan

²¹⁰ En similares términos: Ibidem, 141.

²¹¹ Similar pensamiento se encuentra en: Moreno García, Las cláusulas abusivas, 32

²¹² Ibidem, 59.

el mismo status, siempre que exista un desequilibrio en desfavor de uno de ellos, y para lo cual se haya tenido que hacer uso de la mala fe.

3.2.5 Bien jurídico tutelado

La determinación del bien jurídico que se protege mediante la prohibición de las cláusulas abusivas no es un tema que goza de uniformidad, ya que existen diversas opiniones al respecto.

Dentro de tales posiciones se encuentra la que sostiene que es el equilibrio contractual lo lleva al legisferante a emitir leyes en procura de mantener relaciones contractuales balanceadas, muestra de ello son el caso colombiano, peruano y francés; mientras que, existen otras teorías y legislaciones que apuntan hacia el consentimiento del adherente, como el bien jurídico tutelado que amerita que se activen todos los medios legales ante la amenaza de abusos contractuales, de este lado se ubican legislaciones como la argentina y la costarricense, así como la Directiva 13/93 de la Unión Europea. Desde luego, también caben en este tema posturas híbridas mediante las cuales se protege tanto el consentimiento como el equilibrio contractual.

3.2.6 Elementos presentes en las cláusulas abusivas.

a) Mala fe.

Primero, debe indicarse lo que generalmente se entiende por buena fe. Así, se indica que aquella constituye un concepto que excede ampliamente el marco jurídico, tiene un profundo contenido ético que importa un obrar conforme a la honestidad, la lealtad y la previsibilidad²¹³. Por tanto, genera confianza y crean un ambiente perfecto para la realización de negocios. Asimismo, se considera la buena fe como un principio general del derecho que a su vez se constituye en fuente del Derecho y en un mecanismo de interpretación de la norma.

La buena fe puede ser vista desde dos enfoques, a saber: por un lado, la expresión “buena fe” puede ser empleada en un sentido subjetivo, referida a una creencia errónea que hace pensar que la actuación llevada a cabo es ajustada a Derecho; por otro lado, puede ser referida en un sentido objetivo de honradez y lealtad en las relaciones jurídicas. Esta última acepción de la expresión “buena fe” es la empleada en la normativa general de protección de los consumidores y usuarios²¹⁴

Actuar conforme a la buena fe, implica que el empresario o comerciante aun cuando se encuentre en una posición dominante o de prevalencia sobre los consumidores o usuarios, debe comportarse de manera leal y equitativa con los mismos, debiendo tener en cuenta sus legítimos intereses, más cuando se pretende cultivar una relación comercial permanente en el tiempo. Para sostener lo anterior, es necesario partirse de la idea que el principio de buena fe contiene el postulado de protección de la confianza legítima y a su vez, de la realización de la justicia contractual. Así, actuar en contravía de dicho principio crea el escenario en el cual la parte predisponente se aparta de lo establecido en la ley con el único propósito de garantizar sus propios intereses. Por lo que, un efecto reparador de tales actuaciones, es el restablecimiento de los derechos y obligaciones que conforme a Derecho corresponden a cada una de las partes.

²¹³ Estigarribia Bieber, “Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores en la legislación argentina”, 135.

²¹⁴ Moreno García, Las cláusulas abusivas, 112

Así las cosas, también el juzgador en un caso en concreto debe traer a cuenta las exigencias de la buena fe y conforme a ellas determinar si las cláusulas sometidas a su conocimiento y que han sido creadas en desviación del marco legal, son o no equilibradas y atienden a los intereses del consumidor, o si por el contrario van en contra de estos, y siendo así, merecen ser consideradas cláusulas abusivas.

En ese orden de idea, lo que se logra advertir es que la sanción recae en la mala fe con la que ha actuado el predisponente para generar un desequilibrio que devenga en un perjuicio para el adherente.

b) Desequilibrio.

Como ya se ha indicado supra, una cláusula abusiva es aquella que provoca un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes, por lo que es merced tener mayor claridad sobre lo que dicho desbalance conlleva. De forma liminar, se debe decir que éste tiene lugar, cuando se reducen los derechos del consumidor o se aumentan sus obligaciones, o incluso la concurrencia de ambas desventajas²¹⁵. Por otra parte, el referido desequilibrio debe ser significativo o relevante, es decir, que solo será considerado como tal cuando una cláusula reduzca el contenido de los derechos que le serían reconocidos al consumidor, o limite el ejercicio de los mismos. Asimismo, será considerada como tal la cláusula que imponga al consumidor obligaciones que por disposición legal le corresponderían al empresario.

El equilibrio al cual se ha hecho referencia es de carácter jurídico, por lo tanto, no se trata de una ponderación económica, sino más bien el asunto gira en torno a la equidad de derechos y obligaciones entre las partes contratantes

Según Guadarrama López²¹⁶, es posible identificar cuando se está frente a una cláusula abusiva al verse, por un lado, (1) la pretensión de atenuar o suprimirse la responsabilidad del proveedor o trasladarla al consumidor ante cualquier incumplimiento del contrato; y, por otro lado, (2) cuando se buscan condiciones económicas ventajosas o excesivas en relación al valor comercial del bien o servicio ofrecido. Por ello, es que se tiende a considerar que dentro de este tipo de cláusulas se encuentran aquellas en donde la parte predisponente establece exoneraciones o limitaciones de responsabilidad a su favor, se atribuye facultades para suspender la ejecución del contrato, para rescindirlo o resolverlo, e incluso prorrogarlo de forma unilateral, así como potestades para fijar prohibiciones a la otra parte, tal como la de no oponer excepciones, presentar recursos, o incorporar medios de prueba.

c) Perjuicio para el consumidor.

Las cláusulas para ser consideradas como abusivas, además de generar un importante desequilibrio jurídico, exigen la generación de un *perjuicio para el consumidor*. De modo que, las cláusulas que le causen beneficios no serán incluidos dentro de dicha categoría. De acuerdo a Blanco Gonzalo²¹⁷, tal perjuicio ha de ser real, y no ficticio; además, suficientemente acreditado,

²¹⁵ Ibidem.

²¹⁶ En Guadarrama López, “Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, 144

²¹⁷ José Manuel Blanco Gonzalo, “La Ley 7/1998 de 13 de abril de condiciones generales de la contratación: control jurisdiccional y especialidades procesales” (Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017), 92.

lo que incluye no sólo determinar su cuantía sino probar la relación de causa a efecto entre la cláusula abusiva y el perjuicio causado.

d) Abuso de la posición dominante.

Para algunos el abuso del que se habla, gira en torno al aprovechamiento o prevalencia de la posición dominante que ostenta una de las partes para imponer condiciones en perjuicio de otra²¹⁸.

Cabe aclarar que la posición dominante aquí referida es distinta a la empleada en materia de competencia desleal, la cual hace referencia a la prevalencia que determinados comerciantes o agentes económicos poseen en los mercados relevantes para la fijación de las reglas del juego, con el propósito de impedir que otros agentes no sean una verdadera competencia; también se busca evitar la monopolización de los mercados cuyos efectos finalmente repercuten en los consumidores o usuarios finales.

Por su parte, la posición dominante vista en las relaciones contractuales, es entendida como *“la condición jurídico-económica que, dada las especiales características del caso, sitúa a uno de los contratantes en condiciones de superioridad en la relación jurídica, tanto en su celebración como en su ejecución, dentro de las que se encuentra, especialmente, la de definir los contenidos contractuales”*.²¹⁹

Siguiendo la línea antes trazada, la posición dominante presente en un mercado es precisamente la potestad que tiene un competidor para la determinación de las reglas por las que ha de guiarse el mercado mismo, siendo que los demás agentes competidores no les quedan más que someterse a éstas sin poder influir en su modificación.

En el terreno contractual, como se ha indicado supra, la posición dominante es la calidad que una de las partes contratantes posee y que le permite diseñar la estructura clausular de la forma que mejor prefiera, ajustándola a la medida de sus intereses sin tomar en cuenta los efectos desfavorables que esto represente para el otro contratante.

En los contratos de adhesión resulta más fácil la identificación de la posición que los contratantes manejan, así, incluso se presume (salvo prueba en contrario) que la parte predisponente es quien tiene inserta la posición dominante y por ello se busca evitar que haya abusos de esa calidad aprovechándose de la condición que ostenta la parte adherente, quien en muchos casos ante la misma necesidad no encuentra otras alternativas que asumir los riesgos que el contrato le genere.

Valga expresar que desde la óptica contractual, la simple posición dominante no es suficiente para advertir la concurrencia de una cláusula abusiva, debido a que no es tal circunstancia la que provoca que exista un desequilibrio en la relación jurídica originada, sino que además de ello, debe contarse con la presencia de un contrato de adhesión²²⁰, cuyo medio es el

²¹⁸ Tal sería el caso de Correa Valenzuela, Anulabilidad de las cláusulas abusivas, 44.

²¹⁹ Tribunal de Arbitramento, Laudo Arbitral del caso Punto Celular Ltda., contra Comunicación Celular S.A. - COMCEL S.A. (Colombia: Cámara de Comercio de Bogotá, 2007)

²²⁰ En similar sentido se expresa Correa Valenzuela, Anulabilidad de las cláusulas abusivas, 48

indicado para establecer de forma unilateral las condiciones que favorezcan a su redactor, quien valiéndose de tal calidad buscara asegurar y priorizar sus intereses.

Con lo anterior, se concluye que si bien todas las personas son iguales ante la ley sin hacerse distinciones (por ejemplo, entre naturales y jurídicas), la misma ley reconoce que existen diferencias en el plano material, y consecuentemente, las posiciones o calidades que las personas poseen son parte de tales distinciones, y a partir de ello es que, dependiendo del lado en que se encuentren los sujetos en un contrato, por ejemplo, así serán las consideraciones y efectos que se produzcan hacia estos.

e) Requisito adicional (Diligencia de parte del adherente)

En ciertas jurisdicciones se introduce un elemento adicional, en cuanto a las cláusulas abusivas se refiere, siendo este “el deber de diligencia de parte del deudor”²²¹, con lo cual se permite el escenario donde cláusulas aun siendo abusivas pueden dejar de ser vistas como tales y revestirse de validez, esto ocurre cuando en determinados casos el consumidor o adherente tiene el deber de conocer dichas cláusulas y aun así no lo hace, por lo que, luego no puede mostrar oposición ante los efectos que estas generen; por tanto, se trataría de un típico caso donde se pone de manifiesto la convalidación a través del consentimiento tácito. En tal sentido, la protección hacia el consumidor estaría condicionada a la debida diligencia de su parte, y especialmente al momento de adherirse al contrato, en donde se le exige actuar con responsabilidad.

3.2.7 Distinción entre cláusulas ilegales y cláusulas abusivas

Las cláusulas abusivas, ordinariamente son incorporadas a los contratos bajo la excusa: lo que no está prohibido por la ley, se encuentra permitido, lo cual es base para la instauración del principio de libertad contractual. Esto no significa que se pueden fabricar cláusulas a cualquier estilo, pues debe tenerse el debido cuidado en cuanto a no conducirse en contrasentido de lo estipulado en la ley ni en su espíritu.

Si bien las cláusulas en comento muchas veces pueden superar el control de legalidad, es indispensable que las mismas sean examinadas a través del control de constitucionalidad, ello para determinar si tales estipulaciones se encuentran ajustadas a Derecho o si por el contrario son atentatorias hacia los derechos o intereses de los consumidores.

En el Derecho Europeo, in limite se excluyen para ser examinadas como abusivas las cláusulas esenciales de los contratos²²² por considerarse que ello riñe con el principio de autonomía de la voluntad, pero de forma excepcional podrían ser consideradas como tales, si se han redactado en términos imprecisos, confusos u oscuros. De ahí que, para pasar al control del carácter abusivo de una cláusula, primero se debe transitar por el control de transparencia, utilizado éste para determinar si los términos empleados en una estipulación contractual son claros y comprensibles.

Por su parte, Pertíñez Vílchez²²³ considera que la consecuencia inmediata de la falta de transparencia de una cláusula esencial de un contrato, es la declaratoria de nulidad por abusiva,

²²¹ Ibidem.

²²² Francisco Pertíñez Vílchez, La nulidad de las Cláusulas Suelo en Préstamos Hipotecarios, (España: Tirant lo Blanch, 2017), 2

²²³ Ibidem, 131

pues considera que el hecho que no se encuentren definidos de forma clara y comprensible los términos de una cláusula, va en contra del principio de buena fe y crea un notable perjuicio material para el consumidor.

Para los efectos de la presente obra, se estima que, en los casos de cláusulas esenciales al existir falta de claridad en las mismas, para ser consideradas como abusivas siempre debe tenerse en consideración que ello represente un desequilibrio para el consumidor, al actuarse en contra del principio de buena fe y generarse un perjuicio indebido para el mismo sujeto.

La transparencia que se ha citado, va más allá de la simple redacción clara y comprensible de las cláusulas principales del contrato, puesto que debe asegurarse que el consumidor conozca de forma previa a la formalización del negocio jurídico, las cargas y consecuencias económicas que ello le va a representar al adicionarse a tales condiciones. Con esto se busca evitar que, tras el velo de la ignorancia de los consumidores, los empresarios se aprovechen de tal circunstancia para obtener beneficios indebidos al no establecer las reglas claras del juego.

En razón de lo antes expuesto, es menester hacer la separación entre las cláusulas ilegales y las abusivas, las cuales tienen distinto fundamento. Así, las primeras *“son consideradas por el ordenamiento jurídico como un fenómeno de mayor gravedad, por encontrarse en contravía a lo dispuesto imperativamente por la ley para determinado negocio, por ser una cláusula que no atiende a los requerimientos establecidos para que pueda nacer a la vida jurídica y ser contraria al interés general”*²²⁴, significando con ello que hay un choque directo entre la cláusula y la ley; por su parte, las segundas se refieren a un *“abuso contractual por parte de un contratante, encaminada a aprovechar una posición ventajosa que ostenta ante el otro contratante, rompiendo con los principios de buena fe y lealtad contractual”*, de ese modo, se crea un desbalance material y no tanto formal que hace necesario que se auxilie a aquella parte que se encuentra en una posición de desventaja y sometida bajo el mandato de la otra.

En similar sentido se expresaba el jurista Paulo en el Digesto, cuando refería que el abuso a contratar se muestra en tanto no hay una violación de la libertad contractual en su objeto y alcance jurídico, puesto que con ello no se vulnera formalmente la norma, sin embargo, en la práctica, si existe una extralimitación en la finalidad de la misma, por medio de la voluntad privada. Resultando que así que: *“No todo lo lícito es honrado”*.²²⁵

A las cláusulas ilegales les es atribuida la consecuencia de inexistencia o la de nulidad absoluta al tratarse de un negocio elaborado a base de causa u objeto ilícito; mientras que para las cláusulas abusivas su consecuencia jurídica *“ha de ser la inoperancia, dado que nace a la vida jurídica de una forma válida, pero sus efectos contrarían el deber ser contractual derivado de los principios generales del derecho”*,²²⁶ es decir, que aunque se traten de cláusulas con apariencia de legalidad, el asunto radica en que en el fondo son contrarias a principios superiores al texto formal, pues a nivel práctico se generan abusos, sorprendiendo la buena fe de la otra parte contratante. Sin

²²⁴ Correa Valenzuela, Anulabilidad de las cláusulas abusivas, 18

²²⁵ Arango Grajales, La causa jurídica de las cláusulas abusivas, 244

²²⁶ *Ibidem*, 19.

embargo, en determinadas legislaciones se consigna que la consecuencia jurídica que origina una cláusula abusiva es la de nulidad.²²⁷

De acuerdo a lo anterior, para detectar el abuso en determinadas cláusulas primero se debe superar el control de legalidad, pues lo que se busca no es que exista contradicción con la ley en cuanto a las formalidades que ésta contempla sino más bien al abuso que va más de lo estrictamente legal.

3.2.8 Control clausular administrativo y jurisdiccional.

Surge como una forma de escanear las estipulaciones contractuales celebradas entre empresarios y consumidores, a fin de evitar que se incorporen reglas desequilibradas en desventaja de los derechos e intereses de los segundos individuos.

Acá vale la pena mencionar que los controles en referencia, que tienen como principal propósito la protección del consumidor, se pueden apreciar desde dos momentos importantes. Por un lado, la intervención “*ex ante*”, que tiene lugar cuando de forma previa la autoridad administrativa competente conoce del proyecto de contrato que es sometido a control para su aprobación, en caso de ser procedente, por ajustarse éste a derecho y por estar destinado a celebrarse en el marco de la buena fe; descartándose, por tanto, toda cláusulas que no cumpla con tales exigencias, y que por lo menos que en su texto no se conciban éstas por ser abusivas.²²⁸

Por otro lado, una protección “*ex post*”, se presentaría cuando la autoridad administrativa esta revestida de facultades jurisdiccionales por excepción, para sancionar directamente a las entidades que dentro de su actividad comercial hacen uso de cláusulas abusivas, y por lo tanto sea pertinente a dejarlas sin efectos. Y en caso corresponda acudir a una autoridad judicial para volver ineficaz ese tipo de cláusulas, que lo actuado en sede administrativa también sirva de prueba para acreditar la petición del caso en concreto.²²⁹

Otra de las formas que se constituiría en filtro para la proscripción de cláusulas abusivas, es cuando la ley, de forma previa determina aquellas estipulaciones que no se enmarcan dentro de las exigencias de la equidad y buena fe, y en consecuencia no pueden ser retomadas o modificadas por las partes, pues, de ser así, devendrían en nulas por poseer objeto ilícito. Son las leyes protectoras de derechos del consumidor las que ordinariamente tienen a recopilar este tipo supuestos, constituyéndose como una forma de prevenir que se cometan abusos como esos ante la falta de prohibiciones o vacíos legales.

En el régimen jurídico salvadoreño, tratándose de los contratos de adhesión y especialmente cuando son creados por los proveedores de servicios financieros, deben ser depositados en la Defensoría del Consumidor y en la Superintendencia del Sistema Financiero, antes de ser puestos en circulación, a efecto que dichas instituciones determinen que las cláusulas

²²⁷ A guisa de ejemplo, tal sería el caso de la legislación española con el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; así como en la legislación colombiana con LEY 1480 de 2011, por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.

²²⁸ Véase también Sergio Rodríguez Azuero y Enrique Rodolfo Escobar López, *Contratación Bancaria y Financiera*, (El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Impresos Múltiples, 2009), 35

²²⁹ *Ibidem*.

y condiciones contenidas en tales formularios no vulneren derechos del consumidor y por consiguiente, dentro de ellas no hayan cláusulas abusivas.

En el ámbito jurisdiccional, igualmente son denunciabiles las cláusulas abusivas ante los tribunales competentes con el objeto de ser sometidas a examen y de resultar ser ciertas las denuncias efectuadas, se dejen sin efecto aquellas.

3.3 ABUSO DEL DERECHO.

Debido a que el ser humano es un ente que vive en sociedad, se encuentra limitado en su actuar al tener que respetar los límites que imponen los derechos de las demás personas, de modo que, dicho ser en el ejercicio de sus derechos lo debe hacer con el sumo cuidado de no afectar a otros. Lo mismo sucede en el caso de las personas jurídicas, quienes a través de sus representantes deben enmarcar sus actividades observando los derechos subjetivos de los demás individuos.

Resulta importante determinar el objeto sobre el cual recae el abuso, pues debe definirse si se trata del abuso del derecho en sentido subjetivo u objetivo. Entiéndase el primero como el conjunto de facultades para hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establecen en favor del sujeto de derecho, es decir, es la facultad legal que corresponde a su titular. El derecho subjetivo también es identificado como *la situación de poder concreto concedida a la persona, como miembro activo de la comunidad jurídica y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa*²³⁰, e incluso se llega a considerar a éste como un interés jurídicamente protegido.

Por su lado, el derecho objetivo hace alusión al conjunto de normas para ejercitar dichas facultades, o, en otros términos, a la forma o modo cómo se hace uso de esa facultad²³¹. De ese modo, visto el derecho desde esa óptica, se observa que se trata de normas jurídicas generales y abstractas, que conllevan un mandato para sus destinatarios, y pueden ser exigibles coactivamente.

El abuso recae sobre el ejercicio del derecho subjetivo (no en su adquisición, transferencia, etc.), por ello para algunos es mejor titular el tema como “el ejercicio abusivo del derecho”, sin embargo, mayoritariamente se prefiere denominarlo como abuso del derecho. Cabe mencionar que por ejercicio del derecho subjetivo se entiende como: ejecutar todas o algunas de las posibilidades, o facultades, que del mismo se derivan.²³² Tal ejercicio, así considerado, en principio es catalogado como un acto legítimo, lícito y justo.

Dentro de la limitación que el ejercicio del derecho debe observar se anota: Objetiva, en tanto que no debe rebasar los límites que la ley señala; y, subjetiva, al deber actuarse con una finalidad social o económica compatible con la razón y el fundamento de la norma que garantiza ese derecho²³³. Siendo así, se considera que el abuso del derecho se configura cuando al momento de ejercerse las facultades por el titular, se inobservan tales limitaciones.

²³⁰Federico De Catro y Bravo, Derecho Civil de España. Parte General, tomo I, (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1952) 573, citado por Ángel Acedo Penco, Introducción al Derecho Privado, (Madrid: Dykinson, 2013), 196.

²³¹ En términos similares se expresa: Enrique Cuentas Ormachea, “*El abuso del Derecho*”, Revista de Derecho PUCP, n.51 (1997): 464 y 465. Disponible en <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199701.016>

²³² Acedo Penco, Introducción al Derecho Privado, 202.

²³³ Cuentas Ormachea, “*El abuso del Derecho*”, 465.

En ese mismo sentido, se encuentran posiciones que consideran que el ejercicio de un derecho debe enmarcarse dentro de determinados linderos, y por ello, debe de ejercitarse: a) observando las exigencias de la buena fe; b) no realizarse un ejercicio con carácter abusivo; y, c) no efectuar un ejercicio de manera antisocial.

Sobre este mismo aspecto, relacionado con los límites que los derechos subjetivos deben respetar y particularmente los derechos de crédito, se obtiene que tales restricciones se pueden clasificar de la forma siguiente²³⁴: a) límites intrínsecos, que atañen a las cargas del acreedor y el interés del deudor. Lo primero significa que, para ejercerse un derecho, previamente su pretensor debe cumplir con la parte que le corresponde, es decir, no estar en mora. También será necesario observar el interés del deudor, en el sentido de no causarle daños o perjuicios de forma indebida. b) límites extrínsecos, en los cuales se sitúan la doctrina de los actos propios y el abuso del derecho.

Así las cosas, es correcto afirmar, que el ejercicio de un derecho cumpliendo con las citadas exigencias, se convierte en un ejercicio legítimo que merece ser protegido por el ordenamiento jurídico correspondiente. Así, por ejemplo, en el artículo 27 del Código Penal salvadoreño, en lo referente a las causas excluyentes de responsabilidad penal, determina en el inciso 1°, numeral 1), que: ***No es responsable penalmente***: Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal o en ***ejercicio legítimo de un derecho*** o de una actividad lícita²³⁵

No se trata de una mera expresión de voluntad de un individuo en el marco de ejercicio de un derecho, tampoco se refiere al simple cumplimiento de la norma, sino que el asunto de transporta hasta otros escenarios, donde la intencionalidad, la falta de un interés serio y la desviación de la finalidad son elementos que deben ineludiblemente ser analizados.

A esta altura del análisis, se puede extraer que el acto abusivo implica el ejercicio de un derecho por parte de su titular, de forma que, lo actuado se encuentra dentro del marco de lo legalmente permitido, presentándose el problema cuando con ello se producen daños o perjuicios a terceros o incluso se estima que en determinados casos la afectación se puede producir en el mismo titular del derecho.

Por ello mismo, se estima que cuando se ejerce un derecho por su titular, en principio, tal actividad se encasilla dentro de lo permitido y justo²³⁶, ya que desde antaño se reconocía que quien hace uso de su derecho no causa daño a nadie. Por lo que, a contrario sensu, cuando se ejercita dicha facultad con la intención de causar un daño, entonces deja de ser legítimo dicho ejercicio y se convierte en abusivo.

Uno de los primeros derechos individuales que se consideró que su derecho caía dentro del terreno de lo abusivo, fue el de propiedad, y principalmente, sobre la propiedad inmobiliaria donde los titulares ocasionaban perjuicios a sus vecinos, al considerarse que se tenían facultades plenas para usar, gozar y disponer de la cosa de forma extralimitada, obviando todo rasgo de función social que a dicho derecho le pudiese pertenecer, y tomándose un camino distinto a la fomentación de la convivencia social o el vivir en comunidad. De ahí que se sostenga que la teoría del abuso

²³⁴ Esos mismos límites son reconocidos en: Patricia Verónica López Díaz, “El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual”, Revista Chilena de Derecho Privado, n.19 (2012): 33

²³⁵ Código Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998), artículo 27.

²³⁶ Acedo Penco, Introducción al Derecho Privado, 207.

del derecho nace a partir de la teoría de los actos de emulación, que justamente pretendían regular las relaciones entre vecinos o colindantes con el fin de que éstos no abusaran de sus facultades.

Los actos de emulación son entendidos como aquellos ejercidos por su titular en cumplimiento de sus derechos, pero carentes de toda utilidad y perjudiciales hacia los demás²³⁷. Con lo cual, se ha tratado de diferenciar dichos actos con la teoría del abuso del derecho, aduciéndose que lo distintivo entre ambas teorías es que, en la primera, es condición indispensable la concurrencia del animus nocendi o la intención de causar daño, lo cual no es inescindible en el ejercicio abusivo de un derecho, pues basta la simple ausencia de utilidad o desviación del fin por el cual fue creado el mismo para que ello se considere como tal.

En ese mismo sentido, lo relevante acá es determinar si el titular puede o no hacer uso de la facultad que la ley le atribuye cuando el ejercicio de ésta represente una afectación a un tercero o al grupo social aun realizándose dentro de los límites legales, es decir, que el actuarse de forma legal no significa que lo haga de forma lícita o legítima. Valga mencionar que, refiriéndose al abuso del derecho puede o no presentarse la existencia de dolo o culpa de parte del actor, puesto que este elemento subjetivo no es esencial para la conformación del acto abusivo²³⁸.

El ejercicio abusivo del derecho se concibe partiendo de la consideración que los derechos no son absolutos y que, por tanto, éstos tienen límites que responden a diversos factores, llámese derechos de terceros, orden público, la moral, las buenas costumbres, entre otros; incluso en muchos casos, los límites de tales derechos se establecen con el fin de proteger a su mismo titular, como cuando éstos son inderogables o irrenunciables. En suma, con ello se busca salvaguardar intereses generales como particulares.

En similar sentido, la jurisprudencia salvadoreña se ha expresado, cuando se hace referencia a que: los derechos reconocidos en la legislación no pueden ejercerse como el titular quiera, según su propio interés; sino que deben respetarse los límites legales para evitar excesos, abusos o daños.²³⁹

En otro orden de ideas, se considera que dentro de los elementos que son parte de abuso del derecho, se encuentran: a) *la intención de dañar*; b) *la falta de interés serio y legítimo*; y, c) *la desviación del derecho de su función social*.

Respecto al primero de los elementos enunciados, es necesario señalar que éste se refiere a la concurrencia de conocimiento y voluntad del individuo al momento de realizar una conducta o acto determinado, es decir, no se trata de la simple exteriorización de una acción, sino que ésta debe venir acompañada con la intención de causar un perjuicio.

Consecuentemente, se debe actuar con dolo para considerarse que ha existido un abuso del derecho. No se daría el caso cuando existe colisión de derechos, en donde dos intereses jurídicamente protegidos se hallan en franca contraposición²⁴⁰, y en razón de ello, se vuelve

²³⁷ En similar sentido se expresa: Carmen Jiménez Salcedo, “*El Abuso del Derecho y los Actos de Emulación en el Derecho Romano*”, Derecho y Opinión, n.5 (1997): 247

Disponibile en: <https://helvia.uco.es/xmlui/handle/10396/7332>

²³⁸ Cuentas Ormachea, “*El abuso del Derecho*”, 466

²³⁹ Cámara Tercero de lo Civil de la Primera Sección del Centro, Sentencia de apelación, Referencia: 82-EFQCM-20 (El Salvador, Órgano Judicial, 2020)

²⁴⁰ Cuentas Ormachea, “*El abuso del Derecho*”, 466

necesario hacer un juicio de ponderación que permita determinar cuál derecho merece o es de mayor valor frente otro que le corresponde ceder. Por esto último, es que resulta complejo deslindar cuando existe un simple conflicto de intereses y cuando se está abusando de una facultad reconocida por la ley. En razón de eso mismo, se debe tener sumo cuidado en la identificación de la concurrencia de uno u otro escenario.

Desde luego, no resulta fácil determinar la existencia de una intención dañosa cuando se hace en el ejercicio de un derecho, por lo que, se hace necesario efectuar un análisis inductivo del caso, es decir, que a partir de los acciones realizadas se debe lograr advertir la mala fe con la que ha actuado el titular; y es que se debe tener en cuenta en todo momento, que la norma reconoce derechos pero no con el fin de causar daños a terceros.

Otro de los presupuestos del abuso del derecho, que doctrinariamente se advierte, es la falta de un interés serio y legítimo, con lo cual se señala la ausencia de un interés válido para ejercer un derecho en perjuicio de otro individuo, consecuentemente se estaría en presencia de un ejercicio ilegítimo de una facultad legal. Igualmente, este criterio recibe objeciones al respecto, tales como: *a) que adopta una concepción primordialmente subjetiva, hace depender la calificación de la acción de acuerdo a si responde a un interés serio y legítimo; b) que la fórmula es bastante vaga porque es difícil, en cada caso concreto, establecer cuándo un interés pueda ser tachado de ilegítimo y falta de seriedad; e) porque resulta ineficaz, ya que a cualquier sujeto le será fácil alegar un interés como móvil de su acto tachado como abusivo.*²⁴¹

Este elemento es mayormente identificado con la utilidad que se pueda buscar con el ejercicio de un derecho determinado, es decir, deben existir motivos válidos para dotar de sentido las acciones realizadas dentro de la puesta en marcha de un derecho. En otros términos, debe existir una razón de ser para hacer uso de una facultad legal, de tal suerte que, no deben realizarse acciones sin contenido.

Respecto a los dos presupuestos anteriores, nuevamente la jurisprudencia salvadoreña ha exteriorizado que ambos corresponden a un criterio subjetivo que permite concluir: existe abuso de un derecho cuando el sujeto titular actúa con la intención de perjudicar a otro (dolosamente), al igual que si lo hace sin interés, o sin obtener utilidad alguna con ello²⁴².

Por otro lado, la desviación del derecho de su función social, hace que el ejercicio del mismo se vuelva abusivo. Esta tesis se basa en considerar que en una sociedad organizada los derechos subjetivos son *derecho-funciones*²⁴³, por lo que cada uno de ellos cumple con determinada finalidad o encomienda; siendo así, si su titular decide desatender tal propósito, el ejercicio del mismo se convierte en abusivo por cuanto va en contra del espíritu o propósito que le dio vida.

El mencionado criterio también ha sido objeto de contraargumentaciones, al exponerse que, éste exige el juez determinar la función social de cada derecho, y siendo así, con ello se pasaría del campo propiamente jurídico al terreno de la política e incluso implicaría que haya inclinaciones

²⁴¹ Ibidem, 472

²⁴² Cámara Tercero de lo Civil, Sentencia de apelación, con referencia 82-EFQCM-20.

²⁴³ Cuentas Ormachea, “*El abuso del Derecho*”, 472

hacia el socialismo. Sin embargo, tales señalamientos caen en extremos, que no son suficientes para restar importancia a la función social que cumple el Derecho en general.

Así las cosas, más allá de las objeciones que sobre los criterios planteados se han efectuado, resulta importante mencionar que el ejercicio de un derecho en perjuicio de terceros puede ser socialmente reprobado y, por tanto, ser catalogado como un abuso del derecho del cual se han de derivar consecuencias.

En razón de este último criterio, es que se ha afirmado que a nivel objetivo, el abuso del derecho es identificado, por un lado, cuando el titular lo desvía de la finalidad que justifica su existencia, sin tomar en consideración lo reprochable que tal actuar resultaría; y por otro, cuando se actúa contrariando los límites impuestos por la moral, buenas costumbres y buena fe; por tanto, con independencia que exista dolo o culpa, el abuso se configura al cumplirse tales presupuestos²⁴⁴.

En otro orden de ideas, también es oportuno traer a cuenta que muchas veces en los ordenamientos jurídicos se encuentran alojados diversos derechos que aparentemente se encuentran vestidos de legalidad pero que verdaderamente no gozan de legitimidad, por lo que el ejercicio de éstos puede llegar a generar perjuicios en contra de terceras personas que no han sido medidas con la misma balanza.

Dentro de las principales consecuencias que del ejercicio abusivo de un derecho se pueden generar, se señalan las siguientes²⁴⁵: a) cese del acto en el cual ha recaído la extralimitación de las facultades; b) debido a que la intención de dañar constituye uno de los elementos propios del abuso del derecho, es lógico que ante la producción de daños a terceros, un efecto reparador sea la indemnización de los perjuicios ocasionados; c) cabría también la posibilidad de promoverse la nulidad de aquellos negocios o instrumentos que hayan dado lugar a que uno de los suscriptores se valga de tales medios para causar daños a la otra parte contratante; d) igualmente, en un escenario como el que se analiza, bien se podrían adoptar medidas cautelares con el fin de hacer cesar los efectos que el abuso del derecho esté produciendo, medidas que podría ser aplicables tanto en sede administrativa como jurisdiccional.

En el ordenamiento jurídico salvadoreño se encuentran disposiciones que prohíben el uso abusivo de un derecho, por ejemplo, en el Código Civil, en el artículo 782, se establece que el propietario de un inmueble no puede hacer uso de sus derechos cuando ello represente un perjuicio para el usufructuario, salvo que éste último lo haya consentido efectivamente²⁴⁶.

El abuso del derecho también se relaciona con la seguridad jurídica, ya que resulta necesario determinar cuando el ejercicio de un derecho deja de ser conforme a las exigencias del Derecho en general, es decir, de acuerdo a la buena fe, justo equilibrio, entre otros; y se convierte en abusivo, para lo cual deberán establecerse los parámetros o criterios a utilizar para catalogar un ejercicio de ese carácter y las consecuencias que de ello se han de derivar.

²⁴⁴Cámara Tercero de lo Civil, Sentencia de apelación, con referencia 82-EFQCM-20.

²⁴⁵ López Díaz, *“El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual”*, 32

²⁴⁶ Código Civil (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1860), artículo 782.

Resulta importante mencionar que el abuso del derecho muchas veces se puede generar a partir de un incumplimiento contractual, en donde el acreedor puede escoger el remedio que, si bien se ajusta a sus intereses, causa excesivos costos y serias desventajas para el sujeto obligado.

Principales semejanzas y diferencias entre las cláusulas abusivas y el abuso del derecho.

Luego de haberse abordado lo relacionado a las cláusulas abusivas y el abuso del derecho, es importante establecer los rasgos que los asemejan y los diferencian con el fin de conseguir una imagen panorámica que permitan visualizar con mayor nitidez lo que ambas teorías contemplan.

Semejanzas.

- Ambos corresponden a la abusividad cometida en el campo del Derecho.
- Tanto las cláusulas abusivas como el ejercicio abusivo de un derecho se encuentran prohibidos por el Derecho en general.
- Los sujetos que ordinariamente incurren en esas conductas son los que figuran del lado activo de las relaciones intersubjetivas.

Diferencias.

- El abuso del derecho se enmarca en la usabilidad de un derecho subjetivo reconocido por la ley; mientras que, por medio de las cláusulas abusivas no es el hecho que se pongan en acción derechos ya reconocidos lo que convierte en abusivo el asunto, sino que ello se presenta cuando se crean, modifican o extinguen derechos para beneficiar a una parte y perjudicar a otra.
- Las cláusulas abusivas nacen y tienen su principal desarrollo en materia de protección al consumidor (incluido el consumidor financiero)²⁴⁷; mientras que, el abuso del derecho tiene su origen en el Derecho Privado, y particularmente, surge luego de la teoría de los actos de emulación.
- Para que las cláusulas abusivas tengan lugar es necesaria la existencia de determinados instrumentos en los cuales se incorporen, como los contratos (de adhesión) o condiciones generales de contratación, en otros términos, nacen bajo la cobertura del principio de autonomía de la voluntad; en cambio, el ejercicio abusivo de un derecho no requiere de dichos instrumentos, sino que el reconocimiento de los derechos usados de esa forma vienen dados por la norma.
- Los elementos que determinan la existencia de un ejercicio abusivo de un derecho son la intención de causar daño, la falta de un interés serio o sin utilidad, y la desviación de la función por la cual fue creado el derecho ejercido de esa manera; mientras que, los elementos propios de las cláusulas abusivas son el desequilibrio, la mala fe, el perjuicio ocasionado en el consumidor y el abuso de la posición dominante.

²⁴⁷ Como muestra de ello se encuentran: Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y la Ley de Protección al Consumidor de El Salvador.

- Con la regulación de las cláusulas abusivas se pretende limitar la autonomía de la voluntad; en cambio, en el establecimiento de la teoría del abuso del derecho se restringe la puesta en marcha de los derechos subjetivos legalmente reconocidos.
- Las cláusulas abusivas pueden cobrar existencia desde el momento de su incorporación en los contratos de adhesión o al momento de su ejecución; sin embargo, en el abuso de un derecho ello tiene lugar solamente cuando se ejerce el mismo, es decir, al momento de su ejecución.
- Las consecuencias que se derivan del abuso del derecho son la cesación del acto realizado bajo esa figura, al igual que la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados²⁴⁸; mientras que, con las cláusulas abusivas son sancionadas con su inexistencia o nulidad, sin que ello represente dejar sin efecto el resto del contrato en el cual se encuentren contenidas, salvo aquellas otras cláusulas que les sean interdependientes.

3.4 DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES.

3.4.1 Derecho del consumidor.

Si bien diversos países han dejado en la historia la concepción de un Estado regulador e intervencionistas, para dar paso a la privatización de servicios o el control estatal de éstos, a su vez se abren la puerta a libres mercados. Es esto último lo que no permite que el Estado de un paso al costado, puesto que ahora se ve en la obligación de asumir un nuevo rol de supervisión y control.

El Derecho de consumo o Derecho del consumidor es definido de diversas formas, así encontramos posiciones que lo consideran como el conjunto orgánico de normas capaces de constituir una rama del derecho que tiene por objeto la tutela de quienes contratan para la adquisición de bienes y servicios destinados, en principio, a las necesidades personales²⁴⁹.

En una definición más amplia se concibe al derecho de consumo como los principios, normas, doctrinas y jurisprudencia tendiente a crear los mecanismos de defensa a favor de los consumidores, con el fin de garantizarles un justo equilibrio en el mercado en el cual se relacionan con los comerciantes o empresarios.

La finalidad que persigue dicho conjunto de normas es la justamente la protección del consumidor, por lo que cumple con la función de “corrección de la desigualdad estructural que éstos padecen en el mercado”²⁵⁰, constituyéndose entonces como remedio que pretender lidiar con el desequilibrio estructurado fácticamente.

Esta área del derecho está posicionada dentro del Derecho Social, en tanto que se busca proteger a la parte más débil dentro de las relaciones originadas entre consumidores y proveedores, es decir, a los primeros. Bajo esa línea de pensamiento, se parte de la presunción de desequilibrio

²⁴⁸ López Díaz, “*El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual*”, 32.

²⁴⁹ Juan M. Farina, *Defensa del Consumidor y del Usuario: comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361*, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2009), 3.

²⁵⁰ *Ibidem*, 23.

que en la realidad se muestra en determinadas relaciones, y a partir de tal consideración se crean los mecanismos legales correspondientes conducidos a corregir tales condiciones.

3.4.2 Protección al consumidor

Deben ser diversos los mecanismos que los Estados se encuentren obligados a implementar en sus poblaciones con el fin de garantizar y dotar de efectividad los derechos y garantías de los consumidores incluidos los del sector financiero.

En este tema es donde se puede observar que si bien el Estado toma una postura un tanto pasiva en las relaciones comerciales que se rigen por las leyes de la oferta y la demanda, con el fin que la economía crezca y se ponga en marcha la libertad económica, no debe por ello, obviarse que dentro de ese campo también se pueden cometer abusos, y por lo tanto, será necesaria la intervención estatal para que se brinde una respuesta ante tal problemática, de forma que, exista un árbitro que dicte las reglas del juego e imponga las penalidades correspondiente cuando haya lugar a formación de causa. En tal sentido, el Estado pasa de ser un mero espectador a tomar una posición de ente regulador y supervisor de la actividad económica que se desarrolla dentro de su jurisdicción, con lo cual deberá mantener en justo equilibrio el desarrollo del comercio, por un lado, y la protección de las personas consumidores, por el otro.

Es innegable la importancia que el tema merece, ya que, dada la naturaleza misma de los seres humanos, todos son consumidores en algún momento determinado e incluso las personas jurídicas para su existencia y desarrollo; ello pues, resulta inevitable. Y mucha más relevancia se advierte cuando también entran en juego otros derechos que se podrían ver afectados, tales como la salud, la educación, la vida, la propiedad, entre otros, ya que el consumidor si bien puede ir en busca de satisfacer sus deseos no puede obviar la satisfacción de sus necesidades esenciales.

El Derecho de Consumo reconocido a partir de la segunda mitad del siglo XX²⁵¹, en los últimos años ha venido evolucionando significativamente, estableciendo líneas de defensa para aquellos sujetos que dentro de una relación jurídica se sitúan en condiciones de desventaja que no les permite contar con las facultades para negociar sobre el objeto de lo comercializado. Por ello, es que dicha área del Derecho ha tratado de venir dotando a los consumidores con las herramientas necesarias para posicionarlos en condiciones de igualdad y equidad frente a otros sujetos de Derecho, y principalmente frente a las partes predisponentes en los contratos de adhesión. Por esa misma razón, uno de los principales retos que debe afrontar el derecho en materia de contratos de adhesión es la posibilidad de que se introduzcan en su contenido cláusulas abusivas²⁵²

Sobre este tema se ha esbozado que en las relaciones de consumo prevalece el interés general por encima del interés privado de los proveedores, que, si bien pueden ser identificados como grupo social, en comparación a los consumidores, es un colectivo más reducido, y, por lo tanto, la ley protege con mayor cobertura al grupo que se identifique con el fin del interés general.

²⁵¹ José Ovalle Favela, Derecho del Consumidor, (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2000), 3.

²⁵² Mariana Bernal-Fandiño, Fernando Andrés Pico-Zúñiga, “Las cláusulas abusivas en los contratos de crédito hipotecario. Una mirada comparativa entre España y Colombia”, *Vniversitas*, n. 131 (2015): 178

a) Protección constitucional.

La protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas y abuso del derecho también tiene realce constitucional que permite brindar mayor grado de cobertura a nivel local. Esto también se muestra como parte de la constitucionalización del derecho privado o como lo catalogan algunos la elevación de instituciones de Derecho Privado a rango constitucional, que desemboca en la habilitación de los mecanismos constitucionales creados para que los ciudadanos defiendan sus derechos en el último estadio de protección jurídica a nivel interno²⁵³.

Debemos indicar que mecanismos como el Amparo resultan indispensables ante la falta de respuesta efectiva por parte los medios ordinarios habilitados para la tutela de los derechos y garantías fundamentales que se ven conculcados producto de las cláusulas abusivas o abusos del derecho en los contratos de crédito, por ejemplo. De igual manera, por medio del proceso de Inconstitucionalidad se consigue expulsar del ordenamiento jurídico todas aquellas normas que ya sea por su forma o contenido vulneren derechos, garantías, principios o disposiciones de rango supralegal (constitucional), de manera que, al existir disposiciones que permitan o avalen el establecimiento de cláusulas o prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores, pueden ser sometidas a control de constitucionalidad y así determinarse la continuidad o derogación de las mismas.

Bajo esa lógica, al fabricarse negocios jurídicos al calor de la autonomía de la voluntad que estén en desconformidad a las exigencias constitucionales, éstos pueden ser objetados y restados de cualquier efecto, todo ello con el fin de mantener inalterable el orden público. En esta misma línea, *se ha considerado que tanto el sector bancario como el asegurador realizan actividades de interés público y los ciudadanos están generalmente en una posición de indefensión frente a estas entidades y que, dado el alcance de los efectos horizontales de la Constitución, los contratos no solamente deben ceñirse a lo exigido por la ley, sino con mayor razón a los mandatos constitucionales*²⁵⁴

b) Protección Legal.

La protección que se consigue por medio de la Ley secundaria, es la más común y ordinaria, ya que a través de la misma se establecen los mecanismos que los consumidores pueden utilizar ante la vulneración de sus derechos, para ello, poniendo en acción las entidades administrativas y judiciales encargadas del cumplimiento de la norma y a quienes les compete la determinación de sanciones ante la vulneración de tales derechos y garantías.

La regulación y tutela de los derechos del consumidor establecidos en la LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR se encuentran en armonía con las directrices dictadas por las Naciones Unidas para la protección del consumidor. De dicho cuerpo normativo emanan derechos elementales como: **el derecho a la información, a la educación, a la libertad de elección, a no ser discriminado, a la seguridad y calidad, a la compensación y a la protección.**

Para que la protección de este tipo sea posible, primeramente, evidentemente es necesario que dentro de los ordenamientos jurídicos se encuentren normas destinadas precisamente a la protección de los consumidores. Así en considerable cantidad de países han visto con buena

²⁵³ Tales garantías también se encuentran reconocidas en la Constitución de la República de El Salvador.

²⁵⁴ Bernal-Fandiño, Pico-Zúñiga, “Las cláusulas abusivas en los contratos de crédito hipotecario. Una mirada comparativa entre España y Colombia”, 176 y 177

manera la adopción de leyes de ese tipo, y en el caso salvadoreño no ha sido la excepción, pues en el año de 2005 puso en vigencia la Ley de Protección al Consumidor²⁵⁵, a través de la cual se dio vida a la Defensoría del Consumidor como entidad encargada de velar por el cumplimiento de dicha normativa, y con competencia para sancionar aquellas infracciones cometidas por los comerciantes o proveedores. Por medio de tales instrumentos incluidos los de carácter internacional, generalmente se introducen prohibiciones sobre determinadas actividades que causen agravios a los consumidores, dentro de las cuales se encuentran las cláusulas y prácticas abusivas que se generen en ocasión de las relaciones emergentes entre proveedores y consumidores.

La ley como mecanismo ordinario debe tener cumplir una función preventiva en cuanto al cometimiento de conductas contrarias a Derecho, así, desde el momento que se crea la norma se pueden establecer catálogos de supuestos que podrían encajar dentro de las denominadas cláusulas abusivas, tal como se ha regulado en el continente europeo, o en su caso al establecer criterios que permitan determinación cuando se está frente a un clausulado de este tipo. Adicionalmente, es un punto clave para que tal función se cumpla, la divulgación de la norma, pues de esa manera se consigue anticipar que ante la falta de conocimiento se realicen conductas o prácticas abusivas.

Ordinariamente, las leyes secundarias sobre esta materia cuentan con doble naturaleza; una parte sustantiva, que esencialmente se encarga de reconocer los derechos de los consumidores usuarios, así como los principios rectores que se han de tener en cuenta en la aplicación de la norma; por otro lado, son de naturaleza procesal, al establecer los procedimientos que se han de seguir ante las autoridades administrativas o judiciales para la tutela de los derechos y garantías conculcados, asimismo en esta parte, se determinan las sanciones que se deben imponer al configurarse los presupuestos habilitantes para ello. Valga mencionar que son leyes tanto generales como especiales, las que se encargan de regular los aspectos antes indicados.

c) Protección Especial.

Dentro de la protección a los consumidores, se encuentran aquellos que corresponden al sector financiero, como un grupo de individuos que hace uso de los servicios financieros prestados por entidades bancarias o financieras, o en términos generales los agentes financieros²⁵⁶

Legislaciones como la colombiana, cuentan con una ley especial que regula la materia, así en el año 2009 se creó el Estatuto del Consumidor Financiero con el propósito de establecer los principios y reglas que protegen a los consumidores financieros en sus relaciones con las compañías de seguros y las entidades bancarias²⁵⁷. Con ello se advierte que en determinadas naciones la protección al consumidor tiende a sectorizarse y especializarse ante la insuficiente cobertura que las leyes generales puedan ofrecer. Sin embargo, existen opiniones en el sentido de

²⁵⁵ Ley de Protección al Consumidor (El Salvador: Asamblea Legislativa, 2005).

²⁵⁶ Son organismos, son instituciones que se encargan de captar el dinero del público para trasladarlo a los sectores productivos. Dentro de ellos se encuentran los bancos, sociedades de ahorro y crédito, las asociaciones cooperativas, bancos cooperativos, entre otros.

²⁵⁷ LEY 1328 DE 2009 (Colombia: Congreso de la República de Colombia, 2009), artículo 1.

considerar que es mejor la unificación de normas que abarque todas las relaciones de consumo, aunque conlleve una gran dificultad, es ideal para la seguridad de los consumidores²⁵⁸

Por su parte, el Banco Mundial con el propósito de coadyuvar a la protección de los consumidores financieros, ha publicado una serie de recomendaciones de buenas prácticas²⁵⁹ tendientes a proteger a ese sector. Dentro de las prácticas que destacan se encuentran las siguientes: el establecimiento de las reglas claras, actuar de forma transparente, brindar información a los consumidores, resguardar la información privada de éstos, la habilitación de los mecanismos adecuados para la resolución de conflictos, así como la prohibición de prácticas abusivas y engañosas.

No esta demás decir, que todo sistema financiero debe descansar en los principios de justa reciprocidad, responsabilidad y transparencia, lo que se debe cohonestar con la legítima búsqueda de beneficios o lucro por parte de las empresas que ofertan bienes y servicios, que, como contrapartida, deben ser de calidad en beneficio de los usuarios²⁶⁰.

3.4.3 Derechos de los consumidores.

Dentro de los principales derechos que corresponden al consumidor, aparecen los siguientes:

a) El derecho a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores.

Con el cual se pretende garantizar que los productos puestos en el mercado sean fiables para los consumidores y no se representen riesgos para su salud o seguridad, de esa manera se busca salvaguardar la integridad física y moral de las personas consumidoras. Bajo esta misma óptica, es que en los mercados se prohíben productos tóxicos y dañinos para la salud, así como aquellos que siéndolos en menor grado no son dados a conocer al público sobre los efectos que éstos generan. Capital importancia se alcanza en este tema, cuando se advierte que muchos productos son ingeridos o de aplicación directa por los consumidores.

La vida como bien jurídico inherente a toda persona humana, es un bien protegido a diversas escalas por lo que con el fin de garantizarse se deben trazar todas las medidas o mecanismos necesarios que permitan que tal derecho no se vea anulado. En tal sentido, el Derecho de Consumo se ve emplazado para contribuir en la creación de un escudo capaz de conservar y mantener inalterable dicho supraderecho.

²⁵⁸ Carmen Ligia Valderrama-Rojas dir., María Elisa Camacho-López, *Perspectivas del Derecho del Consumo, Modelos legislativos en materia de consumo en el Derecho comparado*, (Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2013), 33-76,

²⁵⁹ Buenas Prácticas para la Protección al Consumidor Financiero, (Estados Unidos de América: Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Banco Mundial, 2012)

²⁶⁰ José María López Jiménez, *Las cláusulas abusivas en la contratación bancaria*, (Tesis Doctoral, Universidad de Málaga, 2015), 12

https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/11779/TD_LOPEZ_JIMENEZ_Jose_Maria.pdf?sequence=1&isAllowed=y

b) El derecho a la protección de los intereses económicos de los consumidores.

Los compradores de bienes o servicios deben ser protegidos contra los abusos de poder del proveedor²⁶¹; particularmente, contra las prácticas y cláusulas abusivas, estas últimas incorporadas en los contratos de adhesión, que finalmente se traducen en perjuicios económicos para el consumidor. Adicionalmente, este derecho conlleva hacer lo posible para que los consumidores obtengan el máximo beneficio de sus recursos económicos²⁶².

c) El consumidor debe ser protegido contra los daños provocados a sus intereses económicos por un producto defectuoso o un servicio deficiente.

Los efectos dañosos que se generan de los productos o servicios, incluyéndose los financieros, deben ser resarcidos cuando aquellos son indebidos, ya sea que se hayan producido directamente o de forma oculta. Es decir, el consumidor tiene derecho para reclamar contra los vicios redhibitorios que presenten las cosas, así como de los servicios negligentes que al respecto se prestan.

d) El derecho a la reparación de los daños.

Partiéndose que la máxima que todo daño debe ser reparado, el consumidor al sufrir daños en su patrimonio también cuenta con la facultad de exigir en concepto de responsabilidad civil o moral, la indemnización por los agravios generados.

e) El derecho a la información y a la educación del consumidor.

Las personas consumidoras previo a la adquisición de los productos y servicios deben contar con toda la información relacionada acerca del objeto negociado, tales como características, beneficios, efectos, riesgos, entre otros datos que permitan al consumidor tener claridad sobre lo que está comprando. En tal sentido, se no se permite que exista publicidad engañosa o cualquier información que no corresponda a la realidad.

Por otro lado, se debe fomentar la educación a los diversos sectores de la sociedad, con el fin de formar consumidores responsables, que conozcan sus derechos y obligaciones, así como los mecanismos legales disponibles para la resolución de conflictos y tutela de sus derechos e intereses. En ese mismo sentido, la Organización de las Naciones Unidas, por medio de las Directrices para la Protección del Consumidor, ha reconocido este derecho con el fin de capacitar a los consumidores para que sepan discernir, puedan hacer elecciones bien fundadas de bienes y servicios y tengan conciencia de sus derechos y obligaciones, para lo cual establece que este tipo de educación, cuando proceda, debe formar parte integrante del programa básico del sistema educativo, y de preferencia como componente de asignaturas ya existentes.²⁶³

En suma, este derecho hace referencia de contar con la información relativa de los productos, bienes o servicios que se ofrecen al consumidor y la información adecuada para la defensa de sus intereses ante las entidades administrativas y jurisdiccionales competentes.

²⁶¹ Ovalle Favela, Derecho del Consumidor, 29

²⁶² Ibidem, 36

²⁶³ Directrices para la Protección del Consumidor, (Ginebra, Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015), artículo 42 y 43

f) Acceso expedito y sin mayores formalidades a instituciones protectoras de los consumidores.

Por su parte, este derecho tiene como principal objetivo la creación de los mecanismos correspondientes, sin la presencia de mayores obstáculos y dilaciones a efecto que las instituciones judiciales y administrativas brinden la asesoría y asistencia que merecen los consumidores. Por ello, el tema aquí se relaciona con el derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional, sobre todo con lo relativo al acceso jurisdiccional o la tutela judicial efectiva.

Por último, es importante mencionar que, a nivel jurisprudencial, la Sala de lo Constitucional salvadoreña, ha reconocido que son derechos básicos de los consumidores, los siguientes: (i) la protección de su salud y seguridad, (ii) la protección de sus intereses económicos y ambientales, (iii) la información y educación, (iv) la representación, y (v) a la justa reparación de los daños por medio de procedimientos rápidos, eficaces y poco costosos.²⁶⁴

3.4.4. Derecho de retracto.

En la mayoría de las legislaciones se considera el derecho de retracto como un derecho subjetivo, en nuestro país se encuentra establecido en el artículo 13-A, de La Ley de Protección al Consumidor, el cual establece que: *El derecho de retracto de un contrato es la facultad del consumidor de dejar sin efecto el contrato unilateralmente, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización alguna, siempre*²⁶⁵.

A su vez, el citado artículo establece que este derecho podrá ejercerse en los siguientes casos:²⁶⁶

1. En la compra de bienes y contratación de servicios ofrecidos por el proveedor o un tercero que actúe por su cuenta fuera del establecimiento mercantil, en reuniones convocadas con dicho objetivo por el proveedor, y donde el consumidor deba expresar su aceptación dentro del mismo día de la reunión. Todos los contratos celebrados fuera del establecimiento del proveedor, en los que no exista solicitud se presumen sometidos a lo dispuesto en este artículo, de modo que corresponderá al proveedor la prueba en contrario;
2. En los contratos a distancia, es decir, los contratos celebrados con los consumidores en el marco de una actividad empresarial, sin la presencia física simultánea de los contratantes, siempre que la oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el empresario. Entre otras, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: los impresos, con o sin destinatario concreto; las cartas en formularios; la publicidad en prensa con cupón de pedido; el catálogo; el teléfono, con o sin intervención humana, cual es el caso de las llamadas automáticas o el audio texto; el correo electrónico; el fax y la televisión.
3. Cuando así se reconozca en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato.

²⁶⁴ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo, Referencia: 138-2015 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017)

²⁶⁵ Ley de Protección al Consumidor, (Asamblea Legislativa de El Salvador), 2005.

²⁶⁶ Ibidem,

CAPÍTULO IV

PRINCIPIO DE EQUIDAD INTERGENERACIONAL Y CONTRATOS DE CREDITO AL CONSUMIDOR.

La filosofía jurídica ha hecho un importante aporte de reflexiones de la naturaleza jurídica de la equidad. En efecto, desde las más diversas escuelas (iusnaturalistas y iuspositivistas) el tema de la equidad queda circunscrito en el más amplio sentido de la justicia y del bien. Ya Platón, Aristóteles, Santo Tomás, Leibniz, Kant, entre otros, plantean la equidad como una forma peculiar de justicia que está sobre el derecho. La justicia en efecto, se halla estrechamente vinculada a la filosofía del derecho. Este es el ámbito privilegiado de reflexión. Se trata pues, de una reflexión eminentemente axiológica.²⁶⁷

La formulación clásica de la doctrina de la equidad se debe a Aristóteles. Trata de la equidad como culminación de su doctrina de la justicia, afirmando que lo equitativo es justo, pero trascendiendo la concepción de una justicia que resaltaría de aplicar gramaticalmente una ley a un caso para el que evidentemente no ha sido hecha, ya que conduce a un resultado irracional e inicuo.²⁶⁸

En el ámbito del derecho, son muchas las vinculaciones que existen entre la equidad y la justicia e incluso a los derechos humanos. El primer vínculo que merece ser traído a cuenta es que la equidad y la justicia son componentes necesarios de un concepto integral del desarrollo. Para muestra, el crecimiento económico sin equidad no satisface los estándares preponderantes a escala internacional para la medición del desarrollo de los pueblos; éste por otro lado, hoy no puede ser concebido al margen de las libertades y derechos fundamentales de la persona, hasta el punto de que el desarrollo es entendido como un proceso de ampliación de la libertad humana.²⁶⁹

Es importante mencionar, que la aplicación de la equidad dentro de la esfera del derecho, no significa no aplicar una ley, tampoco significa un juicio de valor acerca de la justicia de la ley considerada en sí misma, sino una estimación acerca de su aplicabilidad al caso controvertido, la equivocación no está en la ley, ni en el legislador, son en la naturaleza de las cosas.²⁷⁰

La ley puede ordenarse genéricamente al bien común y ser, por lo tanto, justa y verdadera ley; no obstante, si de su aplicación a una situación determinada, resulta un positivo mandato de injusticia que contradice la razón de bien público que determinó su promulgación, dicha ley resulta inaplicable, no por injusticia en sí, sino por no ser la norma jurídicamente adecuada al caso que debe juzgarse.²⁷¹

²⁶⁷ Adolfo González Brito, “Precisiones conceptuales al principio de equidad” *Pensamiento Educativo*. Vol. 26 (julio 2000), pp 15-29.

<http://revistadelaconstruccion.uc.cl/index.php/pel/article/view/25615/20537>

²⁶⁸ Lucrecia Aboslaiman, “La equidad como principio general del derecho. Criterio de interpretación” *Revista argumentos*, 2017, 63

²⁶⁹ Richter, Jacqueline, Richter, Jacqueline y María Casal, Jesús. 2021. Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia. *FLACSO*, 2005. eLibro

²⁷⁰ Lucrecia Aboslaiman, “La equidad como principio general del derecho. Criterio de interpretación”..., 63.

²⁷¹ *Ibíd.*

4.1 La equidad dentro del derecho privado.

La equidad ha tenido una función muy importante en la historia, sobre todo en el derecho romano. En el derecho romano no se podía concebir la idea de existir un derecho si no era justo y además se convirtió en un axioma tanto para el derecho establecido por una ley, como para el que fuera declarado por una sentencia judicial.

La evolución de la equidad llega a su punto más alto, en tiempos de Justiniano, donde derecho y equidad son una misma cosa. Los romanos nunca rechazaron la equidad como si lo hicieron otros sectores del positivismo moderno. Aún, cuando equidad y derecho romano positivo estuvieron separados antes de la república, nunca estuvieron desconectados. El cristianismo de igual manera tiene influencia en el concepto de equidad, ellos la identifican como un derecho no escrito, que está en la naturaleza humana y, más aún, que ha sido puesto en nuestro intelecto por un ser superior, por lo que la consideraban como un elemento esencial del derecho natural.²⁷²

En la época clásica en Roma, la *iusticia=lo que consideramos justo* y *aequitas=alude a la noción de igualdad*, están unidas, es entonces que la idea de equidad rebasa el ámbito del derecho y se convierte en modelo de supervivencia social; por lo que Constantino ordena que sea aplicada *in omnibus rebus*. Constantino emite la primera formulación general de la equidad la cual establecía que en cualquier tipo de relaciones debe prevalecer la equidad sobre el derecho estricto. Con el cristianismo la equidad pierde su sentido pagano y es la aplicación de la norma como arte de lo bueno y lo justo, presidido por la caridad, además la consideraron un elemento esencial del derecho natural.

Tradicionalmente, la doctrina inicialmente se plantea la primera pregunta, si la equidad es una norma. Es claro que, si es una norma, es también fuente del derecho. La solución a la pregunta antes planteada es que la equidad no es una norma, ni una fuente del derecho. No es una norma porque, como es la solución correcta al conflicto de intereses del caso concreto, nunca puede tener la generalidad propia de las normas, aunque pueda tener la generalidad propia de las normas, aunque pueden tener la generalidad propia de las normas, aunque puede llegar a adquirir cierto grado de generalidad si el mismo criterio equitativo se repite suficientemente en resoluciones sucesivas. No es una fuente de derecho porque no sirve necesariamente para resolver los demás supuestos análogos ni todos los supuestos, sino que cada uno de ellos suele tener su peculiar solución equitativa.²⁷³

Codificar a la equidad como principio es algo poco común en las legislaciones de los países de América, de tal manera que debemos remontarnos al Código Civil Español para encontrar palpablemente cual es el papel de la equidad en el derecho, en ese sentido el artículo 3.2 del cuerpo legal antes mencionado, establece que la equidad por lo común sirve exclusivamente para atemperar, moderar, suavizar el rigor de la ley; pero, si la ley misma se remite expresamente a la equidad como medio de juzgar, entonces los jueces deben fundamentar el fallo exclusivamente en ella. En este caso, la equidad, aunque no es una norma, sustituye a las normas y ocupa su lugar.

²⁷² José Ignacio Cano Martínez de Velasco. La equidad en el derecho privado: derecho y justicia. Barcelona: J.M. BOSCH EDITOR, 2009. ELibro 63.

²⁷³ Ibidem.

Como vemos, la equidad no es una fuente directa ni formal o autónoma del derecho en la casi totalidad de los ordenamientos jurídicos modernos, sin embargo, hay que decir que sí lo es en un sentido material y, sobre todo, actúa como un importante procedimiento inspirador de soluciones. La equidad es vista como un método de aplicación de las normas ya existentes a las circunstancias de la vida, operando en el ámbito de todas las fuentes jurídicas y de los demás procedimientos de elaboración del derecho.

En ese orden de ideas, autores destacan como funciones de la equidad las siguientes:

Función interpretativa²⁷⁴: Las normas se promulgan teniendo en cuenta unos hechos, unas necesidades sociales, unas conductas que hay que regular. En estricto sentido esta se basa en la obligación del juzgador, quien en presencia de un texto positivo a adoptar siempre la interpretación que corresponda a la justicia, imponiéndose la conclusión más ajustada al concepto fundamental del derecho.

Función integradora²⁷⁵: La idea de equidad “*praeter legem*” opera cuando no hay norma de derecho que regule directamente una determinada relación, ni cabe extraerla del sistema positivo por la vía de la analogía, si se admite este procedimiento, pudiendo dársele diversos contenidos según la posición en la que encuentren las partes o el Juez mismo.

Función correctora²⁷⁶: La también llamada equidad “*contra legem*” actúa en la creencia de que las normas jurídicas, por muy equitativas y aceptables que se quieran suponer pueden adolecer de imperfecciones, siendo el juzgador el que en su misión de aplicarles a los casos concretos tiene la facultad y el deber de cerciorarse de la existencia y validez de la norma que ha de ser fundamento de su decisión, así como de su sentido y alcance, y de su aplicabilidad al supuesto acaecido, sin poder hacer omisión del examen y crítica de las deficiencias que aparecen, ni renunciar al ejercicio de una cierta y limitada acción correctora y perfeccionadora de la norma.

Ahora corresponde señalar cual es la relación de la equidad con el derecho con énfasis en el derecho privado. Desde una perspectiva contractual, la equidad destaca como un principio general del derecho, dando a luz, lo que se conoce como equilibrio contractual, bajo esta premisa se constata a la libertad contractual, para que las partes del contrato discutan su contenido y alcancen una simetría prestacional. Bajo ese escenario se busca una justicia contractual que cumpla con los principios de equidad, equilibrio, igualdad, proporcionalidad y buena fe.

En la justicia contractual la equidad tiene el deber de mantener una simetría o proporcionalidad prestacional, permiten establecer una correspondencia entre lo querido y lo decidido, prometiendo el equilibrio negocial.

La equidad también se encuentra presente en las relaciones de mercado, jugando un papel propicio para el consumidor. El derecho de los consumidores tiene su génesis en la preocupación del legislador de la Unión Europea de proteger al consumidor, garantizando la calidad de los

²⁷⁴ María Isabel Garrido Gómez, “Criterios para la solución de conflictos de intereses en derecho privado”, (Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1991), 149.

²⁷⁵ Ibidem 153.

²⁷⁶ Ibidem 155.

productos que se venden en el mercado único y también procurando un equilibrio entre las prestaciones recíprocas que se originan de los contratos onerosos.

La legislación española es la referente en cuanto a reconocer el problema de desigualdad que existe entre las partes y que sobre todo se ven reflejados en gran medida en los contratos de adhesión. El Código Civil español establece en su artículo 1288 la prohibición de que cláusulas oscuras sean interpretadas a favor de la parte que haya ocasionado la oscuridad. Por “oscuridad” debe entenderse la ambigüedad en la redacción de las cláusulas y también la laguna por falta de regulación en el contrato de una cuestión sobre la que el uso de los negocios del ramo correspondiente obliga a disciplinar expresamente.

Lo anterior, lleva a tratar de compensar la debilidad de la parte que no ha podido participar en la confección de la cláusula defectuosa y que ha tenido que aceptarla ante un estado jurídico o económico de relativa absoluta necesidad.

Tradicionalmente, se considera al derecho privado es puramente privado y excluye toda consideración de políticas pública. El punto central es que las relaciones de derecho privado son personales y el patrón de justificación de la responsabilidad impuesta por la justicia correctiva es inconsistente con el patrón de justificación de la justicia distributiva. Por un lado, está el ámbito de lo público, dominado por la política y la justicia distributiva y, por el otro, el ámbito de lo privado dominado por la justicia correctiva.²⁷⁷

El derecho privado no es ajeno al control estatal, si bien en ocasiones el principio de rango constitucional de igualdad no tiene aplicación dentro de las relaciones que emanan dentro del derecho privado, puesto mayormente estas se rigen por el principio de autonomía de la voluntad, y es que esta última se pone por encima del principio de igualdad.

4.2 Las futuras generaciones como sujetos de obligaciones en el presente.

El concepto de Generación futura no es sencillo, ello por el hecho de la misma complejidad que encierra el término de “generación”. Para comprender qué son las generaciones futuras hay que partir de una dimensión temporal y aplicarla a las relaciones entre generaciones, lo que nos permitirá diferenciar las relaciones intrageneracionales de las intergeneracionales. En una misma dimensión temporal, pueden llegar a coincidir dos o tres generaciones (abuelos, padres y nietos). Se trataría de relaciones intrageneracionales (generaciones que coexisten y se superponen en el mismo tiempo). En las relaciones intergeneracionales, algunas generaciones más próximas pueden coexistir por las más lejanas se dan en una distancia temporal y no llegarán a coexistir.²⁷⁸

El problema intergeneracional surge debido a que las acciones presentes determinan la capacidad (económica y ecológica) que heredará el futuro. Se dan externalidades entre generaciones ya que el futuro no participa en las decisiones actuales que le afectan. Estas externalidades tienen una serie de peculiaridades; por un lado, los no nacidos no tienen ninguna

²⁷⁷ Papayannis, D. (2016). *El derecho privado como cuestión pública*. Universidad Externado.

²⁷⁸ Belloso Martín, Nuria. 2021. *El debate sobre la tutela institucional: generaciones futuras y derechos de la naturaleza*. Alcalá de Henares: Editorial Universidad de Alcalá, 2018. eLibro 21.

capacidad para defender sus intereses en la toma de decisiones. En concreto, no pueden pujar en el mercado de recursos actual, ni pueden participar del proceso político. Por otro lado, las decisiones actuales pueden tener un carácter irreversible para el futuro. Esto lleva a que las generaciones futuras no puedan defenderse y deben resignarse a sufrir las consecuencias de las decisiones presentes. Los individuos presentes en cada momento del tiempo actúan como dictadores respecto a los individuos no nacidos.²⁷⁹

Bajo este contexto, surge la pregunta, ¿Existe alguna clase de obligación de las futuras generaciones? O bien ¿Tenemos nosotros generaciones presentes algún tipo de obligación para con las generaciones futuras? Para darles respuesta a las interrogantes antes planteadas, es necesario establecer que hay un vínculo moral que la sociedad actual percibe como sumamente importante y necesario proteger a las generaciones por venir, así esto signifique el cambio en el actuar de las personas que actualmente formamos parte de la población.

Es necesario recordar, que el derecho en general, tiene un componente moral indiscutible que se relaciona directamente con las reglas de comportamiento de una sociedad. Dichas reglas están asociadas a lo que se considera moralmente correcto, y en tal virtud, se establecen los límites que permiten convivir entre nosotros en paz.

Puede decirse que las diferencias jurídicas existentes entre generaciones presentes y futuras tienen que ver con los problemas sociales que el Derecho está diseñado para resolver oportunamente de los sujetos que éste reconoce. Esa “oportunidad” se refiere a la conveniencia de tiempo y lugar para que se resuelvan las disputas de los individuos o las entidades con personalidad jurídica con prontitud. En cambio, las generaciones futuras son una entidad etérea, de la que no se sabe cuándo principia o termina, las cuales están en incapacidad de contraer obligaciones y que no son reconocidas en los textos jurídicos como sujetos de derechos.²⁸⁰

De acuerdo a diversas definiciones de uso común, se puede dar por establecido que dentro de la conceptualización de las futuras generaciones debemos tener en cuenta que estas se componen no solo de personas con las que no coincidimos en la misma época, sino que también nuestras hijas e hijos así como los nasciturus y por lo tanto, también no solo se componen de los no concebido y de los por concebir, sino también de las personas presentes, que son sujetos de derechos. En palabras sencillas, se puede decir que por generaciones futuras no solamente debe entenderse aquellos humanos en potencia o futuras generaciones, sino también de los seres humanos ya nacidos.

Es difícil encontrar una legislación que contemple a las futuras generaciones dentro de su ordenamiento jurídico, mucho menos que las clasifique, sin embargo, Colombia ha establecido que las futuras generaciones se componen de tres tipos de persona: los nacidos, los nasciturus o que están en el vientre materno y los por concebir. Según el Código Civil de Colombia, se puede afirmar que los primeros son sujetos plenos de derechos, mientras que los segundos y terceros

²⁷⁹ *Ibidem.* 22.

²⁸⁰ Laura Juliana Santacoloma Méndez, “Las generaciones futuras como sujetos de Derecho” (Tesis de Maestría, Universidad de Palermo, 2014)

<https://dspace.palermo.edu/dspace/bitstream/handle/10226/1264/TEISIS%20LAS%20GENERACIONES%20FUTURAS%20COMO%20SUJETOS%20DE%20DERECHO%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

tienen expectativa de adquirirlos. Es decir, los por “concebir” no son sujetos de derechos, puesto que se adquiere personalidad jurídica solo hasta el momento del nacimiento y se debe adicionar la condición de nacer vivo.²⁸¹

La idea clásica de las obligaciones para con las futuras generaciones, tiene su génesis en la obligación moral que subyace a la sostenibilidad, que en síntesis quiere decir que es aquella que implica que las futuras generaciones tengan por lo menos las mismas capacidades que la presente. Esta obligación en primer plano parece falsa sino se acompaña de una obligación moral de proteger y mejorar el bienestar de la gente que hoy en día vive en la pobreza. Si se piensa que las personas sufrirán de privación en el futuro nuestra generación actual no se adoptan políticas diferentes.²⁸²

En este punto, ¿Pueden existir obligaciones con las generaciones futuras? O bien, ¿Pueden ser sujetos de obligaciones las futuras generaciones? En estricto sentido, si nos amparamos en la teoría general de las obligaciones, se presta para un escenario poco claro, sobre todo porque no a priori no existiría un objeto concreto sobre el cual recaería la obligación.

Para lograr aterrizar la idea del objeto de las obligaciones entre generaciones, es necesario hacer un símil nuevamente con la legislación de Colombia, quien ha logrado ubicar como objeto de las obligaciones el desarrollo, ya que este último debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. De esta manera, el objeto de la obligación será el del uso sostenible de los recursos.²⁸³

Ahora, es necesario traer a juego otro elemento indispensable al momento de comprender si existen obligaciones para con las futuras generaciones, ese es el desarrollo sostenible entendiendo éste como *la capacidad actual de satisfacer nuestras necesidades sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones en la satisfacción de las suyas*.²⁸⁴

El debate acerca de que si existen obligaciones morales respecto a las futuras generaciones se ciñen a en cuanto a definir cuál es el ámbito de aplicación entre el ámbito moral y el jurídico. Es decir, en primer plano se parte de obligaciones morales, generándose un paralelismo entre el ámbito moral y el jurídico que parece colocar en una misma línea a la obligación moral a la jurídica.

Como ya se dijo antes, el lazo más importante que une generación entre generación es el hecho que de parte de las más antigua exista una obligación moral respecto de la generación que se tenga expectativa de existir. Sin embargo, el solo hecho que exista un derecho moral en juego ya que si tienen este elemento subjetivo no tendría que formar parte del ámbito jurídico.

Lo anterior, plantea la cuestión si las obligaciones morales que la primera generación pueda tener con respecto a la segunda generación, pueden considerarse que, a la recíproca son derechos que la generación segunda tiene con respecto a la primera. En definitiva, si bien hay un cierto

²⁸¹ Alexander López Quiroz, “Generaciones Futuras y Personalidad Jurídica” *Revista Dikaion*, Vol. 23, n. 2 (2014). <https://www.redalyc.org/pdf/720/72038491003.pdf>

²⁸² Patricia Britos et al, Vanessa Lorena Battaglino (comp.), “*Discusiones de filosofía política*”, (Argentina: Universidad Nacional de Mar del Plata, 2019), 40.

²⁸³ *Ibíd.*

²⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, “El Desarrollo Sostenible”, acceso el 14 de Junio de 2021, http://www.csj.gob.sv/ambiente/images/desarrollo_sostenible.pdf.

consenso con relación a aceptar una obligación moral de cuidar de los seres futuros resulta más controvertido definir si hay una obligación jurídica.²⁸⁵

En pocas palabras y desde la perspectiva ética la responsabilidad de una ética que contemple el futuro es la de entregar a las generaciones venideras un mundo en el que haya una probabilidad razonable de ser capaz de enfrentarse con éxito a los problemas sociales y económicos que les hayamos dejado en herencia.

El informe del secretario general de la ONU, de 2013, también ha tomado en cuenta esta cuestión y ha analizado el estatuto moral y el estatuto jurídico de las generaciones futuras. Ante las dificultades que implica un reconocimiento de derechos morales a las generaciones futuras, conviene examinar la propuesta por la que se decanta la mayoría de la doctrina como es la de reconocer que hay una obligación moral/responsabilidad moral con respecto a las futuras generaciones.²⁸⁶

Si se acepta que debemos proteger los intereses de las futuras generaciones, debería aceptarse también que las generaciones presentes van a actuar en beneficio de las generaciones venideras, pero sin que hayan tenido en cuenta ni su conocimiento ni tampoco su beneficio.

Tanto en la teoría del crecimiento neoclásica como en los cálculos convencionales de rentabilidad en la evaluación de políticas y proyectos, se da menos importancia a los costes y beneficios que se producen en el futuro. Se descuenta el futuro a una tasa constante. En consecuencia, sus resultados son altamente dependientes de la elección de la tasa de descuento a utilizar.

La justificación del descuento a futuro se justifica en primer lugar, por la impaciencia. Las personas prefieren el consumo presente frente al consumo futuro, preferencia que puede variar entre distintos individuos, así como entre distintos consumos. Una segunda afirmación nos dice que los individuos prefieren el consumo presente ya que no están seguros de que en un futuro estarán vivos o en condiciones para poder disfrutarlo. En tercer lugar, tenemos la justificación por riesgo o incertidumbre. Se valora menos un coste o beneficio cuanto mayor sea su incertidumbre.

La preocupación por nuestras obligaciones con las generaciones futuras surge preponderadamente de las discusiones respecto de la relación del hombre con el medio ambiente. Prueba de ello es que los documentos internacionales donde existe una mayor referencia a las obligaciones con las futuras generaciones provienen de tratados y resoluciones que giran en torno al derecho ambiental.

²⁸⁵ Belloso Martín, Nuria. 2021. El debate sobre la tutela institucional: generaciones futuras y derechos de la naturaleza. Alcalá de Henares: Editorial Universidad de Alcalá, 2018. eLibro

²⁸⁶ Ibid. 42.

4.3 Derechos de las futuras generaciones.

Respecto a la idea de un tipo de preocupación hacia el futuro, se encuentran indicios en la historia clásica griega, la cual estaba orientada a la justicia entre grupos de distinta edad que cohabitaban en la *polis*. En Atenas el hijo tenía deberes hacia su padre, pero no derechos.

Karl Marx tiene una mención especial y trágica en su preocupación hacia el futuro. La idea del materialismo histórico plantea el imperativo que es necesario trabajar y sacrificarse por un futuro mejor. La clase obrera se convierte en la redentora de las futuras generaciones.²⁸⁷

Desde el punto de vista de una organización económica superior de la sociedad, el derecho de propiedad de ciertos individuos sobre determinadas partes del globo parece tan absurdo como el de un individuo sobre su prójimo. Toda una sociedad, una nación y aún todas las sociedades juntas, no son propietarias de la tierra. Sólo son sus poseedoras, la disfrutan, y deben legarla a las generaciones futuras después de haberla mejorado.²⁸⁸

Ni los filósofos griegos, ni cristianos ni modernos tuvieron que preocuparse por la situación global de la humanidad, por la amenaza de muerte a la especie en los términos que se comenzaron a plantear en los años posteriores a la II guerra mundial y el lanzamiento de la primera bomba nuclear. Limitaban pues la responsabilidad de los agentes morales a un plazo corto de temporalización.

Posteriormente, se debe hacer un salto en la historia, hasta ubicarse en el final de la segunda guerra mundial, donde se logra encontrar la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la cual resuelve la preservación a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, de esta manera, la preocupación por el devenir de las futuras generaciones se expresaría por primera vez en un instrumento internacional.²⁸⁹

Durante la década de los setenta, existió una constante necesidad de reflexionar sobre las generaciones futuras, dándose los primeros pasos para no identificarlas únicamente con los hijos, sino que distinguiéndolas más allá del círculo de los vivos.

Los derechos de las futuras generaciones tienen su génesis principal, más no el único en diversos instrumentos internacionales, de manera tal que éstos le han dado origen, seguimiento y profundización al término de futuras generaciones o generaciones venideras.

De los antecedentes más remoto sobre el concepto de “futuras generaciones” se remonta a los dos conflictos bélicos mundiales que marcaron la historia de la humanidad tal cual la conocemos.

Como resultado inmediato de la primera guerra mundial, los representantes de Francia, Sudáfrica, Reino Unido y los Estados Unidos discutieron la pertinencia de crear una organización mundial de naciones, dando así el nacimiento a la Organización de Naciones Unidas.

²⁸⁷ Joshua Beneite Martí, “Fundamentación Filosófica de la Justicia Intergeneracional” (tesis de maestría, Universidad de Valencia, 2012): 17

²⁸⁸ Ibidem. 17

²⁸⁹ Ibidem. 18

Con la carta de la ONU fue creado oficialmente, este organismo internacional que trabaja en pro de la paz y el desarrollo, sobre la base de los principios de justicia, dignidad humana y bienestar de todos los pueblos.

A raíz de la Declaración de Ámsterdam de 1991 y su repercusión en el Derecho Internacional, se reconoce a los seres humanos como titulares de obligaciones y derechos ambientales que configuran el marco jurídico de las relaciones e interrelaciones con el ambiente y otros seres vivos, humanos y no humanos. La experiencia normativa sobre este punto señala que tanto a nivel de los Estados como de la comunidad internacional, que se ha evolucionado en torno a la consagración de los siguientes principios y derechos:²⁹⁰

- El principio de justicia entre generaciones o equidad intergeneracional.
- El principio de santidad y unicidad de las formas vivientes.
- El derecho humano básico a vivir en un ambiente globalmente sano.
- El derecho fundamental de los pueblos e individuos a un estilo de vida sostenible.

Se ha dicho que jurídicamente no se considera viable elevar a las futuras generaciones el status de sujetos de derechos, ello no significa que no deba entrar en análisis sobre las futuras generaciones, esta categoría cada vez se va abriendo paso dentro de los debates políticos y jurídicos en la actualidad. Las tesis que pueden formularse sobre las futuras generaciones se integran por lo general en una triple perspectiva de análisis que son: la ética, la jurídica y la política, cada una aportando sus interrogantes o hipótesis.

La tutela de derechos de las futuras generaciones se presenta como un desafío para las legislaciones de los países, la primera interrogante surge acerca de que si existe un derecho constitucional para las generaciones futuras, como parte de la búsqueda de mecanismos de tutela, ha surgido el denominado “contrato generacional”, el cual busca detectar los elementos de la protección generacional así como encaminar un derecho constitucional generacional.

La cuestión central del contrato generacional como “otra forma” del contrato social que debe ser examinada en el contexto de la teoría constitucional y dentro del problema del tiempo. Desde el siglo pasado, las crisis económicas y las afectaciones del medio ambiente ya eran señalados en el horizonte de las generaciones como sendos problemas de tiempo y cultura constitucional.²⁹¹

Los constituyentes reaccionan y actúan en sus textos respecto de a los factores de diversa índole que se presentan en cada época. El tema de los derechos de las futuras generaciones aparece en distintos puntos de partida, siendo el más común el derecho ambiental cuya idea principal es la protección de los recursos y bases naturales, teniendo en cuenta la responsabilidad hacia las futuras generaciones.

²⁹⁰ Magda Yadira Robles Garza, “Los derechos de las futuras generaciones desde la perspectiva de los derechos humanos”, *Jurídica: Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, N° 40, 2010, 73.

²⁹¹ Habberle Peter, un derecho constitucional para las futuras generaciones... 18.

4.3.1. La protección constitucional de las futuras generaciones.

En el nivel actual de desarrollo del Estado Constitucional, la interpretación científico-cultural del derecho constitucional ha llevado a muchas formas evidentes, y disfrazadas de “derecho constitucional generacional”, desde los preámbulos que insinúan la protección generacional por medio de los objetivos educacionales. En este contexto, se busca un punto de equilibrio entre la libertad de la generación actual y las obligaciones concernientes a los intereses de futuras generaciones. Es en este punto que, la “protección generacional” prueba ser un verdadero problema material para la Constitución, incluso en aquellos casos en los que se prefiere contratos sociales limitados en el tiempo por sobre los contratos generacionales ficticiales/reales.
292

A continuación, los textos constitucionales están sistematizados de modo tal que revelan la perspectiva generacional solamente a la luz de la interpretación. La dimensión temporal y generacional ya está regulada en el preámbulo de la Constitución de Estonia de 1992, la cual establece que: “*un Estado que garantice la conservación de la nación Estonia a través de las edades*”.

La mención de las generaciones futuras en las legislaciones de algunos Estados ha alcanzado, en algunos casos, un rango Constitucional. Algunos países han adoptado medidas dentro de la legislación federal, y en el caso de otros países se han creado incluso instituciones representativas de los intereses de las generaciones futuras; a continuación se presenta una lista que no es exhaustiva y pretende solamente representar lo dicho anteriormente²⁹³:

Alemania.

En el caso particular de Alemania, la Constitución toma en consideración su responsabilidad para las generaciones futuras. El artículo 20.a. previene que el Estado, teniendo en cuenta el compromiso con las generaciones futuras, protegerá las bases naturales de la vida. Esta temática fue introducida en el 2002.

Polonia.

Polonia establece en su ley fundamental la responsabilidad del Estado por las futuras generaciones. Desde el preámbulo de su Constitución, el Estado polaco observa que el pueblo de Polonia está obligado a legar a las futuras generaciones todo valor de su herencia milenaria. Concretamente instruye a las autoridades a adoptar políticas que aseguren la certeza ecológica de las futuras generaciones, ello en la sección primera del artículo 74.

Israel.

En Israel se ha institucionalizado la Comisión para las Futuras Generaciones, por parte del parlamento de aquel país. El objetivo principal de esta comisión es vigilar que las iniciativas que

²⁹² Ibid. 34.

²⁹³ Luis Gabriel Ortega Ferrer, “El problema de la Fundamentación Filosófica de los Derechos de las Generaciones Futuras” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII (2008).

se introducen a discusión no tengan un efecto negativo en las generaciones futuras. Dicha comisión posee facultad de iniciativa.

Finlandia.

Desde 1999, Finlandia cuenta en su parlamento con un Comité para el futuro, el cual realiza investigaciones e interactúa en distintos temas con los comités del mismo congreso finlandés. Entre las tareas del Comité se cuenta mantener un dialogo constante con la oficina del primer ministro y realizar estudios de impacto sobre la innovación de tecnología.

México²⁹⁴.

En algunos Estados se hace mención a las generaciones futuras dentro de los principios rectores del derecho ambiental interno. La fracción V del artículo de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente de 1988 señala que para la formulación y conducción de la política ambiental y la expedición de normas, el Ejecutivo Federal observará como principio que: “La responsabilidad respecto al equilibrio ecológico, comprende tanto las condiciones presentes como las que determinarán la calidad de la vida de las futuras generaciones”.

Bélgica.

La Ley relativa a la Protección del Medio de los Espacios Marinos de Bélgica, dispone en la sección 4a. de su artículo cuarto que la aplicación del principio del desarrollo sostenible implica que la utilización de recursos naturales será en una medida tal que permita la disponibilidad suficiente de ellos para futuras generaciones.

Estados Unidos.

La National Environmental Policy Act de 1969 señala que es la intención del Gobierno Federal utilizar todos los medios para crear y mantener las condiciones en las que el hombre y la naturaleza puedan existir en una armonía productiva, y satisfacer los requerimientos sociales, económicos o de cualquier otra naturaleza de las generaciones presentes y futuras de sus gobernados. Sin embargo, la mención a las generaciones futuras en la legislación estadounidense es amplia y puede hallarse en leyes relativas a áreas naturales, desarrollo de fuentes energéticas, documentos históricos, bienes nacionales, etc.

Unión Europea²⁹⁵.

A pesar de no estar en vigor, la pretendida Constitución Europea menciona en su preámbulo: “SEGUROS de que, ‘Unida en la diversidad’, Europa les brinda las mejores posibilidades de proseguir, respetando los derechos de todos y conscientes de su responsabilidad

²⁹⁴ Véase Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente de 1988.

http://www.oas.org/dsd/fida/laws/legislation/mexico/mexico_1988.pdf.

²⁹⁵ Véase la Constitución Europea.

https://europa.eu/european-union/sites/default/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_es.pdf

para con las generaciones futuras y la Tierra, la gran aventura que hace de ella un espacio privilegiado para la esperanza humana”.

Los Estados pueden crear derechos y obligaciones conforme al principio de *pacta sunt servanda*. Al evidenciarse que la responsabilidad hacia las generaciones futuras se repite en diversos tratados internacionales, se estaría en condiciones de afirmar que los Estados-parte han decidido observar una conducta de respeto hacia un sujeto (las futuras generaciones) que no es tangible en nuestro espacio temporal.²⁹⁶

4.4. Las futuras generaciones como sujetos de derechos.

La ausencia de sujeto en los derechos es uno de los principales problemas que se plantean al momento de hablar de derechos de las futuras generaciones. El primer cuestionamiento de esto surge, es que éstas carecen hoy de existencia y, por tanto, de autoconciencia y autonomía actuales. Como mucho, se ha llegado a admitir que son meros sujetos potenciales de derechos o lo que en sector de la doctrina italiana llama derechos difusos.²⁹⁷

Por un lado, se dice que estos derechos son inexistentes, no sólo porque no hay un titular concreto al que puedan conducirse, sino porque no se sabe cuáles son las prerrogativas a que dan lugar ni encuentran una protección jurídica adecuada. Esta es la tesis que ha hecho Robert Pelloux, quien señala que esta nueva corriente de derechos no corresponde a la noción de derechos del hombre tal como ha sido elaborada a lo largo de la historia, sino que su titular no es un individuo, sino una colectividad.²⁹⁸

Las dificultades no se restringen a la discusión sobre la existencia de tales derechos y sobre la capacidad del titular (las generaciones futuras) para gozar esos derechos. No menores complicaciones surgen del problema de crear un sistema de justicia de sanciones de las obligaciones respectivas. Por otra parte, si se concede o si se acepta la existencia de derechos de las generaciones futuras, se amplía o se debe ampliar la noción de responsabilidad.

Algunos autores hablan no solo de derechos de las futuras generaciones como aceptables sino que exigen un catálogo de derechos constitucionales, que incluiría los derechos a un aire limpio o agua limpia, exigencias que apuntan a la seguridad de unas condiciones físicas de libertad para la gente futura y actuarían como directrices para la acción gubernamental.

La condición de intergeneracional constituye una vicisitud frente a las posturas que pretender defender el estado existencial como una forma de asegurar el reconocimiento de derechos a unos sujetos que no constituyen una simple expectativa. No obstante, la co-existencia de varios grupos dentro del mismo género humano, resulta una apuesta tautológica frente a las condiciones de desigualdad presentes en la humanidad y una evidencia de que la condición de existencia para el reconocimiento de derechos y sus titularidades no ha sido superada.²⁹⁹

²⁹⁶ *Ibid.* 499.

²⁹⁷ Magda Yadira Robles Garza, “Los derechos de las futuras generaciones desde la perspectiva de los derechos humanos”..., 79.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ Los sujetos de las futuras generaciones: ¿Quiénes son los titulares de derechos intergeneracionales ambientales?

Por ende, las implicaciones frente al reconocimiento de titulares de derechos no se agotan en las condiciones pasadas y presentes. Actualmente, en el escenario mundial se discute una circunstancia asociada a los sujetos de las futuras generaciones, entendidas como aquellas que “nacerán en el futuro, incluyendo a aquellos que no gozan de capacidad pero que inminentemente la tendrán”. El argumento de esta tesis es que al reconocer dichas titularidades, existen deberes y obligaciones de las generaciones presentes frente a las futuras.³⁰⁰

La sostenibilidad puede ser entendida como un problema de equidad distributiva dentro del enfoque de capacidades. Es intuitivo pensar solamente en la generación presente pero este enfoque es totalmente aplicable a todas las generaciones, las pasadas, las presentes y las futuras. El objetivo es entonces lograr el florecimiento de la humanidad en general, dejando de pensar solo en la generación presente.

La tutela jurídica de los derechos de las futuras generaciones enfrenta tensiones importantes frente al marco de la temporalidad. Es decir, ¿Los sujetos que adquieren dicha personalidad jurídica de derechos y protección son aquellos pasados, presentes y futuros? Respecto de la primera condición, el sujeto pasado establece una condición de existencia real, materializada y ocurrida en un tiempo pasado, la cual, según un marco jurídico vigente fue titular de derechos y obligaciones y al momento de su muerte, fueron extinguidas y muchas de ellas transferidas a otros titulares.³⁰¹

4.5. Principio de equidad intergeneracional

El principio de equidad intergeneracional, se encuentra tradicionalmente desarrollado en el derecho ambiental. Dada la importancia que el tema del medio ambiente requiere, existen instrumentos internacionales que lo abordan siempre desde esa misma perspectiva. En la conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente de junio de 1972, surgieron veinticuatro que son compromisos contraídos por los países participantes, es así como el principio 1 se establece la equidad intergeneracional, el cual literalmente dice: *El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras.*³⁰²

El principio de equidad intergeneracional estriba en el derecho al desarrollo, que posibilita de manera equitativa satisfacer las necesidades de las generaciones presentes mediante la explotación de los recursos naturales, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Este principio también es uno de los que componen el concepto de desarrollo sustentable.³⁰³

A su vez, los tipos de equidad que existen dependen de los diferentes campos de actuación donde se quieran estudiar, como puede ser social, ambiental o contable. La equidad

³⁰⁰ *Ibíd.*

³⁰¹ Munévar Quintero, Claudia Alexandra, y "Los sujetos de las futuras generaciones: ¿quiénes son los titulares de derechos intergeneracionales ambientales?" *Opción* 32, no. 79 (2016):187. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=31046684011>

³⁰² Corte Suprema de Justicia, "Revista Jurídica Ambiental", *Revista de medio ambiente*, 2011, 17.

³⁰³ *Ibíd.* 17.

intrageneracional trata de la igualdad en el ámbito social dentro de una misma generación. La equidad intergeneracional puede ser clasificada en: -Equidad intergeneracional ambiental, que hace referencia a la igualdad en el ámbito ambiental entre distintas generaciones; -Equidad intergeneracional contable, que está relacionada con la igualdad en el ámbito económico-patrimonial entre generaciones.³⁰⁴

El término equidad intergeneracional está inmerso dentro del desarrollo sostenible recogido previamente. Si bien hay que aclarar que no solamente esta definición hace referencia a lo que pueda hacer la generación presente en detrimento o en beneficio de la futura, sino también, lo que hizo la pasada en detrimento o beneficio de la presente; ya que, por lo general, el ser humano tiende a beneficiarse lo más posible de las circunstancias que le rodean en el presente, sin pensar en lo que sucederá en el futuro.³⁰⁵

La equidad intergeneracional como principio abarca muchas áreas más allá del medio ambiente, implica también aspectos como la salud y la seguridad financiera, y por ende, busca generar seguridad que las generaciones futuras no deban sufrir las consecuencias de que las generaciones previas no utilizan los recursos de forma óptima o eficiente. Además, asegura que las generaciones actuales somos responsables de las decisiones que permitan asegurar las condiciones adecuadas a las generaciones futuras.

De la equidad intergeneracional se desprende **la solidaridad intergeneracional**, la cual implica la transferencia de ingresos, riquezas u oportunidades entre generaciones y, al igual que la solidaridad entre individuos, pueden ser de carácter familiar, social y estatal. Cuando hablamos de solidaridad intergeneracional no solamente interesa saber cuánto reciba una dada cohorte, sino también cuanto da. Es decir, interesa su valor presente neto a lo largo de las diferentes fases de su vida; esto es importante pues, permite ver en valores absolutos igualdades entre generaciones. Por ello, cada generación debe cuidar el manejo de los recursos, pues existe un compromiso con las generaciones futuras con respecto a la disponibilidad y suficiencia de los recursos.³⁰⁶

En la toma de decisiones de las generaciones presentes deben considerarse los impactos directos e indirectos de las decisiones en la existencia de calidades y cantidades que permitan que las generaciones futuras puedan asegurar iguales o mejores niveles de vida que las generaciones presentes. Abordando concepto en el área económica, además de los recursos de vida y el entorno económico adecuado, se estudia la deuda y el impacto de como las actitudes de endeudamiento actuales repercutirán en las generaciones venideras.³⁰⁷

En materia de económica y políticas públicas el concepto de equidad intergeneracional es inherente al resultado del manejo de los recursos económicos consumidos y los recursos financieros generados por la actividad de una entidad pública, siempre y cuando estos provoquen una variación en la estructura patrimonial o en la posición financiera durante un ejercicio

³⁰⁴ Yolanda Fernández Santos, “Evaluación de la equidad intrageneracional e intergeneracional en una entidad pública local a través de indicadores de gestión” Artículo sin número, 3.

³⁰⁵ *Ibíd.* 8.

³⁰⁶ Carlos Leonel Romero Martínez y Gloria Elizabeth Rivera Guandique, “Análisis de los efectos de la migración del sistema de pensiones salvadoreño en la equidad intergeneracional”, (Tesis de grado, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 2019) 13.

³⁰⁷ *Ibíd.* 14-15.

económico, es en este punto donde se concretiza la idea llamada equidad intergeneracional contable.

La metodología de la contabilidad intergeneracional es una forma que sirve para analizar y planificar una política fiscal a largo plazo, cuyos objetivos son el asesoramiento para una política fiscal sostenible y la medición de las cargas fiscales que enfrentan las generaciones presentes y futuras. Esta contabilidad está basada en una restricción presupuestaria intertemporal para el gobierno. La contabilidad intergeneracional tiene como objeto reflejar la forma en que las generaciones pagarán por los gastos del gobierno, más que mostrar cuáles generaciones se beneficiarán de esos gastos.³⁰⁸

Es claro que actualmente existe una evolución en los patrones de consumo y producción a lo largo del ciclo de vida de las personas, ello es normal dentro de las sociedades en proceso de desarrollo. Durante esta etapa de desarrollo, seguramente se tendrán etapas de déficit o superávit alternándose uno y otro, esta situación abre la interrogante ¿Qué se puede hacer para que la satisfacción de necesidades de consumo pueda ser cubiertas en distintas etapas de la vida, incluso para las futuras generaciones?

En Argentina por ejemplo, existe un Sistema de Cuentas Nacionales de Transferencia que tiene por objeto proveer un marco que permita analizar de manera sistemática el volumen y sentido que esas transferencias entre generaciones, haciendo posible cuantificar la importancia relativa de los diversos programas públicos de transferencias, y la interacción de estos programas con otras actividades y prácticas familiares también orientadas al financiamiento del consumo de grupos deficitarios de la sociedad.³⁰⁹

4.5.1. Importancia del principio de equidad intergeneracional para los consumidores.

Bajo el esquema de la equidad intergeneracional contable, se espera un entendimiento completo de las diferentes generaciones en cuanto a sus obligaciones y beneficios actuales y el impacto de estos en las generaciones posteriores. La idea se centra en que debemos entregar a las generaciones venideras una economía que permita oportunidades de desarrollo iguales o mejores a las que se tienen en la actualidad. Las generaciones no solo tienen responsabilidades con las generaciones venideras, sino también poseen derechos que puedan estar o no en relación lineal con sus obligaciones. Es pues, el concepto de equidad intergeneracional un concepto que se basa en la solidaridad, en la sostenibilidad y en la ética.³¹⁰

El mercado por lo general, no responde espontáneamente a algunas exigencias de interés general y de desarrollo sostenible y en muchas ocasiones es indiferente a los objetivos de solidaridad, cohesión o equidad social. Por tal razón algunas teorías sociales son partidarias de

³⁰⁸ Juan Carlos Gómez y Aurelio Fernández, *Aplicación de distintos esquemas de fondos patrimoniales y sus efectos intergeneracionales en Venezuela*, Banco Central de Reserva, Caracas, 2002, 37.

³⁰⁹ Pablo Comelatto, “Las transferencias intergeneracionales y el rol del Estado en la Argentina. XI Jornadas Argentinas de Estudios de Población. Asociación de Estudios de Población de la Argentina, Neuquén” Artículo, 2011, 4.

³¹⁰ Carlos Leonel Romero Martínez y Gloria Elizabeth Rivera Guandique, “Análisis de los efectos de la migración del sistema de pensiones salvadoreño en la equidad intergeneracional”...,15.

considerar que determinados servicios básicos, esenciales en la vida diaria, tales como: educación, salud, agua, electricidad, etc., no pueden ser prestados por el mercado, ya que esto podría derivar en desigualdades sociales.

Algunos autores consideran que la equidad intergeneracional es una parte significativa de la rendición de cuentas y es fundamental en la Administración Pública, debiendo tenerse en cuenta en el momento de establecer los objetivos de la información financiera de la entidad, con el fin de ayudar a los usuarios a evaluar si el presente ejercicio genera la suficiente liquidez para pagar los servicios prestados en el mismo sin que las futuras generaciones tengan que afrontar el pago de deudas contraídas en momentos pasados.³¹¹

Tal y como se ha dicho antes, la equidad propiamente dicha, es un principio general del derecho que alcanza contornos particulares, entre ellos, el del derecho del consumidor. El principio de equidad en el derecho del consumidor proyecta su contenido en diversas cuestiones en las relaciones de consumo³¹²:

- a. En el derecho a recibir condiciones de atención y trato equitativo y no discriminatorio en el marco de las relaciones de consumo.
- b. En materia de interpretación de las relaciones de consumo y del derecho de consumidor en general.
- c. En materia de conexidad contractual y sus proyecciones en las relaciones de consumo.
- d. En materia de cláusulas abusivas, los efectos de evaluar desequilibrios significativos entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor, respecto de la reciprocidad de trato, equivalencia de las prestaciones, etc. y en cada en particular.

En pocos sectores como el crediticio se hace tan notable la desigualdad entre los consumidores y las instituciones financieras con quienes contrata. En los contratos bancarios las posibilidades de negociar el contenido contractual son prácticamente nulas: los bancos predisponen el contenido de los contratos y al consumidor solo le queda la opción de aceptar o no, el contrato ofrecido por la institución financiera. Ello coloca al consumidor en una situación de gran desprotección, pero vale preguntarse ¿Qué papel jugaría la equidad intergeneracional en ese escenario?

Las medidas orientadas a aplicar el principio de equidad intergeneracional, pueden variar, sin embargo de las más destacadas es *la racionalidad del descuento*, esta es un indicador de cómo un individuo y valora el futuro. Cuanta más alta sea la tasa de descuento, menos se valorará el futuro, puede ocurrir que un individuo valore poco el futuro en una sociedad que si lo hace a la inversa.

³¹¹ Yolanda Fernández Santos y José Miguel Fernández Fernández, “La equidad intergeneracional contable anual: un caso”, *Revista del Instituto Internacional de Costos*, 2012, 126.

³¹² Sergio Sebastián Barocelli, *Impactos del nuevo Código civil y comercial en el derecho del consumidor* Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016, 36.

El descuento funciona de forma que un dólar en el momento actual se valora más que un dólar en el siguiente periodo, ya sea por la preferencia temporal o por que pudiera dar cierto rendimiento invertido en el mercado.

El descuento hacia el futuro se justifica por la impaciencia o preferencia temporal pura. Las personas prefieren el consumo presente al consumo futuro, preferencia que puede variar entre distintos individuos así como entre distintos consumos. A su vez, este descuento se justifica por riesgo e incertidumbre. Los partidarios de este descuento suponen mayor la incertidumbre del suceso cuanto más lejos se dé éste en el tiempo y argumentan que la tasa de descuento temporal debe ajustarse por este motivo.³¹³

La crítica de mayor peso que recae sobre el descuento temporal, tal y como se aplica en los cálculos convencionales, es el efecto que éste provoca devaluando y apartando del análisis los impactos que recaen sobre las futuras generaciones. El descuento actúa en contra de los intereses de las futuras generaciones. Por un lado, los proyectos con costes lejanos en el tiempo y beneficios inmediatos resultan fuertemente favorecidos por los cálculos en uso en la evaluación de proyectos. Por otro lado, los beneficios lejanos en el tiempo son fuertemente devaluados por el descuento.³¹⁴

Una de las problemáticas que más se dan entre las generaciones es la transmisión intergeneracional de la pobreza, entendida ésta como un caso especial de movilidad socioeconómica intergeneracional, definiéndose ésta última como un cambio en el estatus socioeconómico de una generación en relación a la generación anterior. La transmisión intergeneracional de la pobreza ocurre cuando un niño nacido en un hogar de padres pobres no experimenta en su adultez un movimiento ascendente de su estatus económico que sea lo suficientemente grande y persistente como para permitirle escapar de la pobreza en el resto de su vida.³¹⁵

Al respecto de esto último, vale la pena preguntarse, ¿Qué factores incidieron en que este niño naciera en el seno de una familia de escasos recursos? Probablemente es a raíz de las decisiones que tomaron sus generaciones anteriores, sean estos padres o abuelos o incluso bisabuelos y es que un manejo no racional del consumo puede derivar en consecuencias gravosas para las generaciones futuras.

Una decisión recurrente es la de adquirir un crédito aceptando condiciones que son impuestas por las instituciones financieras en detrimento mismo del consumidor, pero que éste motivado por la necesidad de satisfacer ciertas necesidades que en ese momento actual se le presentan. Sin embargo, no se detiene a pensar que tanto está garantizando los derechos de sus futuras generaciones, sobre si, ¿Posee capacidad de pago de los créditos?, o en caso de no poder pagar, ¿Qué tanto se puede ver afectado su patrimonio o lo que pretende dejar en herencia a sus hijos?, o ¿En qué condiciones económicas crecerán sus hijos?, preguntas todas que reflejan la

³¹³ Emilio Padilla Rosa, “Equidad Intergeneracional y sostenibilidad. Las generaciones futuras en la evaluación de políticas y proyectos” (tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2001), 38.

³¹⁴ Ibid. 44.

³¹⁵ Olga Gissel Ferrari Recalde, “Transmisión intergeneracional de la pobreza en Uruguay” (tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2008), 7

importancia del principio de equidad intergeneracional y como el futuro puede ser distinto con su aplicación.

La transmisión de la pobreza intergeneracional puede involucrar la transmisión de la pobreza privada, desde las familias de las generaciones más antiguas hacia las más jóvenes (especialmente, pero no solamente, de padres a hijos) o puede involucrar la transferencia (o falta de transferencia) “pública” de recursos desde una generación a la siguiente, a través por ejemplo, de la redistribución del impuesto a la renta de las generaciones más antiguas para financiar la educación de los más jóvenes. En este trabajo se enfatizarán las transmisiones familiares e individuales de la pobreza.³¹⁶

Generalmente la tenencia de tarjetas de crédito o cuenta bancaria, se asocia con las características socioeconómicas de los hogares; principalmente variables relacionadas con el capital humano y la riqueza.

Sin darse cuenta, nuestras futuras generaciones ya contraen una deuda a pesar de no poseer un razonamiento de lo que significa, ellos ya heredaron un país con limitadas posibilidades de superación.

Por otra parte, es importante traer a cuenta si el principio de equidad intergeneracional puede traer beneficios a aquellas instituciones financieras que otorgan los contratos de créditos al consumidor. En primer plano, encontramos el riesgo crediticio, el cual, de acuerdo a las Normas para la Gestión del Riesgo Crediticio y de Concentración de Crédito, el riesgo crediticio es considerado como la posibilidad de pérdida debido al incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por una contraparte, entendida esta última como un prestatario o un emisor de deuda. En la misma norma, los créditos son concebidos como aquellos préstamos otorgados, documentos descontados, bonos y otros títulos de deuda adquiridos, las fianzas y garantías otorgadas y cualquier forma de financiamiento directo o indirecto u otra operación que represente una obligación para la entidad.³¹⁷

La actividad crediticia constituye una fuente principal de ingresos para las instituciones financieras; sin embargo, esta también puede influir en la continuidad de la actividad de las entidades debido a que puede constituir una causa de quiebra. El origen de esta paradoja se produce porque un crédito puede aportar tantos ingresos a la entidad, como también puede ocasionar serios problemas de liquidez en caso de impago de los intereses o capital principal.

Los consumidores financieros deben hacer frente a un exigente entorno financiero que, desde temprana edad, les demanda decisiones importantes. Cometer errores en esta etapa de la vida tales como créditos estudiantiles con condiciones poco favorables o tarjetas de crédito usadas más para los deseos antojadizos que para las urgencias, obstaculizan la capacidad de los jóvenes para emprender proyectos o ahorrar, aplazando así la prosperidad financiera. Ello depende en gran

³¹⁶ *Ibíd.* 8.

³¹⁷ Rocío Samalí Parada Blanco, Sofía Maribel Rodríguez Ponce y otros, “Análisis del sistema crediticio en El Salvador y su impacto en las condiciones de vida de los microempresarios: alternativas al otorgamiento de crédito” (Tesis de pregrado, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 2014) 56.

medida de la educación financiera que haya recibido de la generación anterior y si ésta le haya heredado deudas.

Si bien para adquirir bienes o servicios es necesario adquirir un crédito y dependiendo de la manera en cómo se salde esa deuda puede influir para en un futuro cercano adquirir otro crédito ya sea a título personal o incluso para alguien de una generación futura. El historial de crédito funge un papel importante, tenemos muchos factores en los que influye en nuestra vida, pensando en presente y futuro, descuidarlo significaría una nota negativa si en algún momento tienes en mente realizar una solicitud de crédito. El historial de crédito funge un papel importante, tenemos muchos factores en los que influye en nuestra vida, pensando en presente y futuro, descuidarlo significaría una nota negativa si en algún momento tienes en mente realizar una solicitud de crédito.

En síntesis de tomarse como referente el principio de equidad intergeneracional como principio rector de los contratos de créditos al consumidor implica un efectivo abordaje de los derechos de las futuras generaciones desde varias perspectivas, la primera de ellas que al aceptar condiciones equitativas entre los contratantes se da por hecho que no va existir una parte que tenga más peso que la otra, por lo tanto en un primer momento, si puede garantizar en una medida los derechos de las futuras generaciones, como primer plano cuidando y forjando de alguna manera el patrimonio que hemos de heredarle y también tutelando que cuando estas generaciones existan poder garantizarles poder contar con las mismas posibilidades o incluso aún mejores que las que contamos nuestra generación actual.

4.5.2. Políticas intergeneracionales.

Generalmente la tenencia de tarjetas de crédito o cuentas bancarias, se asocia con las características socioeconómicas de los hogares; principalmente variables relacionadas con el capital humano y la riqueza. Un elemento por demás determinante para este tópico es la educación, ya que esto ha sido objeto de estudio por grandes economistas debido a su impacto en la vida de las personas, en términos de mayores salarios, mayores niveles de participación laboral, mejoras de la salud, entre otros aspectos.³¹⁸

Actualmente, las entidades financieras piensan únicamente en colocar dinero y de esta forma incrementar sus utilidades. Es una labor respetable ya que con esta práctica contribuyen al desarrollo económico del país, pero de alguna forma se olvidan de apoyar y generar una cultura de consumo responsable. El patrón común de las personas es que se sienten financieramente fuertes por la cantidad de tarjetas de crédito que poseen, siendo este uno de los más graves errores que llevan a un excesivo endeudamiento financiero.³¹⁹

El análisis de ciertos factores comunes en las ecuaciones de equilibrio financiero individual ha permitido evaluar los niveles de las tasas de interés técnico asociadas a las diversas generaciones

³¹⁸ Giovanni Fajardo Utria y Lisa Carolina Delgado Rodriguez “Control Personal de Tarjetas de Crédito” (Trabajo de grado, Universidad Piloto de Colombia, 2011) 17.

³¹⁹ Ibidem.

integrantes de un sistema de reparto. A partir de ello se puede establecer ciertas condiciones bajo las cuales, a través de las tasas de interés técnico asociadas a cada generación, se puede verificar la equidad intergeneracional.

La formulación de políticas parece haberse quedado estancada en una forma de pensar inadecuada ante los graves retos mundiales. Tenemos la responsabilidad colectiva de aplicar y proporcionar ambiciosas estrategias para el desarrollo sostenible en un mundo interconectado.

Tenemos que abordar estos problemas y desafíos. Escuchar la voz de las generaciones futuras en la mesa de negociaciones es fundamental. Lo que estamos decidiendo es la calidad de vida de nuestros hijos y nietos cuando debatimos acerca de los problemas como la protección medioambiental, el desempleo juvenil, los sistemas de pensiones, la deuda pública, etc. Lo que está en juego es su bienestar. Al nombrar a un representante que hable activamente en nombre de las generaciones futuras, traemos el equilibrio al siglo XXI a nuestras instituciones políticas.³²⁰

A nivel de organismos internacionales, la OEA, mediante la Carta Social³²¹ de las Américas, estableció una serie de elementos esenciales que hacen al desarrollo integral de los países de la región y que resultan esenciales para lograr enfrentar las causas que generan los graves problemas de la pobreza, la exclusión social y la inequidad; y reconoce que el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales requiere la adopción progresiva de medidas por parte de los Estados Miembros.

El Plan de Acción de dicha Carta, no solo refleja el consenso regional sobre la importancia de erradicar la pobreza, sino que las siete líneas estratégicas de intervención que plantea (trabajo, protección social, salud, alimentación y nutrición, educación, vivienda y servicios públicos básicos, y cultura) son un reconocimiento irrefutable de que, para combatir la pobreza, se requiere de acciones en diferentes ámbitos para abordar su naturaleza multidimensional. En particular, se destaca que brinda un enfoque integral de la protección social que aborde las diferentes dimensiones y manifestaciones de la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión y reduzca las desigualdades, a través de una amplia gama de medidas, con perspectiva intergeneracional y de ciclo de vida.

³²⁰ Betilde Muñoz – Pogossian y Alexandra Barrantes, “Equidad e Inclusión Social: Superando desigualdades hacia sociedades más inclusivas”, *Serie de Publicaciones sobre Desarrollo e Inclusión Social*, 2016, 15.

³²¹ *Ibidem*, 85.

CONCLUSIONES

- Es claro que, en materia de derechos de las futuras generaciones, nuestro país no ha dado signos de mayor avance y ello se ve reflejado a que la única regulación expresa de éstos se encuentra aún en materia de derecho ambiental.
- Las condiciones económicas en las que las personas nacen y se desarrollan, son factores que inciden sustancialmente en la solicitud de créditos ya que ésta es la forma idónea para las personas de escasos recursos puedan adquirir bienes o incluso accedan a determinados servicios. Sin embargo, es claro que debe apostarse en materia de desarrollo sostenible a la educación financiera ya que ésta resulta clave para modular los gastos o la forma en que se orienta el consumo actual. Los consumidores carecen también de conocimiento en cuanto a sus derechos se refiere prestándose tal situación para generarles desventajas frente a aquellas instituciones financieras, quienes, conscientes de ello lo utilizan a su favor para introducir o estipular condiciones que a priori podrían no generar mayores consecuencias. El momento clave es el pago del crédito, ya que es donde se puede decir que se establece que tipo de consumidor se está tratando.
- Existe poca o nula proyección de consumo de cara a las futuras generaciones, la generación actual prefiere y va a preferir siempre (hasta que las proyecciones cambien) el consumo actual, mucho tiene que ver para esto la situación heredada por los padres o ascendientes más próximos.
- Todas las personas son consumidoras en algún momento determinado, lo cual provoca que se acuda al crédito como mecanismo inmediato que les permita contar con capital disponible para satisfacer las necesidades del momento, e incluso aquellas que se presentan a medio o largo plazo; consecuentemente, se produce el endeudamiento que finalmente en muchos casos genera insolvencia en los deudores.
- Ante la evidente necesidad de financiamiento, entran en acción la serie cantidad de contratos de créditos, sean regulados o atípicos, los cuales, si bien arrojan resultados favorables y cumplen fines loables, también pueden servir como mecanismos para la satisfacción de intereses no protegidos jurídicamente, sino más bien contrarios a Derecho.
- Siendo los contratos de créditos, de carácter adhesivo, en donde las entidades financieras otorgantes de financiamiento, son las que preestablecen las condiciones de tales contratos, se crea el ambiente fértil para que en los mismos se incorporen cláusulas abusivas que ponga en desventaja a los consumidores de crédito, creando un desequilibrio de carácter jurídico y económico que se traduce en perjuicios para tales sujetos adherentes.
- El principio de equidad intergeneracional ofrece los cimientos para una relación contractual entre los consumidores y las entidades financieras justa, donde no solo se establezcan condiciones con las generaciones presentes, sino que, se incluya a las futuras; pero no solo desde la perspectiva de no vulnerar sus derechos o arriesgar su desarrollo, sino que también, sirve para plantear una mejora en las condiciones económicas y sociales en las que éstas generaciones se desarrollen, puesto que quedó por sentado que este principio es

amplio en cuanto que la equidad no solo se refiere a sujetos futuros vinculados familiarmente.

- Al incorporarse cláusulas abusivas en los contratos de crédito por la parte predisponente, al igual que, realizarse el ejercicio abusivo de un derecho subjetivo por tales sujetos, genera que existan relaciones crediticias desequilibradas en las generaciones actuales (acreditante y acreditado), causando daños y perjuicios para los consumidores de crédito, con lo cual dichos sujetos al verse afectados de esa manera, caen en estado de impago y heredan tales deudas a las futuras generaciones (descendientes), o al menos, ello no permitirá que éstas últimas se encuentren en iguales o mejores condiciones que sus generaciones antecesoras, generándose con ello un desequilibrio entre generaciones actuales y futuras a causa de la afectación de las economías de las primeras, como producto del desbalance originado en los referidos contratos de crédito.
- En nuestro país como ya vimos, no existe actualmente una regulación codificada sobre la aplicación de la equidad propiamente dicha, respecto a su aplicación en el derecho privado, ello obedece a que el principio de autonomía de la voluntad de las partes aún continúa imponiéndose respecto a este principio.
- En cuanto mayor consumo tenga la generación actual, mayor es el peligro que existe que las futuras generaciones no cuenten con las mismas oportunidades de desarrollo y es que entre tanto no se cuente con una adecuada educación y políticas intergeneracionales, los derechos de las futuras generaciones se ponen en un estado de incertidumbre.
- Con la incorporación del principio de equidad en los contratos de crédito, se buscaría contrarrestar los efectos producidos por las cláusulas abusivas incorporadas en los mismos y principalmente el desequilibrio que éstas crean, ya que a través de dicho principio se permitiría que ambas partes contratantes cuenten con las mismas oportunidades para ejercer sus derechos y no se produzcan abusos.
- Tráves de la incorporación del principio de equidad intergeneracional en los contratos de crédito, permitiría que las futuras generaciones puedan ser sujetos de crédito, ya que, al establecerse relaciones crediticias equilibradas en las generaciones actuales, ello permitiría que no se hereden deudas a las generaciones sucesoras sino más bien oportunidades para desarrollarse en un ambiente óptimo para acudir al financiamiento sin antecedentes que se lo imposibiliten.
- El derecho privado no se encuentra aislado sino que éste interactúa con otro tipo de normas, dentro de ellas el Derecho Constitucional, el cual incide directa e indirectamente sobre las normas entre particulares, a tal punto que, todo aquello que contraría el texto constitucional, bien se ajusta al mismo o quedará sin ningún efecto jurídico; a ello se hace referencia cuando de la constitucionalización del derecho privado se trata.
- Dado que el principio de equidad Intergeneracional, no se encuentra expresamente reconocido en la ley; el mismo si es ubicado a nivel de Derecho Constitucional, aunque someramente en materia ambiental; siendo así, a través de la Constitucionalización del Derecho Privado dicho principio de equidad entre generaciones también se vuelve de

imperativa observancia por las normas que rigen los actos entre particulares, y más en aquellas que regulan los contratos de crédito.

- En la medida que exista equidad (equilibrio) en las relaciones privadas y específicamente en las de carácter crediticio entre las generaciones actuales, habrá también igualdad de oportunidades para las generaciones futuras, con lo cual se conseguirá que exista equidad entre generaciones, dándose de esa forma cumplimiento al valor justicia.

RECOMENDACIONES

- Sin lugar a dudas, la que se proyecta como la solución más efectiva para tutelar los derechos de las futuras generaciones, es precisamente elevar a rango Constitucional expresamente los derechos de éstas, tal y como lo han hecho otros países de Europa y Latinoamérica.
- El reconocimiento Constitucional de los derechos de las futuras generaciones, automáticamente generaría que el principio de equidad intergeneracional adquiriera mayor relevancia dentro de la esfera jurídica, pero no basta únicamente con eso, sino que, este principio debe ampliarse en cuanto a su aplicación también al derecho privado y a las relaciones que emanan de él. La forma idónea a mi criterio es a través de su codificación expresa, tal y como se ha hecho en otros países para que con ello se considere a las futuras generaciones sujetos que viven actualmente y orientar conductas encaminadas a su bienestar. Lo anterior, se traduce en agregar una ponderación intergeneracional a la mayoría de actos jurídicos que se celebren en el marco de relaciones privadas, ya que no hay que perder de vista que las futuras generaciones no son necesariamente la ascendencia consanguínea más próxima.
- En concordancia con la recomendación anterior, el principio de equidad propiamente dicho, también debería agregarse expresamente como un principio de rango Constitucional, lo cual generaría que su aplicación sea de carácter obligatorio y no a discreción de los Jueces como lo es actualmente. Ello en razón que se pudo demostrar que la aplicación de la equidad como principio cubre en primer momento la falta de regulación expresa de aquellos derechos que dentro de una relación de derecho privado se ven menos favorecidos.
- Del mismo modo, es necesario que se dicte una Ley Especial que regule lo relacionado a los derechos de las futuras generaciones, y que dentro de ella se contemple el principio de equidad intergeneracional, aplicable en diversas materias tal como en los contratos de crédito con el fin que las generaciones venideras cuenten con las mismas o mejores oportunidades de desarrollo y acceso al crédito como las generaciones anteriores; asimismo, se debería establecer la entidad encargada en cumplir dicha ley, los mecanismos habilitados para hacer efectivos los derechos que se reconozcan, así como las sanciones que ante el incumplimiento de la ley y sobre todo, ante la transgresión de derechos, dieren lugar.
- Bajo el escenario actual, se debe apostar por la educación financiera respecto a la idea de desarrollo sostenible, en la actualidad nuestro país en materia de derechos de consumidor aún existen ciertas deficiencias para que cada persona que opta por solicitar un crédito conozca sus principales derechos. La idea es que se cuente con consumidores responsables y con conocimiento de causa para que se frene en alguna medida la imposición de ciertas prácticas abusivas de las instituciones financieras.
- Debe existir mayor control estatal de los actos o contratos otorgados entre los usuarios de crédito para consumo y las instituciones financieras, ello se podría lograr a través de políticas financieras que desarrolle la defensoría del consumidor y la misma superintendencia del sistema financiero.

- Orientar a las instituciones financieras a que dentro de sus políticas incluyan algunas que de carácter intergeneracional ya que por un lado se tendría consumidores responsables, que conscientes de las consecuencias que genera el impago de sus obligaciones y cómo esto afecta directamente su patrimonio y por consecuencia al legado que dejaría a su descendencia. Por otra parte también generaría proyecciones para que las futuras generaciones beneficiadas con el historial crediticio que dejaron las generaciones pasadas, también sean sujetos acreedores de un crédito rápido y accesible, lo que automáticamente se convierte en beneficio para las instituciones financieras.
- Establecer dentro de las cláusulas del contrato de adhesión que una parte porcentual del crédito sea destinado o distribuido entre varios rubros, entre los cuales podemos destacar la educación de las hijas e hijos que pueda tener el consumidor, con el fin de fomentar su crecimiento y desarrollo social y económico a la misma vez.
- Someter el contrato a revisión por parte del Juez con el fin de hacer una nueva valoración de las condiciones o cláusulas de los contratos con el fin de modificarlas con base a ciertos elementos que tanto del deudor o acreedor aleguen.
- Que las instituciones financieras accedan a brindar beneficios como reducción en las tasa de interés a los deudores, dependiendo de su comportamiento dentro del pago del crédito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Chet Tremmel, Joerg. Handbook of Intergenerational Justice. USA: Edward Elgar Publishing Limited, 2006.
- Guastini, Riccardo. Estudios de Teoría Constitucional, ¿Peculiaridades de la interpretación constitucional? México: Distribuciones Fontamara. S.A., 2001.
- Estrada, Alexei Julio. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Robert Alexy. Teoría de los derechos fundamentales. España: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Ferrer Ortega, Luis Gabriel. Los Derechos de las Futuras Generaciones desde la perspectiva del Derecho Internacional: El principio de Equidad Intergeneracional. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- Álvarez Suárez, Ursicino. Curso elemental de Derecho romano, vol. 1. Madrid, Estados, 1948.
- Morales, José Humberto. Apuntes de Filosofía del Derecho. Primer Borrador Final. El Salvador: Segunda edición, 2019.
- Aristóteles. Ética a Nicómaco, Introducción, Traducción y Notas de José Luis Calvo Martínez. España: Alianza Editorial, 2001.
- D'Agostino, F. Il tema dell'equità nell'antichità Greca, Milano. Italia: Giuffrè-Instituto di filosofia dil Diritto dell'Univ, 1973.
- De Aquino, Tomás. Summa Theologicae. España: Biblioteca de Autores Cristianos, onceava edición.
- Castán Tobeñas, José. La equidad y sus tipos históricos, discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. España: Reus, 1950.
- Hoyo Sierra, Isabel Araceli. Principios del Derecho I. España: Dykinson, 2014.
- Sancho Rebullida, Francisco de Asís. "Los principios generales del Derecho", en Estudios de Derecho Civil 1. España: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1978.
- De Castro y Bravo, Federico. "Derecho Civil de España". España: Instituto de Estudios Políticos, segunda edición, 1949.
- Rodríguez, Enrique Alcalde. Los Principios Generales del Derecho: su función de garantía en el Derecho Público y Privado chileno. Chile: ediciones universidad católica de chile, 2002.
- Massini Correas, Carlos Ignacio. "Política, Derecho y Equidad. Una Concepción Realista de la Política y del Derecho". Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Lorca Navarrete, José Francisco. Temas de Teoría y Filosofía del Derecho. Madrid: Pirámide, tercera edición, 1998.
- Fernández Santillán, José Florencio. Valores y principios de la justicia electoral. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2002.
- Rawls, John, ed. Erin Kelly. La Justicia como Equidad: Una Reformulación. España: Paidós Estado y Sociedad, 2012.

- Anaya Barraza Enrique, Sandoval Rosales Rommell Ismael, González Bonilla Rodolfo Ernesto, Rodríguez Meléndez Roberto, Soriano Salvador Héctor, Montecino Giralt Manuel, Cáder Camilot Aldo Enrique, Durán Ramírez Juan Antonio, Sánchez Escobar Carlos Ernesto, Olmedo Sánchez Daniel Eduardo, Cardona Amaya Ivette Elena, Hernández Valiente René Eduardo. Teoría de la Constitución, Estudios en Homenaje a José Albino Tinetti. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2020.
- Febres Cordero, Jaime Buenahora. La Prevalencia del Interés General: Clave para la convivencia y la construcción de democracia. Colombia: Editorial Ibáñez, 2019.
- Merlani, Carlo. II Credito Mercantile. Milano, Giuffrè, 1956.
- Forstmann, Albrecht. Dinero y Crédito, trad. Adolfo Ritter-Zahony. Buenos Aires, Ed. El Ateneo, 1960.
- Rodríguez Azuero, Sergio y Escobar López, Enrique Rodolfo, Contratación Bancaria y Financiera, Consejo Nacional de Judicatura, 2009
- Morales Castro, Arturo y Morales Castro, José Antonio. Crédito y Cobranza. México: Grupo Editorial Patria, 2015.
- Rodríguez Velarde, Javier. Los contratos e Instrumentos Bancarios. Lima: Editorial Rodhas, 2002.
- Moreno García, Lucía. Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal. España: Tirant lo Blanch, 2018.
- Correa Valenzuela, Gustavo Andrés. Anulabilidad de las cláusulas abusivas. Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2015.
- Pertíñez Vélchez, Francisco. La nulidad de las Cláusulas Suelo en Préstamos Hipotecarios. España: Tirant lo Blanch, 2017.
- Rodríguez Azuero, Sergio y Escobar López, Enrique Rodolfo. Contratación Bancaria y Financiera. El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Impresos Múltiples, 2009.
- Ovalle Favela, José. Derecho del Consumidor. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2000.
- Valderrama-Rojas, Carmen Ligia dir., Camacho-López, María Elisa. Perspectivas del Derecho del Consumo, Modelos legislativos en materia de consumo en el Derecho comparado. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Calderón Villegas, Juan Jacobo. La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia. Bogotá: Editorial Temis, 2011.
- De Catro y Bravo, Federico. Derecho Civil de España. Parte General, tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1952.
- Acedo Penco, Ángel. Introducción al Derecho Privado. Madrid: Dykinson, 2013.
- Vásquez Torres, Ángel Luis, Anzar Martín y José María. Derechos de los Consumidores y Usuarios de los Servicios Financieros: guía práctica. España: Ediciones Experiencia, 2015.
- Farina, Juan M. Defensa del Consumidor y del Usuario: comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2009.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída R., Boretto Mauricio. Manual de Derecho Privado. Tomo I. Buenos Aires: Eudeba, 2020.
- Quintana Adriano Elvia Arcelia. Derecho Público y Derecho Privado, en Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, Tomo I, Derecho romano. Historia del derecho. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

- Calderón Villegas, Juan Jacobo. La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia. Bogotá: Editorial Temis, 2011.
- De Catro y Bravo, Federico. Derecho Civil de España. Parte General, tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1952.
- Acedo Penco, Ángel. Introducción al Derecho Privado. Madrid: Dykinson, 2013.
- Vásquez Torres, Ángel Luis, Anzar Martín y José María. Derechos de los Consumidores y Usuarios de los Servicios Financieros: guía práctica. España: Ediciones Experiencia, 2015.
- Farina, Juan M. Defensa del Consumidor y del Usuario: comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2009.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída R., Boretto Mauricio. Manual de Derecho Privado. Tomo I. Buenos Aires: Eudeba, 2020.
- Quintana Adriano Elvia Arcelia. Derecho Público y Derecho Privado, en Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, Tomo I, Derecho romano. Historia del derecho. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- Barocelli, Sergio Sebastián Impactos del nuevo Código civil y comercial en el derecho del consumidor Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016.
- Juan Carlos Gómez y Aurelio Fernández, Aplicación de distintos esquemas de fondos patrimoniales y sus efectos intergeneracionales en Venezuela, Banco Central de Reserva, Caracas, 2002.

TESIS

- Padilla Rosa, Emilio. “Equidad Intergeneracional y sostenibilidad. Las generaciones futuras en la evaluación de políticas y proyectos”. Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2001. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/3986/ep1de2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Andrada Herrero, Narciso. La equidad como elemento catalizador entre la norma jurídica y la justicia. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1988.
- Álvarez Martínez, Georgina Ivón. “Los grupos de contratos en el crédito al consumo”. Tesis doctoral, Universidad da Coruña, 2008),
- Estigarribia Bieber, María Laura. “Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores en la legislación argentina”. Tesis doctoral, Universidad Nacional del Nordeste, 2006.
- Blanco Gonzalo, José Manuel. “La Ley 7/1998 de 13 de abril de condiciones generales de la contratación: control jurisdiccional y especialidades procesales”. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017.
- López Jiménez, José María. Las cláusulas abusivas en la contratación bancaria. Tesis Doctoral, Universidad de Málaga, 2015. https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/11779/TD_LOPEZ_JIMENEZ_Jose_Maria.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Olga Gissel Ferrari Recalde, “Transmisión intergeneracional de la pobreza en Uruguay” (tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2008).
- Carlos Leonel Romero Martínez y Gloria Elizabeth Rivera Guandique, “Análisis de los efectos de la migración del sistema de pensiones salvadoreño en la equidad

intergeneracional”, Tesis de grado, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 2019.

- Rocío Samalí Parada Blanco, Sofía Maribel Rodríguez Ponce y otros, “Análisis del sistema crediticio en El Salvador y su impacto en las condiciones de vida de los microempresarios: alternativas al otorgamiento de crédito” Tesis de pregrado, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 2014.
- Giovanni Fajardo Utria y Lisa Carolina Delgado Rodríguez “Control Personal de Tarjetas de Crédito” (Trabajo de grado, Universidad Piloto de Colombia, 2011).

JURISPRUDENCIA

- Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 178-2013. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016.
- Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 44-2015/103-2016. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.
- Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo, Referencia: 242-2001. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2001.
- Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo, Referencia: 253-2009. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011.
- Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo, Referencia: 548-2009. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011.
- Sala de lo Constitucional. Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 8-97Ac. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2001.
- Corte Suprema de Justicia en Pleno. Auto que resuelve el Incidente de competencia negativa, Referencia: 77-D-2012. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012.
- Tribunal de Arbitramento. Laudo Arbitral del caso Punto Celular Ltda., contra Comunicación Celular S.A. -COMCEL S.A. Colombia: Cámara de Comercio de Bogotá, 2007.
- Cámara Tercero de lo Civil de la Primera Sección del Centro. Sentencia de apelación, Referencia 82-EFQCM-20. El Salvador, Órgano Judicial, 2020.
- Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo, Referencia: 138-2015. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017.

LEGISLACIÓN

- Constitución de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de EL Salvador, 1983.
- Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009.
- Código Penal. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998.
- Ley de Protección al Consumidor. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2005.
- Opinión Consultiva con referencia: OC-18/03. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.

- Declaración y Programa de Acción de Viena. Austria: Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Italia: Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998.
- Convención Internacional para la Regulación de la Caza de las Ballenas. Estados Unidos de América: Gobiernos Contratantes, 1946.
- Recomendación sobre la Protección en el Ámbito Nacional del Patrimonio Cultural y Natural de la UNESCO. Francia: Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en la decimoséptima reunión, 1972.
- Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático. Francia: Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su trigésima primera reunión, 2019.
- Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial. Francia: Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su trigésima segunda reunión, 2003.
- Convención relativa a la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales. Francia: Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su trigésima tercera reunión, 2005.
- Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano. Suecia: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, 1972.
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Brasil: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.
- Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono. Austria: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 1985.
- Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras. Francia: Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su vigésima novena reunión, 1997.
- Normas sobre el procedimiento para la recolección de datos del sistema central de riesgos de los intermediarios financieros no bancarios. El Salvador: Superintendencia del Sistema Financiero, 200.
- Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Bélgica: Consejo de las Comunidades Europeas, 1993.
- Ley 1328 de 2009. Colombia: Congreso de la República de Colombia, 2009.
- Buenas Prácticas para la Protección al Consumidor Financiero. Estados Unidos de América: Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Banco Mundial, 2012.
- Directrices para la Protección del Consumidor. Ginebra, Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015.
- DIRECTIVA (UE) 2019/2161. Bélgica: Parlamento y Consejo de la Unión Europea, 2019.
- Código Penal. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1998.
- Código Civil. El Salvador: Asamblea Legislativa, 1860.

REVISTA

- Mantilla Espinosa, Fabricio. “La constitucionalización del derecho privado”. Revista Oficial del Poder Judicial, n.2 (2007): 248.
- Rueda, Tomas Guillermo. “Acerca de la Constitucionalización del Derecho Privado”. Revista Derecho Constitucional, n. 3 (2019): 39.
- Pérez Juño, Antonio-Enrique, “Los principios generales del derecho: ¿un mito jurídico?”. Revista de Estudios Políticos, n. 98 (1997): 10.
- Robert Alexy. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. Revista Doxa. n. 05 (1988):143
- Soriano Rodríguez, Salvador Héctor. “Reconstrucción constitucional de los derechos”. Revista de Derecho Constitucional, n. 20, (1996).
- B. Howarth, Richard. "Sustainability as Opportunity." Land Economics, no. 4 (1997): 569-79, acceso el 12 de marzo de 2021. https://www.jstor.org/stable/3147246?origin=crossref&seq=1#metadata_info_tab_contents
- Nava Escudero, César. “Guía mínima para la enseñanza del derecho internacional ambiental en México”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n. 113, (2005):
- Cuchumbé Holguín, Nelson. "JHON RAWLS: LA JUSTICIA COMO EQUIDAD”. Revista: Criterio Jurídico, n.3, (2003).
- Marín López, Manuel Jesús. “El Crédito al Consumidor”. Ars Boni et Aequi, n.1 (2005): 84, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3271165>
- R. Cartagena, Edgar. “Situación Actual y Perspectivas del Desarrollo Financiero en El Salvador”. Departamento de Investigación Económica y Financiera del Banco Central de Reserva de El Salvador, n. 2006-02, (2006): 2, <https://www.bcr.gob.sv/bcrsite/uploaded/content/category/1626844777.pdf>
- Arango Grajales, Maximiliano. La causa jurídica de las cláusulas abusivas. Estudios Socio-Jurídicos, n. 1, (2016): 244. <https://doi.org/10.12804/esj18.01.2016.08>
- Guadarrama López, Enrique. “Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”. Instituto de Investigaciones Jurídicas, n. 2, (2012): 149
- Cuentas Ormachea, Enrique. “El abuso del Derecho”. Revista de Derecho PUCP, n.51 (1997). <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199701.016>
- Bernal-Fandiño, Mariana y Pico-Zúñiga, Fernando Andrés. “Las cláusulas abusivas en los contratos de crédito hipotecario. Una mirada comparativa entre España y Colombia”. Vniversitas, n. 131 (2015).
- Ruiz-Gallardón, Isabel. “La Equidad: Una Justicia más Justa”. Foro nueva época, n. 2 (2017).
- González Dávila, Richard. La constitucionalización del Derecho privado y la acción de protección frente a particulares. Revista de Derecho, núm. 16, (2011).
- Jiménez Salcedo, Carmen. “El Abuso del Derecho y los Actos de Emulación en el Derecho Romano”. Derecho y Opinión, n.5 (1997). <https://helvia.uco.es/xmlui/handle/10396/7332>
- López Díaz, Patricia Verónica. “El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual”. Revista Chilena de Derecho Privado, n.19 (2012): 33

- Favoreu, Louis Joseph. “La Constitucionalización del Derecho”. Revista De Derecho (Valdivia), n.1 (2001): 39
- Jiménez Salcedo, Carmen. “El Abuso del Derecho y los Actos de Emulación en el Derecho Romano”. Derecho y Opinión, n.5 (1997). <https://helvia.uco.es/xmlui/handle/10396/7332>
- López Díaz, Patricia Verónica. “El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual”. Revista Chilena de Derecho Privado, n.19 (2012).
- Santos, Yolanda Fernández y Fernández Fernández, José Miguel “La equidad intergeneracional contable anual: un caso”, Revista del Instituto Internacional de Costos, 2012.

SITIOS WEB

- Future Generations. Ernest Partridge, University of California, Riverside. The only gadfly, acceso el 20 de mayo de 2021. <http://gadfly.igc.org/papers/futgens.htm>
- World Future Council. “Crimes against Future Generations”, acceso: 16 de marzo de 2021, <https://www.worldfuturecouncil.org/crimes-against-future-generations/#toggle-id-7>
- COMISIÓN EUROPEA. “Propuesta de DECISIÓN DEL CONSEJO sobre la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en las tres próximas reuniones de la Comisión Ballenera Internacional y en las reuniones y acciones en el periodo entre sesiones”, acceso 28 de marzo de 2021 <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-463-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>