

El principio del *Fresh Start* como exigencia normativa derivada de la dignidad humana

The Fresh Start Principle as a Normative Requirement Derived from Human Dignity

Miguel Ángel Alarcón Cañuta

Autor:

Miguel Ángel Alarcón Cañuta
Universidad Arturo Prat, Chile
mialarco@unap.cl

Recibido: 15-3-2020

Aceptado: 13-9-2020

Citar como:

Alarcón Cañuta, Miguel Ángel. (2021). El principio del *Fresh Start* como exigencia normativa derivada de la dignidad humana Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 44, pp. 313-343. <https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.13>

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.



© Miguel Ángel Alarcón Cañuta

Resumen

El presente trabajo desarrolla la argumentación jurídica que posibilita la comprensión de la existencia de un principio rector de la regulación concursal de la persona física que busca la unificación y delimitación de la normativa con objeto de otorgar protección al interés de alivio del deudor persona física: el principio del *fresh start*.

Palabras clave: *Fresh start*; política del *fresh start*; principio.

Abstract

The present work develops the legal argumentation that makes possible the understanding of the existence of a guiding principle of the bankruptcy regulation of the natural person that allows the unification and delimitation of the regulations in order to grant protecting the relief interest of the debtor natural person: the fresh start principle.

Keywords: Fresh start; fresh start policy; principle.

1. INTRODUCCIÓN

Un problema que presenta la actual regulación del concurso de la persona física a nivel global es su carácter maleable y cambiante, manifestado en la diversidad de modelos concursales en los ordenamientos anglosajón y continental¹. Desde mi punto de vista, la circunstancia que origina el problema es la comprensión del *fresh start* como una política², que posibilita otorgar un beneficio al deudor³ (como es la descarga de la deuda residual), más que un derecho⁴; y que justificado de diversas maneras⁵, depende o queda a merced de los intereses o ideologías políticas de turno⁶.

La falta de uniformidad y el carácter maleable de la regulación genera inseguridad jurídica en los deudores. En el ámbito europeo, la multiplicidad de regulaciones concursales y la pluralidad de puntos vista en relación con el objetivo del procedimiento, repercute en disparidad de criterios a la hora de consagrar la normativa y disímiles niveles de protección de los deudores.

Irradiado a los ordenamientos, el problema permite la gestación y desarrollo de un régimen concursal de persona física sin propia individualidad y expuesto a constantes cambios, fruto de una visión de la institución que puede responder a múltiples convicciones, ideologías políticas y económicas, o a una disparidad de justificaciones, y que no contiene una normativa de mínimos en resguardo de los intereses del deudor y su certeza jurídica⁷.

No siendo posible entender justificado un nivel de protección maleable o cambiante en desmedro del deudor, la pregunta que guía el presente estudio es si es posible encontrar un núcleo esencial en la regulación concursal de la persona física. El objetivo del trabajo es desarrollar la argumentación jurídica para la comprensión de la existencia de un principio rector de la regulación concursal de la persona física, su justificación y finalidad; que permita sentar las bases para orientar la fundamentación, delimitación y uniformidad de la normativa e instituciones concursales en función de su contenido, a efectos de otorgar protección al deudor persona física.

1. EFRAT, 2002, p. 81; GARRIDO, 2014, p. 202.

2. JACKSON, 1985, p. 1394; TABB, 1990, p. 57; HALLINAN, 1986, p. 51; EFRAT, 2002, p. 81; PULGAR, 2016, p. 902.

3. PULGAR, 2008, pp. 13 y 14.

4. LANDRY y READT, 2015, p. 53.

5. Diversas teorías que justifican la descarga de la deuda se pueden ver en TABB, 1990, pp. 90 y sgtes.; JACKSON, 1985, pp. 1400 y sgtes.

6. RAMSAY, 1999, pp. 283 y 284, da cuenta de la influencia de las ideologías en la normativa.

7. La DIRECTIVA de 2019, considerandos 7 y 8, reconociendo la diferencia de regulación entre ordenamientos de la Unión, entiende que ello es un problema que afecta la inversión, la seguridad jurídica de las empresas inversionistas y el mercado interior, más que la protección de los intereses y seguridad jurídica del deudor.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL *FRESH START* COMO UNA POLÍTICA

Al definirse la expresión *fresh start*, generalmente se expresa como objetivo del procedimiento concursal de la persona física que se logra a través de la descarga de la deuda residual (*discharge*)⁸.

Una definición de algo como parte de otro atendido a su importancia, finalidad o carácter principal, responde al «por qué», o incluso al «para qué» de lo estudiado, pero no al «qué es». El problema de la indefinición del «ser» del *fresh start* está dado por su conceptualización.

Si bien el *fresh start* no es *per se* el objetivo de algo, sí es funcionalmente el objetivo del procedimiento concursal de la persona física. Así, la idea de nuevo comienzo se ha caracterizado como una política: la política del *fresh start*⁹. De allí que se entiende que el *fresh start* beneficia al deudor a través de una liberación de la deuda en el concurso al cumplir requisitos de buena conducta¹⁰.

En términos generales, «política» se refiere a un conjunto de orientaciones y directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado¹¹. La acepción coincide con el concepto de *policy* o política pública, referida a un conjunto de decisiones gubernamentales que implican la selección e implementación de una serie de fines, objetivos, instrumentos, medidas de actuación y asignación de recursos, para solventar o prevenir una situación definida como problemática u orientar o modificar conductas y cambiar o transmitir nuevos valores; contribuyendo a transformar la sociedad, a garantizar la cohesión social y a dotar de legitimidad al sistema político¹².

Desde el punto de vista de los antecedentes históricos del *fresh start*, es comprensible su caracterización como política, pues nace como respuesta a los problemas derivados de la crisis económica de la persona física y su familia. A través de la modificación de cierto estado de cosas, con finalidad de resolver de manera puntual el problema de la insolvencia del deudor persona física por medio de la descarga (*discharge*) de la deuda, se concretizó como un objetivo cuyo logro beneficiaría a la colectividad. Así, la definición actual de *fresh start* obedece a su consideración como política, y desde tal concepción destaca su papel como objetivo del procedimiento concursal de la persona física.

Dicho lo anterior, si bien la conceptualización del *fresh start* como una política responde al contexto histórico en que nace y a su forma de operar, adolece de problemas:

8. GROSS, 1986, p. 60; LANDRY, 2012, p. 67; JACOBY, 2001, p. 232, nota al pie N° 7; CULHANE y WHITE, 1999, p. 710; HOWARD, 1987, p. 1047; VIGENAU y BOURIN, 2012, p. 25; JIMÉNEZ, 2015, p. 3727; TABB, 2001, p. 6; FLINT, 1991, p. 515; JACKSON, 1986, p. 225.

9. JACKSON, 1985, p. 1394; HALLINAN, 1986, p. 51; EFRAT, 2002, p. 81; PULGAR, 2008, p. 13 y 14; PULGAR, 2016, p. 902.

10. PULGAR, 2008, p. 14.

11. Definiciones 8 y 12 de la RAE.

12. SUBIRATS, KNOPFEL, LARRUE, y VARONE, 2010, p. 38; PASTOR, 2014, pp. 20, 22 y 23.

primero, describe un rasgo característico de la institución pero no la define; y segundo, porque es equivocada, lo que se pone de manifiesto en un importante hecho: el *fresh start* no es un conjunto de directrices políticas maleables y supeditadas a intereses colectivos en función del poder político de turno¹³, sino que del *fresh start* emana un efectivo derecho para el deudor persona física, el derecho al alivio.

3. LA NOCIÓN GENERAL DE PRINCIPIO COMO CONTRAPUESTA A LA NOCIÓN DE POLÍTICA

Una acepción de «política» o *policy* se contrapone a la noción de principio. En esta concepción, política es una directriz u orientación que persigue una finalidad concreta de interés colectivo¹⁴, mientras que principio es un tipo especial de norma que ordena que algo sea realizado o no en la mayor medida de lo posible¹⁵. Desde el punto de vista estructural, ambas se establecen de manera general, muchas veces utilizando términos, y dirigidas a un porcentaje de la población, indeterminados. Sin embargo, la diferencia es clara: mientras la política constituye un conjunto de acciones encaminadas a un fin adecuado, conveniente o bueno —que pudiere estar compuesta por normas¹⁶—, el principio es una norma jurídica que manda, prohíbe o permite¹⁷. Mientras la noción general de política se circunscribe a un punto de vista axiológico o valorativo, la noción de principio se refiere a un concepto deontológico.

Si bien la conceptualización del *fresh start* puede obedecer a la noción de política, es preciso determinar si cumple con la de principio. En la medida que esto sea así, no sería posible definirlo como política, pues ambos son conceptos excluyentes debido a sus diferencias¹⁸.

Aunque la distinción fuerte entre *policy* (como noción) y principio sustentada por Dworkin¹⁹ concreta un criterio diferenciador entre ambos; entendiéndose actualmente que los principios también pueden referirse a bienes colectivos²⁰ o a normas programáticas o directrices que estipulan la obligación de perseguir un determinado fin²¹, tal criterio se diluye. No obstante, la definición o delimitación de un principio se construye enfrentado a la conceptualización de regla.

13. JIMÉNEZ, W., 2013, pp. 117 y 118, da cuenta de esta posibilidad.

14. DWORKIN, 1984, p. 82.

15. ALEXI, 2002, p. 86.

16. JIMÉNEZ, W., 2013, p. 126, expresa que la norma jurídica es una manifestación jurídica necesaria pero no suficiente de la política pública.

17. PRIETO, 2005, p. 205.

18. JIMÉNEZ, W., 2013, p. 116, expresando que el derecho adquiere autonomía e independencia de la política y se convierte en un límite a la actuación de los poderes y autoridades públicas, el ámbito de acción de las políticas encuentra límites en los principios, valores y derechos fundamentales establecidos en la constitución.

19. DWORKIN, 1984, pp. 82 y 90.

20. ALEXI, 2002, pp. 109 a 111.

21. ATIENZA y RUIZ, 1996, pp. 4 y 5.

Para lo que interesa en este estudio, adoptaré la teoría de la diferenciación fuerte entre regla y principio, que expresa que existe una diferenciación no solo cuantitativa o de grado, sino además cualitativa o en cuanto a la cualidad o particularidad estructural de cada una²². Interesa esta doctrina pues una teoría de la diferenciación basada en una distinción solo de grado genera que el criterio de generalidad utilizado para la distinción posibilite que siempre que hablemos de un principio podamos también estar hablando de una política, o viceversa; lo que tiene como consecuencia que el criterio delimitador solo se circunscriba al carácter deóntico del principio, sin considerar las diferencias que en torno a su cualidad son relevantes para este trabajo.

4. EL CONTENIDO NORMATIVO DEL *FRESH START*

4.1. El sustantivo *fresh start* y su contenido prescriptivo

La diferencia entre regla y principio es analizada desde un enfoque funcional como estructural, que permite apreciar ciertas particularidades de los principios y posibilita su delimitación. Pero esta diferenciación parte de la común delimitación de ambos como un tipo de norma jurídica y por tanto enunciados prescriptivos que ordenan, prohíben o permiten²³.

Desde mi punto de vista, la expresión *fresh start*, en sentido restringido se constituye en un sustantivo. Como tal, da cuenta de, o se refiere a, la existencia real e independiente de algo dotado de esencialidad y contenido propio.

Para conocer el contenido de este algo, o a qué nos referimos cuando damos cuenta de este algo a través de un conjunto de símbolos que representan su denominación, primero debemos situarnos en el contexto en el que hablamos. Ello porque no tienen el mismo contenido de significado expresiones que se producen o generan en contextos diferentes, a pesar de plantearse, incluso, bajo los mismos signos escritos.

Entendiendo que el contexto de algo es un conjunto de circunstancias físicas (temporales o espaciales) y lingüísticas que lo rodean y sin las cuales no puede comprenderse correctamente su significado, nuestro algo se contextualiza en las siguientes circunstancias de espacio y tiempo, que llamaré contexto A: una persona física agobiada por deudas que le imponen diferentes, deficientes, inestables o inseguros modos o medios de desarrollo de su existencia y de su entorno familiar²⁴, que le limitan o privan de un estado de bienestar caracterizado por un conjunto de capacidades de hacer, ser y operar individual y colectivamente en un espacio y tiempo social determinados²⁵.

22. ALEX, 2002, pp. 85 y 86.

23. RUIZ, R., 2012, p. 145.

24. Respecto de las consecuencias de la insolvencia, EFRAT, 1998, p. 141; JACKSON, 1985, p. 1447; JACOBY, 2001, p. 240.

25. Sobre la noción de calidad de vida y el enfoque subjetivo y basado en las capacidades, GARCÍA, 1999, p. 148; STIGLITZ *et al.* 2009, pp. 42 a 44, 143 y sgtes., y 216

Ahora, desde el punto de vista de la pragmática, todos los factores extralingüísticos que condicionan un uso del lenguaje o el contenido de significado de una expresión deben ser considerados para otorgar contenido de significado adecuado. Los factores extralingüísticos que influyen en el significado de una expresión pueden ser históricos, culturales, sociales, entre otros. Así, para determinar el contenido de significado de la expresión-sustantivo *fresh start*, el contexto histórico en el que se gesta y desarrolla contribuye a tal comprensión.

No siendo el objetivo principal de este trabajo los antecedentes históricos y evolutivos, basta con señalar que el contexto histórico en que surge nuestro algo, que llamaremos contexto B, da cuenta de un estado de cosas en que existe necesidad de solución del problema de las graves consecuencias que el contexto A genera en la persona física y su familia, producidos por acontecimientos históricos de reiterada concurrencia como son guerras y crisis económicas²⁶. Esta necesidad, que es vista como una necesidad social de superación o alivio de las consecuencias de la crisis económica, se torna en un interés común al cual el Estado debe responder. El contexto B es aquel en que el interés común por aliviar o solucionar las graves consecuencias sociales de la crisis económica del contexto A, se traduce en un deber por parte del Estado de dar respuesta a esta necesidad social.

Fresh start corresponde a un algo que obedece al carácter de ser una respuesta a un problema social como consecuencia del deber del Estado de otorgarla. Ahora bien, para determinar el contenido de significado de nuestro algo debemos preguntarnos por aquello que el Estado debe; y para ello, el contexto operativo, que llamaremos contexto C, proporciona una respuesta. El contexto C permite comprender cómo ha operado históricamente nuestro algo.

Históricamente, la descarga de la deuda residual (*discharge*) ha materializado el deber del Estado de dar respuesta al problema descrito en el contexto B, constituyéndose en una manifestación de la finalidad de otorgar alivio al deudor en el contexto contenida.

Si bien actualmente no todos los Estados contemplan una regulación concursal destinada a la solución del problema de la insolvencia de la persona física, las circunstancias en que cada Estado decide o no establecerla obedecerán a una multiplicidad de factores, económicos, culturales, sociales, políticos, incluso hasta por acción del lobby²⁷; que escapa al objeto de este trabajo. Lo trascendental es que todo Estado que pretenda jactarse de contemplar, propiamente tal, un procedimiento concursal destinado a la persona física, habrá de establecer un mecanismo de descarga de la deuda residual. Ello es corroborado por los antecedentes históricos y justificativos de los procedimientos

26. La descarga de la deuda motivada por guerras y crisis económicas puede verse en, MCCOY, 1996, pp. 165 y 166; DUFFY, 1980, p. 286; COHEN, 1982, p. 156.

27. CUENA, 2012, p. 3, lo plantea para el caso de España.

concursoales de persona física, la experiencia comparada y las sucesivas recomendaciones internacionales existentes actualmente²⁸.

A primera vista, podría pensarse que nuestro algo toma la forma de un deber del Estado de otorgar una descarga o exoneración de la deuda residual. Sin embargo, considerando el contexto histórico sumado al contexto C, puede comprenderse que la necesidad de solución del problema enmarcado en el contexto B no es solo el directamente derivado de la crisis económica financiera del deudor, a saber, el incumplimiento de las obligaciones. Más allá de ello, la necesidad es de otorgar alivio al deudor, esto es, solucionar el problema indirectamente derivado de la crisis económico-financiera o problema subyacente a la insolvencia: el problema de la imposibilidad de autodeterminación futura que el estado de crisis o insolvencia genera en la persona física y su familia²⁹. Aunque el contexto C permite comprender cómo opera nuestro algo a través del *discharge*, ello no justifica que la descarga de la deuda sea confundida o pretendida como sinónimo de *fresh start*³⁰. La necesidad subyacente en el contexto B no es de descarga de la deuda, sino que, a través de una acción por parte del Estado, sea logrado un alivio del deudor, como sinónimo de solución definitiva del problema subyacente a la insolvencia.

Así, nuestro algo toma la forma de un deber del Estado de «x» para lograr un alivio del deudor persona física. De manera resumida: en los contextos A, B y C, la expresión *fresh start* se refiere a algo cuyo contenido es un deber del Estado de otorgar un alivio al deudor persona física y su familia.

En este punto, nuestro algo bien podría responder a la noción de política si entendemos que su contenido persigue una finalidad adecuada para la comunidad; pero bien podría responder a una noción de norma jurídica (regla o principio) bajo el entendido de que, conteniendo un deber, pertenece al mundo de los enunciados prescriptivos. Aunque una norma señale ciertos fines, propósitos u objetivos a un determinado destinatario, permitiendo que pueda elegir dentro de sus límites los medios apropiados

28. GUÍA LEGISLATIVA SOBRE EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA DE UNCITRAL: 331; INFORME DEL BANCO MUNDIAL SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES, 2014, p. 329; DIRECTIVA DE 2019, artículo 20; CUENA, 2011, p. 5, refiriéndose al Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «*El Crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia*» (DOCE 2008/C 44/19).

29. Para JIMÉNEZ y GONZÁLEZ, 2014, p. 164, «La calidad de vida se puede entender como la satisfacción derivada de las posibilidades de desarrollar autónomamente su proyecto vital. De allí se sigue que el Estado debe crear condiciones propicias para el ejercicio de la libertad. [...] por ende, ese *puede* se encuentra estrechamente ligado a la posibilidad de desarrollar sus potencialidades gracias al empleo que haga de los medios a los que accede un ser humano a lo largo de su existencia; si los medios son limitados, el ejercicio de la libertad es restringido, ya que ésta nace de la interacción entre unas condiciones básicas dadas por la sociedad y la capacidad que el individuo tenga para transformarlas, en aras de su bienestar.»

30. Se ha constatado que existen menciones a los conceptos *fresh start* y descarga o alivio de la deuda como si de sinónimos se tratase. Así sucede en TABB, 1991, p. 334; RAMSAY, 1999, p. 269. Lo ponen de manifiesto, PORTER y THORNE, 2006, p. 74. Aunque no es el objetivo de este trabajo, la consecuencia de esta confusión semántica es una extensión de las justificaciones dadas para la descarga al procedimiento concursal de persona natural, que propicia la disparidad de regulaciones a nivel internacional. Ello puede colegirse, a modo de ejemplo, en PULGAR, 2016, p. 902

para lograrlo, no deja de ser propiamente una norma jurídica. Un enunciado que da cuenta de una política cumple estas características, por lo que esta noción de política no se distingue de una norma de fin.

El punto de partida es determinar si un enunciado contiene una norma que pertenece al mundo del derecho. De manera breve, por no ser el objetivo de este trabajo, consideraré una premisa para continuar el análisis: una proposición normativa que afirma la existencia de una norma, susceptible de verdad o falsedad³¹, lo es en función de que efectivamente exista la norma a la que se refiere³². Desde allí, para entender cuándo una norma existe, y si bien se han planteado diversos criterios³³, optaré por el de pertenencia, comprendiendo que una norma existe en el ordenamiento cuando es parte del mismo. En este contexto, entendiéndose que una norma puede existir sin que necesariamente sea obedecida o aplicada³⁴, un concepto de validez descriptivo implica afirmar que una norma es válida cuando pertenece a un ordenamiento jurídico determinado³⁵. Para algunos³⁶, una norma es válida en el sentido normativo, esto es, con fuerza obligatoria, cuando como condición necesaria de tal validez, la norma pertenece a un sistema jurídico vigente³⁷, lo que ocurrirá solo si está autorizada por otras normas del sistema³⁸.

En base a lo anterior, una norma pertenece al ordenamiento cuando ha sido creada de acuerdo con otra norma perteneciente al ordenamiento jurídico, esto es, cuando a través de una cadena de validez o subrogación³⁹, una norma o conjunto de normas del ordenamiento jurídico han autorizado la creación de la norma⁴⁰. La fuerza significativa de una norma jurídica se deriva de una o varias normas de reconocimiento de la misma⁴¹.

31. NINO, 1999, p. 63; PRIETO, 2005, pp. 43 y 51; MORESO y VILADAJOSA, 2004, pp. 63 y 65.

32. ALCHURRÓN y BULYGIN, 2000, p. 141.

33. Criterios como el que entiende existencia como sinónimo de validez, existencia como eficacia, existencia como pertenencia al ordenamiento jurídico. Dando cuenta de ellos, PRIETO, 2005, p. 74, adhiere a la validez como equivalente de existencia.

34. SORIANO, 1993, p. 100.

35. PRIETO, 2005, p. 74; NINO, 1999, p. 135.

36. Nino interpretando el análisis de Raz respecto del concepto de validez de Kelsen. NINO, 1999, p. 137.

37. SORIANO, 1993, pp. 94 y 95. La de validez normativa como fuerza obligatoria de la norma deriva de la acepción de validez formal como existencia de la norma en el ordenamiento jurídico.

38. PRIETO, 2005, p. 75.

39. Raz y Von Wright, según NINO, 1999, p. 114. SORIANO, 1993, p. 101, expresa esta circunstancia como validez material de la norma.

40. NINO, 1999, p. 114 a 116.

41. LLEDÓ y ZORRILLA, 1997, p. 143.

4.2. La norma jurídica contenida en la expresión *fresh start*

4.2.1. La dignidad como fundamento y justificación de la norma contenida en el *fresh start*

Desde el contexto descrito previamente, debido a la naturaleza del sujeto deudor, el problema subyacente a la insolvencia de la persona física es la imposibilidad o disminución de la capacidad de desarrollo personal y familiar que sufre al encontrarse eternamente ligado a una o varias deudas y a la insolvencia.

Actualmente, incorporada ampliamente en Declaraciones, Convenios y Tratados internacionales, y en Constituciones de casi la mayoría de los Estados occidentales, la dignidad humana es una plasmación normativa del reconocimiento del especial valor que un ser humano ostenta por el hecho de ser tal. Los seres humanos son los únicos capaces de moralidad y de desarrollar un plan o proyecto de vida que permita el logro de una finalidad que es propia de cada uno: el desarrollo de su personalidad. Independientemente de las características físicas o psicológicas, del contexto histórico, temporal, social, cultural, político, económico, etc., lo común de cada ser humano es la necesidad de definir su razón de ser, su objetivo en el mundo, su identidad, en fin, su personalidad. La personalidad lo identifica como ser independiente respecto de los demás y le otorga identidad propia, que no siendo permanente y originaria por el solo hecho de que un algo sea persona, se expresa como una conquista, como una constante búsqueda de un fin que otorga razón de ser a la existencia⁴². De allí que la personalidad de un ser humano no se ostenta por el solo hecho de serlo, sino que la tiene en la medida que la va desarrollando constantemente a lo largo de su vida a través de un proyecto de vida determinado.

Si bien se es persona como cualidad inherente a ser humano, la personalidad como conquista o el desarrollo de una personalidad solo se obtiene a través de la capacidad de un ser humano para lograrlo, esto es, una capacidad de autorregulación, autodeterminación, de desarrollo de un propio plan o proyecto de vida. Esta capacidad hace valioso a un ser humano. La dignidad es la capacidad de todo ser humano de establecer y desarrollar un propio proyecto de vida que le permita el desarrollo de su personalidad⁴³.

El problema subyacente a la crisis del deudor persona física afecta a la persona en su dignidad porque le impide un desarrollo de su personalidad. Ahora, el hecho de que entendamos que la imposibilidad de desarrollo de la personalidad afecta la dignidad del deudor no explica cómo, por qué o de qué manera.

La capacidad de todo ser humano para desarrollar su personalidad a través de un plan de vida independiente acorde con los cánones de los propios deseos y objetivos

42. A esto entendemos que se refiere GARCÍA, R., 2009, p. 59, cuando da cuenta de los «ideales de excelencia humana».

43. GARCÍA, R., 2009, p. 59, en torno a las cláusulas normativas que contienen la dignidad, expresa que permiten interpretar que lo que hay que reconocer es una determinada capacidad de los seres humanos dirigida a alcanzar en el mayor grado posibles ideales de excelencia humana.

emana de la autonomía que tienen respecto de otros⁴⁴. Esta autonomía, que en esencia se configura como falta de coacción de cualquier tipo en la realización de un proyecto, se constituye, en fin, en libertad. Siguiendo a Kant, debido a la capacidad racional de la persona de ponerse fines, esto es, atendido a su autonomía, es que debe considerarse como fin en sí misma y no como un mero medio⁴⁵. El valor moral de una persona depende por tanto de su autonomía, esto es, de la libertad que posee y que le permite desarrollar su personalidad⁴⁶. Desde estas consideraciones, entiendo que la dignidad, siendo la capacidad para el desarrollo de la personalidad, se canaliza a través del libre desarrollo de la personalidad o libre realización del proyecto de vida que la persona estime para lograr el desarrollo de su personalidad.

Desde una conceptualización normativa⁴⁷, la dogmática filosófico-jurídica entiende que dignidad humana consiste en esta autonomía del ser humano. Las características de una persona moral autónoma son⁴⁸: a) capacidad de elegir fines, adoptar intereses y formar deseos, comprendida como, o en referencia al, valor de la autonomía personal, no únicamente entendida como ejercicio de tal capacidad; b) esta capacidad es previa a cualquier fin, interés o deseo, donde la continuidad del sujeto se aprecia desde un punto de vista complejo de la persona, que supone considerar todo el conjunto de fenómenos jurídicos y físicos (recuerdos, experiencias, valoraciones, actitudes, creencias) concatenadas causalmente; con lo que la identidad o personalidad de un sujeto se presenta desde una perspectiva gradual, no bajo el tipo todo o nada, que a su turno implica la posibilidad de concebir una pérdida de identidad personal (personalidad) o su decrecimiento en una misma vida biológica⁴⁹; c) la separación de la persona de cualquier fin, interés o deseo permite también aislarla del flujo causal económico, histórico, político, social, etc., en el que está inmersa; d) las personas están separadas entre sí, esto es, tienen sistemas separados de fines e intereses, que son centros independientes de elecciones y decisiones; e) como consecuencia, si algo es una persona moral, nada que esté compuesto por ella o esté constituido a partir de ella puede ser también una persona moral.

La autonomía subyacente a la dignidad de toda persona, que se ha denominado principio de autonomía⁵⁰, y que entiendo es la libertad que un ser humano ostenta para llevar a cabo un proyecto de vida que le permita desarrollar su personalidad, permite identificar determinados bienes sobre los que versan ciertos y determinados derechos cuya función es, por un lado, propiciar o facilitar que el ser humano logre un libre desarrollo de su personalidad, y por otro, proteger al individuo contra medidas que

44. CAMPS, 2009, p. 145.

45. KANT, 1989, pp. 199 y 200.

46. GARCÍA, R., 2009, p. 59.

47. CAMPS, 2009, p. 149.

48. VÁZQUEZ, 2009, pp. 203 y sgtes.

49. VÁZQUEZ, 2009, p. 203.

50. VÁZQUEZ, 2009, p. 202.

persigan el beneficio de otros a costa de, o en perjuicio de, la autonomía que posee para lograrlo⁵¹.

Dentro de la primera función, y adscribiendo al concepto normativo⁵² de dignidad, se entiende que justifica o fundamenta un cúmulo de derechos que garantizan el logro del desarrollo de la personalidad de manera libre, como fin y elemento de la dignidad de la persona. Los derechos humanos o inherentes a la persona humana, sea fundamentales o humanos propiamente tal⁵³, encuentran fundamento en su aptitud para posibilitar y potenciar el desarrollo y desenvolvimiento de la personalidad⁵⁴. La dignidad del ser humano justifica el establecimiento de una serie de derechos y les otorga fundamento, toda vez que la persona es un ser a la que el Estado debe facilitar el desarrollo de su valor personalidad⁵⁵.

De manera breve y a modo de precisión, conviene señalar que, aunque la noción de «derecho subjetivo», como concepto base en la concepción de los derechos humanos, no encuentra uniformidad en la doctrina, asumo una visión que escapa de las concepciones que lo estiman como la consecuencia de un deber correlativo⁵⁶, como manifestaciones de un poder amparado en la voluntad del individuo o del interés particular⁵⁷. Siguiendo a alguna influyente doctrina, comprendo que derecho subjetivo es una posición jurídica determinada del individuo⁵⁸ que comprende una relación triádica entre el titular, el destinatario y el objeto⁵⁹; una posición, situación o estado del individuo que es previa al ordenamiento atendido el carácter de persona del sujeto titular y que tiene una fuerza de justificación propia⁶⁰. En esta concepción, los derechos no sólo justifican la adscripción de deberes a terceros, sino también el reconocimiento a sus titulares de un poder normativo, una libertad, una inmunidad, o la persecución de determinados objetivos colectivos; teniendo un papel justificatorio de otros elementos del sistema jurídico⁶¹.

51. VÁZQUEZ, 2009, p. 202.

52. En torno al concepto normativo de dignidad, GARCÍA, R., 2009, p. 52; ATIENZA, 2009, p. 91. CAMPS, 2009, p. 150, expresa que la dignidad es un concepto normativo, y como tal, su función es valorar la realidad, no describirla.

53. Mientras que los derechos fundamentales, pudiendo ser derechos humanos, se presentan expresamente establecidos en los textos constitucionales y tienen un especial mecanismo de protección, los derechos humanos pueden o no estar establecidos expresamente en los textos constitucionales y no ostentan un especial mecanismo de protección. Así se desprende de GARCÍA, E., 1999, p. 153; GONZÁLEZ, 2004, p. 339; APARICIO y PISARELLO, 2008, pp. 147 a 149.

54. ALEGRE, 1996, p. 50; ATIENZA, 2009, p. 91; GONZÁLEZ, 2004, p. 375, expresa que las teorías de los derechos humanos tendrán como objetivo lograr que los seres humanos sean realmente dueños de su destino, desplegando todas sus potencialidades en tanto seres morales racionales.

55. FERNÁNDEZ, 1922, p. 163.

56. Explicando brevemente la teoría y manifestándose crítico, LAPORTA, 1987, p. 25.

57. Explicando las teorías y criticándolas, GONZÁLEZ, 2004, pp. 325 y 328.

58. ALEXY, 1997, pp. 182 y sgtes.

59. Para una explicación detallada de la relación triádica a partir de la comprensión de la relación correlativa de los enunciados deónticos, ALEXY, 2002, pp. 197 a 210.

60. LAPORTA, 1987, p. 27. En este contexto, para un conocimiento breve del problema que conlleva el reconocimiento de derechos solo como fundamentales, RODRÍGUEZ, 2002, pp. 150 - 151.

61. LAPORTA, 1987, p. 27.

Desde la dimensión filosófica de la dignidad, se constituye en fundamento de todos los derechos, representando un *prius* lógico y ontológico en relación con los derechos fundamentales y, entiendo, también de los derechos humanos⁶². Desde esta dimensión, como fundamento último de los derechos humanos y fundamentales, la dignidad es inderrotable, constituyéndose en un límite de contenido mínimo⁶³ de tales derechos y, como consecuencia, un límite a nuestro propio actuar y al del poder público⁶⁴.

Por otro lado, desde una dimensión específica de la dignidad humana entendida como autonomía para el libre desarrollo de la personalidad, surgen ciertos y determinados derechos orientados al logro de tal objetivo. Son los derechos inherentes al ser humano⁶⁵ en razón de su autonomía para la realización de un proyecto o plan de vida que le permita desarrollar libremente su personalidad⁶⁶, y cuya falta o vulneración atentará contra el desarrollo libre de la personalidad de un ser humano⁶⁷.

De acuerdo con lo anterior, ¿cuál es el contenido de la dignidad humana que, manifestado en derechos inherentes a la misma, propicia el logro de un libre desarrollo de la personalidad? Para responder, se hacen necesarias algunas precisiones para enmarcar la explicación posterior: primero, que comprendiéndose que el contenido de los derechos humanos, fundamentales o humanos propiamente tales, inherentes a la dignidad en cuanto propician el logro del libre desarrollo de la personalidad es de gran magnitud⁶⁸, solo me referiré a los que, según argumentaré, se vinculan directamente con el problema subyacente de la crisis económico-financiera del deudor persona física. Segundo, cabe recordar que el problema subyacente a la crisis económica del deudor persona física repercute en su dignidad, pues le impide el desarrollo de su personalidad de manera libre. El porqué de lo anterior es la tercera precisión: entendiéndose que existen ciertos derechos inherentes a la dignidad humana que propician el libre desarrollo de la personalidad, la vulneración de los derechos a los que haré referencia como consecuencia del problema subyacente a la crisis económica del deudor persona física, significa una vulneración de la dignidad del deudor pues impide el libre desarrollo de su personalidad.

62. Así también GONZÁLEZ, 2004, p. 432.

63. ATIENZA, 2009, p. 88.

64. ATIENZA, 2009, p. 92; GONZÁLEZ, 2004, pp. 417, 434 y sgtes.; RUIZ, J., 2012, p. 829.

65. GONZÁLEZ, 2004, p. 431 y 432, expresa que la dignidad humana fundamenta dos tipos de derechos humanos: los de la personalidad y los de seguridad.

66. A esto entiendo que se refiere ATIENZA, 2009, p. 88, cuando da cuenta de la dimensión, que denomina, específica de la dignidad, que la conecta con determinados derechos fundamentales. En esta misma línea, DE CASTRO, 1990, p. 232.

67. ALEGRE, 1996, p. 51.

68. Se reconocen por la doctrina un cúmulo de derechos que responden a esta misión, como son el derecho a la vida, la integridad física y psíquica, derechos de la personalidad, libertades ideológicas, libertad de movimiento, derecho al trabajo y a su libre elección, el derecho a la educación, al medio ambiente, entre otros, comprendo de forma no taxativa. Así, refiriéndose al núcleo duro de la dignidad, PASCUAL, 2009, pp. 67 y sgtes.

4.2.2. *Tres derechos inherentes a la persona del deudor que justifican la norma contenida en el fresh start*

En virtud del libre desarrollo de la personalidad, el ser humano es libre o autónomo para llevar a cabo el proyecto de vida que estime pertinente para el desarrollo de su personalidad moral, no pudiendo construirse esta sino desde la libre elección. Sin perjuicio de ello, siendo la personalidad un concepto moral, la libertad que es su punto de partida no podrá tener cualquier contenido, sino solo aquel que efectivamente conduzca al desarrollo de la personalidad del ser humano⁶⁹.

Ahora bien, porque la moral es un sistema normativo que se impone a la conciencia libre de un individuo, la tarea del derecho habrá de restringirse a señalar el marco de la acción general dentro del cual el individuo puede desenvolverse; marco de acción que puede designarse como contenido del libre desarrollo de la personalidad⁷⁰.

De lo anterior se desprende que el libre desarrollo de la personalidad contiene un derecho de libertad individual de carácter general⁷¹, que la doctrina alemana ha definido como libertad general de acción, el cual se puede traducir como un derecho de libertad para el desarrollo de la personalidad⁷². Al entenderse este derecho como el contenido del libre desarrollo de la personalidad lo que se quiere dar a conocer es que esta libertad para desarrollar la personalidad contiene un derecho que es individual y general para desarrollar la personalidad de manera libre. El libre desarrollo de la personalidad, como manifestación o forma de canalización la dignidad, contiene un derecho individual y general para desarrollar libremente la personalidad; un derecho inherente a la capacidad de un ser humano para desarrollarse, esto es, inherente a su dignidad.

En este punto es importante destacar que los derechos fundamentales poseen un doble carácter: por un lado, son derechos subjetivos, y al mismo tiempo, por otro, son elementos axiológicos de carácter objetivo integrados en el acervo de la Constitución junto a otros valores⁷³. Desde este punto de vista, el libre desarrollo de la personalidad participa de ambos caracteres.

Desde un carácter axiológico, el libre desarrollo de la personalidad se constituye en un principio a través del cual se concreta jurídicamente el valor superior libertad, y que dota de sentido valorativo y de fundamento al resto de derechos humanos y fundamentales que son la expresión de libertades en ámbitos concretos. Entendiéndose que la dignidad en su concepto normativo se canaliza o encuentra su manifestación a través del libre desarrollo de la personalidad, y que a su vez tiene como contenido el derecho individual y general para el libre desarrollo de la personalidad, otros derechos que sean expresión concreta o específica de la libertad general de acción o derecho para el libre desarrollo de la personalidad, reconocidos o no por la Constitución, encuentran

69. ROBLES, 1995, p. 48.

70. ROBLES, 1995, p. 48.

71. ROBLES, 1995, p. 49.

72. Así también PASCUAL, 2009, p. 38.

73. ROBLES, 1995, p. 50.

fundamento en el principio de libre desarrollo de la personalidad, en definitiva, en la dignidad.

De lo anterior destaca que ciertos derechos que establece la Constitución, como otros derechos humanos, son manifestaciones concretas del contenido del libre desarrollo de la personalidad y, por tanto, derechos que posibilitan el logro del desarrollo de la personalidad de manera libre. Tales derechos, no son todos los que establece una Constitución. Como expresión del derecho de libertad para el desarrollo de la personalidad en un ámbito concreto, podrán existir otros derechos que, propiciando el desarrollo de la personalidad de manera libre, se fundamentan en la dignidad del ser humano por pertenecer inherentemente a su contenido.

Además del derecho de libertad general de acción para el desarrollo de la personalidad, dos derechos cumplen tal —si se quiere— requisito o condición y se vinculan con el problema subyacente a la crisis económico-financiera del deudor persona física. El primero, un derecho fundamental por estar plasmado expresamente y gozar de una especial protección en la mayoría de los textos constitucionales, que emana directamente de la dignidad humana por propiciar la base para un libre desarrollo de la personalidad y sin el cual la persona como tal no existe. El segundo, un derecho humano que entiendo es inherente a la dignidad por propiciar el libre desarrollo de la personalidad en un ámbito concreto de la existencia o vida humana, y sin el cual, en tal ámbito no es posible lograr la finalidad del desarrollo de la personalidad de manera libre. El primero, el derecho fundamental a la vida, que se vincula en nuestro contexto de estudio al «derecho a hacer la vida»; el segundo, el derecho humano al *fresh start*.

Para que llegue a realizarse la potencialidad o capacidad para el desarrollo de la personalidad de un ser humano es preciso, en primer lugar, la existencia de tal ser humano; en segundo, que se halle en condiciones normales de salud mental y física; y tercero, que tenga la posibilidad de autodeterminarse y no se vea forzado a ejecutar los dictámenes de otra persona⁷⁴, esto es, que tenga libertad para desarrollar su propio plan de vida o para desarrollar su personalidad. Así, se aprecian tres derechos inalienables por ser inherentes a la dignidad: el último, ya referido, de libertad general de acción para el desarrollo de la personalidad; el segundo, el derecho a la integridad física y psíquica; el primero, el derecho a la vida, que inadmite tanto los atentados directos contra la vida biológica de un ser humano, como el atentado indirecto que viene dado por la situación de absoluta miseria en que se encuentra quien no cuenta siquiera con el mínimo de subsistencia⁷⁵.

Es en este contexto, se estima que el derecho a la vida no solo comprende la existencia biológica, sino también la facultad de hacer la vida⁷⁶ que un ser humano estime necesaria para alcanzar sus fines u objetivos y que le permita un desarrollo personal en todo ámbito de cosas, una identidad, y en fin, de su personalidad. No se trata del

74. MARTÍNEZ, 1992, p. 94.

75. MARTÍNEZ, 1992, p. 94.

76. A este derecho se refiere FIGUEROA, 2009, p. 139.

derecho a la libertad general de acción para el desarrollo de la personalidad, sino del derecho a un plan de vida determinado por el propio ser humano enfocado hacia el desarrollo personal. En esta línea, en torno a la autonomía se ha expresado⁷⁷ que, como principio, tiene dos dimensiones: «la de elección (posibilidad de escoger libremente el propio plan de vida, sin que venga impuesto por los poderes públicos o por otra persona), y la de la satisfacción (que el individuo tenga posibilidades de poder llegar a realizar efectivamente el plan de vida escogido, en la mayor medida posible).»

Sin un plan de vida determinado poco o nada logrará un individuo para encontrar razón de ser a su existencia a través del desarrollo de una personalidad. Ahora bien, requiriendo el ser humano, en todo caso, autonomía para establecer o definir un plan o tipo de vida que estime oportuna, la libertad será una pre condición para esta facultad. Es por tanto el «derecho a hacer la vida» una manifestación concreta de la libertad general de acción para el logro del desarrollo de la personalidad. El derecho a establecer un plan de vida, definir un tipo de vida⁷⁸ y a llevarla a cabo para alcanzar un desarrollo de la personalidad, es inherente a la dignidad puesto que a través de él, el ser humano es capaz de realizarlo⁷⁹.

Así, lo que puede definirse como vida digna es un plan de vida que ostente las condiciones necesarias y adecuadas para el desarrollo de la personalidad, dentro de las cuales la libertad o autonomía es una de ellas. El derecho a hacer una vida digna es por tanto el derecho a establecer y desarrollar un plan de vida determinado que posibilite, o tenga las condiciones para, el desarrollo de la personalidad del ser humano⁸⁰.

En cuanto al tercer derecho inherente a la dignidad, según se expresó, los derechos inherentes a la dignidad, en cuanto su contenido, son los que propician el logro del desarrollo de la personalidad de manera libre, cuya transgresión imposibilita que el ser humano ostente una libertad o autonomía suficiente para tal fin. Entendiendo que el límite de contenido de la libertad para el desarrollo de la personalidad estará en el desarrollo de la personalidad y atendido el carácter de principio axiológico y fundamentador del libre desarrollo de la personalidad, entiendo que el derecho humano al *fresh start* o, bien en otros términos, el derecho humano al alivio, es inherente a la dignidad, pues de manera concreta en el ámbito económico de la vida del ser humano, propicia o posibilita que la persona ostente un grado de libertad o autonomía a través del mantenimiento de, o retorno efectivo a, un estado de condiciones de vida que posibilitan efectivamente el desarrollo de su personalidad. El derecho humano al *fresh start* concreta la libertad

77. MARTÍNEZ, D., 2008, p. 96

78. A esto es a lo que comprendo se refiere PASCUAL, 2009, p. 84, al dar cuenta de la «libertad de la persona para elegir aquello que va a ser las circunstancias de su vida.»

79. FIGUEROA, 2009, pp. 140 y 141, expresa que «el derecho humano a «hacer la vida», esto es, la posibilidad que tenemos los humanos a la libertad de buscar sentido a nuestra vida, dentro de los límites éticos que nos impone la ley, [...] se inserta, en consecuencia, ente los derechos de libertad.»

80. En este sentido, FIGUEROA, 2009, p. 142. LOLAS, 2006, p. 36, expresa que la calidad de vida no solo engloba aspectos materiales y salud, sino que, siendo multidimensional, comprende también aspectos espirituales, capacidad de desplazarse, independencia o autonomía, satisfacción de necesidades, un pasado sin remordimientos, un presente activo y un futuro de proyecciones y esperanzas.

general de acción en un ámbito específico de la vida del ser humano que posibilita el logro del desarrollo de la personalidad de manera libre.

Siguiendo a algún autor⁸¹, en torno al contenido de un derecho, el «[...] «núcleo esencial del derecho» o «contenido mínimo», [se refiere] a aquellas potestades sin las cuales no es posible la existencia del derecho porque sin ellas este pierde su sentido, queda desvirtuado y no alcanza ya el fin que persigue su protección». Siendo esto así, de no existir el derecho al alivio en el ámbito económico de una persona, el libre desarrollo de la personalidad, y por extensión la dignidad del ser humano, pierde sentido, se desvirtúa o no se hace posible alcanzar su finalidad. Ello es corroborado si se tiene en consideración la constatación de las precarias circunstancias de vida que padecían los prisioneros por deudas en las cárceles de deudores hasta finales del S. XVI y con anterioridad a la introducción de la liberación de los prisioneros por deudas en los procedimientos de bancarota; los deudores personas físicas respecto de quienes no operaba la descarga de la deuda antes de sus orígenes a inicios del S. XVIII⁸²; y de los deudores respecto de quienes en la actualidad no se contempla u opera la misma.

La posibilidad de que el deudor persona física no solo retorne al mercado económico tras el agobio de las deudas, sino que recupere una serie de condiciones de vida que le permitan desarrollar su personalidad, le otorga, o si se quiere, le devuelve, autonomía para establecer o definir un plan de vida que posibilite el logro de sus objetivos personales, la persecución y alcance de determinados fines, la experiencia, la búsqueda y reconocimiento de valores, en definitiva, una identidad o personalidad que la defina como ser independiente y otorgue razón de ser a su existencia. Es gracias a esta posibilidad, y solo a través de esta, que en el específico ámbito económico de la vida del deudor persona física en un contexto de crisis económico-financiera, la libertad para el desarrollo de la personalidad se concreta.

Como concreción de la libertad general de acción en el ámbito económico de la vida de un ser humano, por favorecer o posibilitar que el desarrollo de su personalidad se logre de manera libre o autónoma, esto es, contribuya a que ostente capacidad para tal fin, es que creo que un derecho humano al *fresh start* o alivio es parte del contenido del libre desarrollo de la personalidad y, por tanto, un derecho humano inherente a la dignidad o inherente a su contenido.

4.2.3. La existencia de la norma jurídica contenida en el *fresh start*

En este punto, es posible responder a la pregunta de si el contenido prescriptivo de la expresión *fresh start* existe como norma jurídica, y para ello, si existe en el ordenamiento jurídico una norma o conjunto de normas respecto de las cuales sea posible derivarla. Según se expresó, la veracidad del enunciado que afirma de la existencia de la norma

81. PASCUAL, 2009, pp. 63 y 64.

82. NEILD, 1802, pp. 7 a 23; DUFFY, 1980, p. 286; McCOID, 1996, p. 165 y 166; HALLINAN, 1986, pp. 55 y 56.

jurídica contenida en la expresión *fresh start* depende de que tal norma efectivamente exista, y a su vez, la existencia de tal norma depende de su existencia en el ordenamiento jurídico, esto es, de su pertenencia al mismo.

Según se corroboró, el contenido del *fresh start* entendido como una norma que obliga al Estado a otorgar un alivio al deudor persona física cuando la misma es afectada por las consecuencias negativas de la crisis económico-financiera —a saber, la imposibilidad de ostentar unas condiciones de vida suficientes o necesarias para un libre desarrollo de su personalidad y de su familia— emana directamente de un derecho fundamental y derechos humanos inherentes al contenido de la dignidad humana y, por tanto, inherentes a la dignidad humana como valor o principio reconocido expresamente tanto a nivel de Declaraciones y Tratados internacionales, como de la mayoría de las Constituciones occidentales: el derecho fundamental a la vida en su contenido de derecho a hacer la vida, el derecho humano a la libertad general de acción o libertad para el desarrollo de la personalidad, y el derecho humano al alivio.

Por otro lado, la norma aludida se manifiesta o encuentra expresión concreta en el ordenamiento a través de la regulación normativa de específicas instituciones concursales. A modo de ejemplo, se manifiesta a través de la exoneración, extinción, *effacement*, *discharge* o descarga de la deuda residual, reconocida ampliamente en los sistemas concursales de tradición continental y anglosajones. De igual manera, encuentra expresión concreta a través de la regulación de la institución de las exenciones al activo concursal, que a su vez se justifica en la necesidad de proveer al deudor y su familia de un mínimo de bienes o ingresos que permitan enfrentar de manera digna la vida durante y después del concurso⁸³.

A partir de lo anterior, es posible señalar que sí existe en el ordenamiento un conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales es posible derivar la norma contenida en la expresión *fresh start* y, por tanto, predicar la pertenencia de tal norma al ordenamiento jurídico.

De esta forma, establecido que la norma contenida en la expresión *fresh start* pertenece al ordenamiento jurídico, se comprende su existencia en el mismo y, por tanto, su carácter jurídico. Dada la existencia de la norma jurídica contenida en la expresión *fresh start*, queda establecida la veracidad del enunciado que afirma la existencia de una norma que, contenida en la expresión *fresh start*, obliga al Estado a otorgar un alivio al deudor persona física en las circunstancias en que es afectada por las consecuencias del problema de la crisis económico-financiera, a saber, la imposibilidad de desarrollo personal y familiar.

83. Mediante las exenciones al activo concursal (inembargabilidad de bienes en el concurso), el deudor puede conservar un mínimo de bienes durante el transcurso del procedimiento para su mantenimiento digno. Así, TABB, 1990, p. 95; FLINT, 1991, p. 536; LANDRY, 2012, p. 68, nota al pie N° 56

5. EL *FRESH START* COMO UN PRINCIPIO

5.1. El principio desde un enfoque estructural y funcional

Para determinar si la norma descrita corresponde a la definición de principio desde un enfoque estructural como funcional, seguiré las consideraciones de Robert Alexy⁸⁴ en la matización formulada por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero⁸⁵.

Desde el punto de vista estructural, defendiendo una tesis de separación entre principio y regla, para Alexy la diferencia se encuentra en que el principio es un mandato de optimización que ordena que algo se cumpla en la mayor medida de lo posible, por lo que su cumplimiento puede ser gradual dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas, mientras las reglas son normas que ordenan un cumplimiento pleno, las que pueden ser por tanto cumplidas o incumplidas⁸⁶.

Para Atienza y Ruiz Manero la diferencia consiste en que los principios configuran el caso de manera abierta y las reglas lo hacen de forma cerrada⁸⁷. Si en las reglas las propiedades que configuran un caso, condiciones de aplicación fáctica⁸⁸ y modelo de conducta prescrito⁸⁹, constituye un conjunto finito y cerrado; en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas⁹⁰. Mientras que respecto de los principios en sentido estricto⁹¹, si bien puede existir indeterminación en las condiciones fácticas de aplicación en el modelo de prescripción de conducta, no cabe modalidad de aplicación gradual o no cabe duda de la conducta esperada o prescrita; en torno a las directrices o normas programáticas puede encontrarse indeterminación tanto en la conducta prescrita por la norma como en esta y en las condiciones fácticas de aplicación⁹². En relación con las directrices o normas programáticas, la diferencia con

84. ALEXY, 1988.

85. ATIENZA y RUIZ, 1991. La diferencia que trata de mostrar la visión principalista estándar es explicada por RUIZ, J., 2012, p. 824.

86. ALEXY, 1988, p. 143.

87. ATIENZA y RUIZ, 1991, p. 108; PRIETO, 2005, p. 55.

88. PRIETO, 2005, p. 56, señala que las condiciones de aplicación son todas aquellas circunstancias que han de concurrir para que pueda realizarse el contenido de la norma, esto es, las acciones o situaciones fácticas que describe la propia norma como condiciones para que resulte operativo su contenido prescriptivo.

89. Se refiere al elemento de contenido de la norma jurídica, el cual, según PRIETO, 2005, p. 54, es el objeto de la prescripción, es decir, aquello que se declara prohibido, ordenado o permitido, el cual puede ser una acción, una actividad humana, o una omisión, que produce algún resultado en el mundo consistente en la aparición o desaparición de algún estado de cosas, o en su conservación o falta de aparición.

90. ATIENZA y RUIZ, 1996, p. 9. PRIETO, 2005, p. 55, en relación con el contenido de la norma, establece la distinción entre normas en que puede aparecer plenamente determinado de forma concluyente y normas cuyo contenido puede aparecer algo más indeterminado porque impone simplemente que se actúe en favor de la consecución de cierto estado de cosas, pero sin establecer el tipo de acción que ha de realizarse.

91. ATIENZA y RUIZ, 1996, p. 4, distinguen, por un lado, los principios en sentido estricto, esto es, normas jurídicas que expresan los valores superiores del ordenamiento jurídico (y que son el reflejo de una determinada forma o estilo de vida), de un sector del mismo, de una institución, etc.; y por el otro, directrices o normas programáticas, esto es, normas que estipulan la obligación de perseguir determinados fines.

92. ATIENZA y RUIZ, 1996, p. 10. En su teoría, FERRAJOLI, 2013, p. 564, se refiere a estas como «principios directivos».

respecto a las reglas «de fin» se encuentra en que las segundas configuran de manera cerrada sus condiciones de aplicación, mientras que las primeras lo hacen de forma abierta, y, sobre todo, en que las reglas de fin establecen una finalidad que debe cumplirse en forma plena y no, como en el caso de las directrices, en la mayor medida de lo posible teniendo en cuenta su concurrencia con otros fines y los medios o recursos disponibles⁹³.

Tanto para la noción de principio como directriz o norma programática y principio en sentido estricto, es necesario efectuar un ejercicio de ponderación entre normas que, sea configurando de manera abierta o cerrada el modelo de conducta prescrito, se encuentran en colisión o conflicto⁹⁴. Solo de esta forma es posible determinar la prevalencia de una sobre otra para aplicar al caso concreto las consecuencias normativas que de la prevalente se derivan. La doctrina de la ponderación de Alexy⁹⁵ tiene plena aplicación tanto para las directrices como para los principios en sentido estricto.

Desde un enfoque funcional, toda norma -sea regla o principio-, se constituye en una razón para la acción⁹⁶. Como tal, puede ser clasificada como perentoria o no perentoria, en función de si admite o no una deliberación en cuanto a su contenido; y en independiente o dependientes del contenido, en función de si su aplicación obedece a su pertenencia al ordenamiento en virtud de una determinada fuente normativa, o bien a una cierta cualidad de su contenido⁹⁷.

En torno a los principios, siguiendo una subclasificación, los principios explícitos son razones para la acción no perentorias e independientes de su contenido, mientras que los principios implícitos son no perentorios y dependientes de su contenido⁹⁸. Tanto los principios explícitos como implícitos son razones para la acción que requieren una previa deliberación en torno a su contenido, constituyéndose meramente en razones de primer orden para resolver y cuya fuerza respecto de otras normas -principios- ha de ser ponderada por el juez⁹⁹. Por otro lado, si bien los principios explícitos son razones para la acción porque la razón por la que deben formar parte del razonamiento del juez es su origen en una determinada fuente, en el caso de los principios implícitos la razón se debe a una determinada cualidad de su contenido, y que para nosotros es su adecuación o coherencia en relación con reglas y principios basados en fuentes del propio ordenamiento jurídico.

93. ATIENZA y RUIZ, 1996, p. 11.

94. PRIETO, 2005, p. 55; RUIZ, J., 2012, p. 822.

95. ALEXY, 1988, p. 147 y sgtes.; ALEXY, 2002, pp. 89 y sgtes.

96. ATIENZA y RUIZ, 1991, pp. 107 y 110.

97. ATIENZA y RUIZ, 1991, pp. 107, 111 y 112.

98. ATIENZA y RUIZ, 1991, p. 112.

99. ALEXY, 1988, pp. 147 y 148, al referirse a los principios como prioridades *prima facie*.

5.2. El enfoque estructural. El *fresh start* como un principio directriz del ordenamiento

Según las premisas definidas, para que una norma se constituya en principio debe obedecer a una norma jurídica que, sea que exprese los valores superiores del ordenamiento jurídico o que establezca la obligación de perseguir ciertos fines, formula de manera abierta, sea las condiciones de aplicación fáctica, sea estas y el modelo de conducta prescrito en la norma. En la medida que la configuración abierta de la norma recaiga en las condiciones fácticas de su aplicación pero no en el modelo de conducta prescrito, nos encontraremos ante un principio en sentido estricto. Si tanto las condiciones fácticas de su aplicación como el modelo de conducta prescrito son formulados de manera abierta, estaremos en presencia de una directriz o norma programática. Para determinar el carácter abierto o cerrado de las propiedades que configuran la norma no se trata de apreciar que tales propiedades que constituyen sus condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad y -entiendo- se encuentren delineadas de manera ambigua, sino de que tales condiciones no se encuentren siquiera genéricamente determinadas¹⁰⁰.

La norma que establece que «es deber del Estado otorgar un alivio al deudor persona física en caso que se encuentre afectado por las consecuencias desfavorables de la crisis económico-financiera» es una en la que si bien las condiciones fácticas de aplicación se definen en términos cerrados (circunstancias en que la crisis produce al deudor consecuencias de vida desafortunadas que impiden un desarrollo personal y de su familia)¹⁰¹, el modelo de conducta prescrito (otorgar un alivio al deudor persona física) se encuentra configurado de manera abierta. Aunque a través de la descarga de la deuda la norma se hace operativa, es esta solo una forma de manifestación o materialización del cumplimiento de su finalidad, que no establece en sí misma la forma en la que el modelo de conducta prescrito, esto es, otorgar un alivio al deudor, ha de alcanzarse.

Lo anterior posibilita dos precisiones: primero, que la norma contenida en la expresión *fresh start* es coincidente con una directriz o tipo de principio cuya configuración abierta del modelo de conducta prescrito exige la delimitación de su contenido en función de los objetivos y fines pretendidos por la norma; y segundo, que entendiéndose que la descarga de la deuda es solo una forma de materialización de la norma en comento, el mandato en ella contenido puede ser logrado a través de otros medios o fórmulas coincidentes con tales objetivos y fines.

100. ATIENZA y RUIZ, 1996, p. 9.

101. De acuerdo con lo que señala PRIETO, 2005, p. 57, no hay que pensar que la condición de aplicación se agota o aparece exhaustivamente expresada en el enunciado de la norma, sino que en realidad se deduce del conjunto del sistema y, entiendo, del conjunto de sus antecedentes histórico o fuentes materiales.

5.2.1. Consecuencias de la consideración del fresh start como principio desde un enfoque estructural

La primera aclaración que es necesario hacer es que, como directriz o norma programática, el principio del *fresh start* si bien deriva del principio o valor de la dignidad humana a través del cúmulo de derechos a ella inherentes a los que ya me he referido, no es propiamente una norma que expresa de manera directa un valor superior del ordenamiento jurídico, sino que establece una obligación al estado de lograr un determinado objetivo o finalidad, el cual, desde un punto de vista axiológico, es acorde con, o plasma, un valor superior del ordenamiento jurídico como es el de la dignidad humana en un determinado ámbito de la vida del ser humano.

A esto es a lo que se refiere alguna doctrina¹⁰² cuando en la caracterización de principios en sentido estricto y directrices delimita estas últimas como normas que concretan valores utilitarios, esto es, acciones o estados de cosas considerados valiosos extrínsecamente, cuya consideración como tal obedece a su conexión con alguna otra acción o estado de cosas que es intrínsecamente valioso. Los valores denominados «utilitarios» se caracterizan porque las acciones o estados de cosas que se consideran valiosos lo son porque admiten un criterio superior de valoración. En este contexto, según se ha expresado¹⁰³:

lo decisivo desde un punto de vista jurídico es si esos fines u objetivos resultan ser externos o internos al propio sistema jurídico. Cabe decir que son fines externos aquellos que el legislador pueda proponerse como óptimos de acuerdo con su proyecto político; internos sería, en cambio, aquellos que en principio no resultan disponibles para el legislador porque aparecen expresamente consagrados en normas constitucionales, siquiera sea de modo genérico o poco concluyente.

Es el caso de la norma constitucional que consagra el valor de la dignidad humana, y que fundamenta a su vez el derecho fundamental a la vida, el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad y el derecho humano al *fresh start* o alivio.

El otorgamiento de un alivio al deudor persona física, como finalidad de la norma o estado de cosas a alcanzar, es valorado positivamente porque se encuentra en conexión con un valor intrínsecamente superior, el de la dignidad humana. En otros términos, valoramos positivamente el otorgar un alivio al deudor persona física por las consecuencias que ello produce en un determinado ámbito de la vida de un individuo, a saber, la posibilidad y concretización del valor de la dignidad humana, esto es, la adquisición y mantenimiento de la autonomía o capacidad de desarrollo de la personalidad.

Cabe agregar que aunque entendida como directriz o norma programática, la norma contenida en la expresión *fresh start* no debe confundirse con una política. Aunque desde el plano axiológico es claro que la norma en comento se constituye en una manifestación

102. ATIENZA y RUIZ, 1996, p. 138.

103. PRIETO, 2005, p. 87.

de un valor determinado, ello no le quita el carácter de mandato o prescripción de conducta y, por tanto, de norma jurídica como tal.

Bajo el entendido de que al aceptarse la convención de que en un juicio de valor se destaca sobre todo el elemento valorativo y en una norma o principio el directivo, entonces podrá decirse que los juicios de valor tienen una prioridad justificativa sobre los principios¹⁰⁴, el valor de la dignidad humana tiene una prioridad justificativa respecto del principio del *fresh start* que la plasma, toda vez que la diferencia entre uno y otro está en que, además de la perspectiva de globalidad o totalidad de los valores, teniendo carácter normativo, en cierto sentido también son «anteriores», esto es, sirven de fundamento al resto de las normas, incluidas los principios, y se constituye en límite de su contenido.

Finalmente, es necesario señalar la importancia de considerar el contexto histórico en el que se gesta y define la norma contenida en el principio del *fresh start* para delimitar los mecanismos a través de los cuales el mandado en ella contenido debe cumplirse. Solo al comprenderse que surge y se define como una solución a los graves problemas de falta de desarrollo de la personalidad del deudor y de su familia, y por tanto, a la vulneración de su dignidad inherente a la de ser humano que la crisis económico-financiera le genera, es posible comprender el supuesto de hecho de la norma. En tal sentido, pudiendo constituirse este supuesto de hecho, hipótesis o condición cuya actualización desencadena las consecuencias jurídicas previstas en la norma en una situación jurídica que comporta un haz de derechos y obligaciones estables surgidos del status o posición jurídica de las personas¹⁰⁵, los problemas directa e indirectamente originados en la situación de crisis económico-financiera del deudor persona física responden a esta cualidad. Así las cosas, los mecanismos que en virtud del mandato contenido en la norma se configuren para otorgar solución al problema subyacente de la crisis económico-financiera del deudor persona física (la falta de desarrollo de su persona y la de su familia y por tanto la vulneración de su dignidad), deben considerar y concretar este objetivo y finalidad. Desde la concepción de la eficacia como resultado¹⁰⁶, solo de esta forma el cumplimiento de la norma constitutiva del principio del *fresh start* será coherente con su fundamento o razón de ser subyacente y con sus límites de contenido.

5.3. El enfoque funcional. El *fresh start* como principio implícito dependiente de su contenido

Para que una norma sea considerada principio desde el punto de vista funcional, podrá ser estimada como una razón para la acción dependiente o independiente de

104. Seguimos a PECES-BARBA, 1984, pp. 39 y sgtes., y la consideración de ATIENZA y RUIZ, 1996, p. 135.

105. SORIANO, 1993, p. 88.

106. PRIETO, 2005, pp. 86 y 87, expresa que «si compartimos que un cierto objetivo constituye un objetivo propio del sistema o de algún sector del mismo, la mayor o menor eficacia de una norma se medirá por su grado de contribución al mismo [...]»

su contenido, esto es, una norma cuya razón para ser parte del ordenamiento jurídico obedece a una determinada fuente o a su especial contenido, pero siempre, deberá ser no perentoria, esto es, una norma en cuya aplicación no se excluye la deliberación del órgano público en torno al contenido de la misma.

En este punto es preciso señalar que adhiero a la comprensión de que un principio en el sentido tratado puede existir en el ordenamiento a pesar de que el mismo no se encuentre expresamente establecido. Un principio implícito es extraído a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico mismo¹⁰⁷. En este entendido, se ha expresado¹⁰⁸ que:

Si un principio no-jurídico es parte de un sustrato coherente de justificación que incluye por lo menos una fuente jurídica autoritativa, por ejemplo una disposición legal válida, *este principio recibe relevancia jurídica ATC* [considerando todas las cosas]. Un principio no-jurídico «entra» en el Derecho como consecuencia de un discurso jurídico apropiado. El Derecho positivo, pues, incluye no sólo reglas jurídicas dadas y Derecho consuetudinario, sino también principios jurídicos que son *reconocidos como fundamentos para la praxis de toma de decisiones*.

La norma que obliga al Estado a otorgar un alivio al deudor persona física en caso que se encuentre afectado por las consecuencias desfavorables de la crisis económico-financiera, corresponde a una norma implícita que deriva o se extrae a partir de enunciados pertenecientes al ordenamiento jurídico. Como se argumentó, encuentra justificación en una serie de derechos fundamentales y derechos humanos a los que, sumada la regulación jurídica de la descarga de la deuda y las exenciones al activo concursal como forma de manifestación o expresión de su contenido, permiten dar cuenta de un anclaje jurídico que posibilita afirmar su efectiva existencia.

Desde estas consideraciones, se entiende como una razón para la acción dependiente de su contenido, esto es, una norma cuya razón para ser parte del ordenamiento es su especial contenido que se adecúa o es coherente con reglas y principios basados en fuentes ya presentes en el propio ordenamiento jurídico. Por otro lado, y además, responde al carácter de no perentoria, puesto que al aplicarla el órgano público, como forma de cumplimiento de la obligación en ella existente, exige evaluación o deliberación en relación con la delimitación de su contenido.

5.3.1. Consecuencias de la consideración del fresh start como un principio desde un enfoque funcional

Aunque la tesis de la separación débil¹⁰⁹ considera que no existe una diferenciación estructural entre reglas y principios y que la supuesta distinción entre este y una regla

107. ATIENZA y RUIZ, 1996, p. 6.

108. AARNIO, 2000, p. 601. La cursiva es del autor.

109. PRIETO, 1992, p. 55.

aludirían más bien a una determinada técnica de interpretación y aplicación del enunciado normativo jurídico; la técnica de interpretación y aplicación que diferenciaría a los principios de las reglas solo en el momento hermenéutico o de aplicación, pero no en cuanto a su estructura, sería coincidente con una específica forma de razonamiento que supera los esquemas tradicionales de la subsunción o silogismo, directamente vinculada con la idea de ponderación¹¹⁰.

Si la aplicación de un enunciado normativo requiere, bajo ciertas circunstancias, de un ejercicio de ponderación, tal norma se corresponde con un principio, sea que se adscriba a la tesis de la separación fuerte o débil entre reglas y principios. Ahora bien, no siendo el objeto de nuestro trabajo la disputa, sí resulta importante el hecho de que es característico de los principios la necesidad de una ponderación de las razones que lo respaldan al tiempo de la aplicación o del desarrollo de contenido de la norma.

Entendiendo que la obligación contenida en la norma que configura el principio del *fresh start* se dirige a todos los poderes públicos pertenecientes al Estado, la cuestión de la ponderación en la aplicación o desarrollo de la norma se relaciona con el órgano al cual se dirige en la práctica el mandado contenido en la misma. Si desde el punto de vista del poder legislativo la norma contenida en el principio del *fresh start* obliga al legislador a que, en el ejercicio de sus atribuciones, bajo las circunstancias planteadas por ella, otorgue un alivio al deudor, para su cumplimiento deberá desarrollar su contenido con medios adecuados para lograrlo, deliberando o ponderando las soluciones que, en la mayor medida de lo posible logren la finalidad subyacente y objetivo explícito de la norma. Si desde el punto de vista del poder judicial la norma obliga al juez a que, en el ejercicio de sus atribuciones, bajo las circunstancias planteadas por ella, otorgue un alivio al deudor persona física, en cumplimiento de la obligación deberá aplicar su contenido, desarrollado o no por el legislador, y en caso de conflicto con otros principios, resguardar su aplicación en la mayor medida de lo posible y determinar en qué circunstancias el principio debe prevalecer a través de una ponderación de las razones que lo respaldan, considerando su finalidad subyacente y objetivo explícito.

Desde el punto de vista de los intereses en juego y de las relaciones de poder entre las partes que pudieren verse afectadas por la norma -en un sentido positivo como negativo-, si los principios entendidos como directrices no delimitan ex ante la articulación de los intereses en conflicto, requiriendo en cada caso una ponderación que desemboque en la determinación del peso relativo de cada uno de ellos; en el caso de los principios en sentido estricto, la posibilidad de que se produzcan conflictos entre los valores protegidos por los mismos, obliga a una ponderación de la que resultará cuál es el valor que tiene un mayor peso, dadas las circunstancias del caso¹¹¹.

Así pues, en relación con el principio del *fresh start*, bajo la premisa de corresponder este a una directriz, la justificación que proporciona a la hora de ser aplicado en un caso concreto por el juez o a la hora de ser desarrollado su contenido por el legislador no es

110. PECES-BARBA, FERNÁNDEZ y DE ASÍS, 2000, p. 171.

111. ATIENZA y RUIZ, 1996, pp. 19 y 18.

concluyente. Ello porque una acción, conducta o determinado contenido, causalmente idóneo para conseguir el estado de cosas o finalidad establecida por la norma considerados como valiosos por la directriz en función de su conexión con otros estados de cosas intrínsecamente valioso, puede incidir negativamente en la consecución de estados de cosas también considerados extrínsecamente valiosos por otras directrices. A diferencia de lo que ocurre con los principios en sentido estricto, en las directrices las relaciones entre los estados de cosas y las acciones, conductas o contenido es de tipo extrínseco o causal. En este proceso causal inciden siempre, inevitablemente, otros procesos causales que engarzan otros fines o estados de cosas declarados como objetivos a perseguir por el ordenamiento jurídico y las acciones, conductas o determinado contenido que las promoverían. Así las cosas, desde el punto de vista de las directrices, una acción, conducta o determinado contenido son justificados si, respetando el resto de las normas del ordenamiento y en particular los límites de contenido trazados por los principios en sentido estricto, resulta más eficiente, esto es, supusiera en un contexto de ponderación, el menor sacrificio de los otros fines.

5.4. Consecuencias del principio del *fresh start* como derivación de la dignidad en cuanto límite

Como corolario de la dignidad entendida como límite a la actividad de otro, surge el deber de todos, incluido el poder público, de respetar la autonomía del ser humano para el libre desarrollo de su personalidad¹¹². Desde un ámbito positivo, la dignidad exige que a todo ser humano le sea respetada y no vulnerada la capacidad para definir y desarrollar el plan de vida que estime pertinente para tal fin. Desde un ámbito negativo, la dignidad se constituye en límite al ejercicio de los derechos de los demás seres humanos, imponiendo que el ejercicio de los derechos para el logro del fin de su dignidad no coarte, restrinja o vulnere la dignidad de otro. Los límites de la autonomía personal comienzan en el mismo lugar donde inicia la autonomía de terceros¹¹³.

Para el individuo deudor, la autonomía o capacidad para desarrollar la personalidad inherente a la dignidad humana conlleva responsabilidad¹¹⁴, que implica capacidad de comprometerse consigo mismo y con los demás, reconociendo que al decidir y actuar en un ámbito de cosas podrá ser considerado responsable¹¹⁵. Tomando en cuenta el objetivo del principio, y como ejemplo, que el mecanismo de descarga de la deuda, como una de sus manifestaciones, es una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal¹¹⁶, el principio del *fresh start* presenta límites. Tales límites emanan

112. CAMPS, 2009, p. 147, refiriéndose al imperativo categórico de Kant, señala que esa condición merece ser respetada siempre y por todos sin excepción.

113. VÁZQUEZ, 2009, p. 202.

114. Artículo 5 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.

115. VÁZQUEZ, 2009, p. 205.

116. JACKSON, 1986, p. 225; PULGAR, 2016, p. 895; CUENA 2015, p. 744.

de la necesidad de que la regulación concursal de la persona física, aunque protectora del deudor, debe no obstante reconocer y respetar los intereses de satisfacción de los acreedores en la medida que el principio lo permita. Así, desde el punto de vista del sujeto deudor, las limitaciones al principio derivadas del deber de responsabilidad inherente a la dignidad, se vinculan con una exigencia de honestidad para con sus acreedores: una exigencia de buena conducta o buena fe que debe asumir el deudor desde el momento de la contratación, y mantenida durante el transcurso del procedimiento concursal¹¹⁷.

Para los poderes públicos, el deber de respeto de la dignidad se traduce tanto en un mandato de orden negativo, de no vulnerar la dignidad, como de orden positivo, de generar las condiciones necesarias para que el ser humano ostente y mantenga su capacidad para el libre desarrollo de la personalidad a través de un plan de vida determinado¹¹⁸. Esto a su vez conlleva que los poderes públicos, especialmente el poder legislativo, deben establecer regulaciones que, por un lado, no atenten, restrinjan, coarten o limiten la dignidad de los seres humanos, y por otro, propicien que los seres humanos ostenten la capacidad necesaria que les permita lograr el desarrollo de su personalidad de manera libre.

A partir de allí, el principio del *fresh start* exige que las instituciones que conforman la regulación concursal de persona física, o que vayan a configurarla, sean interpretadas o implementadas para el logro de esta finalidad, en lo que puede resumirse como una necesidad de que las instituciones concursales deban propiciar el efectivo alivio del deudor insolvente, esto es, su mantenimiento o retorno a las circunstancias que impliquen una capacidad para el libre desarrollo de su personalidad¹¹⁹. De ello resulta que el procedimiento concursal de persona física no solo debe tratar la insolvencia, sino mitigar sus consecuencias y prevenir una futura. Por otro lado, y a modo de ejemplo, la descarga o exoneración de la deuda residual, como una manifestación normativa del principio del *fresh start*, emerge como un derecho (no ya como un mero beneficio)¹²⁰ del deudor persona física afectado por los problemas directa e indirectamente derivados de la insolvencia.

117. Debido al objetivo del presente trabajo, este tema no es tratado de manera detallada. Para un mayor conocimiento de la buena fe del deudor persona física en el procedimiento concursal, JACKSON, 1985, p. 1393; GRYNBAUM, 2002, p. 6; BASTANTE, 2016.

118. VÁSQUEZ, 2009, p. 200.

119. En este contexto, puede hablarse de un «paternalismo» justificado en la concepción de CAMPS, 1988, p. 200, pues va dirigido a hacer posible el autogobierno del individuo.

120. Considerando la diferencia entre causar un daño por privación de necesidades y no dar un beneficio, y siguiendo a NINO, 1999, p. 22, con Robert Goowin, si el individuo tenía previamente acceso a un bien en cuestión, su privación constituye un daño, por lo que en el caso de privación del bien se puede hablar de una necesidad. En este contexto, el problema subyacente a la insolvencia es que priva, limita o restringe el bien capacidad para desarrollar libremente la personalidad del deudor persona natural, con lo que el retorno del individuo a esta capacidad es una necesidad, no un beneficio. Como expresa el autor, las necesidades categóricas o absolutas deben entenderse como prerequisites de la creación de autonomía.

6. CONCLUSIÓN

Considerando los problemas de inseguridad jurídica y desprotección que para el deudor persona física se generan con la multiplicidad de regulaciones concursales con ocasión de la consideración de la normativa como una política, la argumentación que posibilita dar cuenta de la existencia del principio del *fresh start* es una construcción que, pretendiendo hacer visible las inapreciadas particularidades y vinculaciones jurídico-sociales presentes detrás de la regulación, propone el entendimiento y reconocimiento de un principio cuya significativa funcionalidad es la de constituirse en elemento que otorga fundamento a la regulación concursal de la persona física y posibilita delimitar su contenido.

Como principio, siendo predicable respecto de todo ordenamiento jurídico, sea de corte anglosajón o continental, responde a la necesidad de justificación, adecuado entendimiento de la regulación concursal de la persona física y posibilita unificar la disparidad de criterios regulativos.

Como norma prescriptiva de conducta de comprobada existencia en el ordenamiento jurídico, el principio irradia la regulación concursal de la persona física y ha de comprenderse rector de toda la actividad de los poderes públicos en búsqueda y promoción de su objetivo explícito: otorgar alivio al deudor; y de su finalidad subyacente: propiciar el mantenimiento o restitución de condiciones de vida que permitan el libre desarrollo de la personalidad del deudor persona física.

De lo anterior surge la comprensión de una regulación concursal que obedece a un principio rector que plasma jurídicamente una finalidad propia, destinada a la persona física en situación de crisis económico-financiera, y cuya finalidad y objetivos han de entenderse impresos en el procedimiento concursal mismo, sea a efectos de regularlo, sea a la hora de aplicar la normativa.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A., (2000). «Reglas y principios en el razonamiento jurídico», *Anuario de la Facultad de Derecho da Universidade da Coruña*, 4, 593 – 602.
- ALCHURRÓN, C. y BULYGIN, E., (2000). «Norma jurídica», en Garzón, Ernesto y Laporta, Francisco (coordinadores), *El derecho y la justicia* (2ª edición), Madrid, Editorial Trotta, 133 – 148.
- ALEGRE MARTÍNEZ, M., (1996). *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León, Universidad de León.
- ALEXY, R., (1988). «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», Traducción de Manuel Atienza, *Doxa*, 5, 139 – 154.
- ALEXY, R., (1997). *El concepto y validez del derecho*, Barcelona, Editorial Gedisa.
- ALEXY, R., (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- APARICIO, M. y PISARELLO, G., (2008). «Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas», en Bonet, Jordi y Sánchez, Víctor (directores), *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, España, Editorial Huygens, 139 – 162.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., (1991). «Sobre principios y reglas», *Doxa*, 10, 101 – 120.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Editorial Ariel Derecho.
- ATIENZA, M., (2009). «Sobre el concepto de dignidad humana», en Casado, María, *Sobre la dignidad y los principios*, Navarra, Thomson Reuters, 73 – 94.
- BASTANTE, V., (2016). *El «deudor de buena fe» en la Ley de Segunda Oportunidad. Origen, fundamento y significado*, Granada, Editorial Comares.
- CAMPS, V., (2009). «La dignidad, un concepto indeterminado pero no inútil», en Casado, María, *Sobre la dignidad y los principios*, Navarra, Thomson Reuters, 145 – 154.
- CAMPS, V., (1988). «Paternalismo y bien común», *Doxa*, 5, 195 – 202.
- COHEN, J., (1982) «The history of imprisonment for debt and its relation to the development of discharge in bankruptcy», *The Journal of Legal History*, 2 (3), 153 – 171.
- CUENA, M., (2011). «Fresh start y mercado crediticio», *InDret*, 3, 2 – 56.
- CUENA, M., (2012). «Insolvencia de las personas físicas y sobreendeudamiento hipotecario», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 17, Editorial Wolter Kluwer (Smarteca).
- CUENA, M., (2015). «Régimen jurídico e impacto económico del aparente régimen de «segunda oportunidad» introducido por la Ley 25/2015, de 28 de julio», en Sánchez, Inmaculada y Olmedo, Miguel (directores), *Presente y futuro del mercado hipotecario y la Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/las y empresarios/las*, Navarra, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 733 – 770.
- CULHANE, M. B. y WHITE, M. M., (1999). «Debt after discharge: an empirical study of reaffirmation», *American Bankruptcy Law Journal*, 4 (73), 709 – 774.
- DE CASTRO CID, B., (1990). «La búsqueda de la fundamentación racional de los derechos humanos», *Persona y derecho*, 22, 211 – 233.
- Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132. Diario Oficial de la Unión Europea, de 26 de junio de 2019.
- DUFFY, I., (1980). «English Bankrupts, 1571-1861», *The American Journal Of Legal History*, 4 (24), pp. 283 – 305.
- DWORKIN, R., (1984). *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel.
- EFRAT, R., (1998). «The moral appeal of personal bankruptcy», *Whittier Law Review*, 1 (20), 141 – 167.
- EFRAT, R., (2002). «Global trends in personal bankruptcy», *American Bankruptcy Law Journal*, 1 (76), 81 – 109.
- FERNÁNDEZ SEGEDO, F., (1922). *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson.
- FERRAJOLI, L., (2013). «Dos concepciones de los principios. Una respuesta a Juan Ruiz Manero», *Doxa*, 36, 559 – 570.
- FIGUEROA YÁÑEZ, G., (2009). «La dignidad y el derecho a la vida (vivir con dignidad)», en Casado, María, *Sobre la dignidad y los principios*, Navarra, Thomson Reuters, 131 – 144.

- FLINT, R., (1991). «Bankruptcy Policy: toward a moral justification for financial rehabilitation of the consumer debtor», *Washington and Lee Law Review*, 2 (48), 515 – 577.
- GARCÍA GARCÍA, E., (1999). «Derechos humanos y calidad de vida», en González, Graciano, *Derechos humanos. La condición humana en la sociedad tecnológica*, Madrid, Editorial Tecnos, 131 – 163.
- GARCÍA MANRÍQUEZ, R., (2009). «La dignidad y sus menciones en la Declaración», en Casado, María, *Sobre la dignidad y los principios*, Navarra, Thomson Reuters, 43 – 64.
- GARRIDO, J. M., (2014). «Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales de 2012», *Anuario de Derecho Concursal*, 31, 197 – 356.
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J., (2004). *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.
- GROSS, K., (1986) «Preserving a fresh start for the individual debtor: the case for narrow construction of the consumer credit amendments», *University of Pennsylvania Law Review*, 1 (135), 59 – 152.
- GRYNBAUM, L., (2002). «La mutation du droits des contrats sous l'effet du traitement du surendettement», *Contrats, concurrence, consommation*, 8-9, 4 – 7.
- GUÍA LEGISLATIVA SOBRE EL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA DE UNCITRAL, Naciones Unidas, Nueva York, 2005. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725_ebook.pdf [Fecha de consulta: 07 de abril de 2021]
- HALLINAN, Ch., (1986). «The «fresh start» policy in consumer Bankruptcy: a historical inventory and an Interpretive theory», *University of Richmond Law Review*, 1 (21), 49 – 160.
- HOWARD, M., (1987). «A theory of discharge in consumer bankruptcy», *Ohio State Law Journal*, 4 (48), 1047 – 1088.
- INFORME DEL BANCO MUNDIAL SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES de 2012, en Garrido, J., (2014). «Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», *Anuario de Derecho Concursal*, 31, 197 – 356.
- JACKSON, T., (1985). «The fresh-start policy in bankruptcy law», *Harvard Law Review*, 7 (98), 1393 - 1448.
- JACKSON, T. H., 1986: *The logic and limits of bankruptcy law*, Estados Unidos, Harvard University Press.
- JACOBY, M., (2001). «Collecting debts from the ill and injured: the rhetorical significance, but practical irrelevance, of culpability and ability to pay», *America University Law Review*, 2 (51), 229 – 271.
- JIMÉNEZ, T. A., (2015). «El tratamiento del sobreendeudamiento de la persona física en Francia mediante procedimientos especiales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 752, 3719 – 3740.
- JIMÉNEZ, W. y GONZÁLEZ, J., (2014). «Calidad de vida urbana: una propuesta para su evaluación», *Revista de Estudios Sociales*, 49, 159 – 175.
- JIMÉNEZ, W., (2013). «Políticas públicas, norma jurídica y actuación de los jueces», *Revista Republicana*, 14, 111 – 130.
- KANT, I., (1989). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Barcelona, Ariel.
- LANDRY, R. y READT, D., (2015). «Erosion of access to consumer bankruptcy's «fresh start» policy in the united states: statutory reforms needed to enhance access to justice and promote social justice», *William & Mary Policy Review*, 1 (7), 51 – 94.

- LANDRY, R., (2012). «Ethical considerations in filing personal bankruptcy: a hypothetical case study», *Journal of Legal Studies Education*, 1 (29), 59 - 93.
- LAPORTA, F. (1987). «El concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4, 23 - 46.
- LLEDÓ, F. y ZORRILLA, M., (1997). *Teoría del derecho. Para una comprensión razonable de los fenómenos jurídicos*, Bilbao, Editorial Universidad de Deusto.
- LOLAS STEPKE, F., (2006). *Escritos sobre vejez, envejecimiento y muerte*, Iquique, Ediciones Universidad Arturo Prat.
- MARTÍNEZ PUJALDE, A., (1992). «Los derechos humanos como derechos inalienables», en Ballesteros, Jesús (editor), *Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos*, Madrid, Editorial Tecnos, 86 - 99.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D., (2008). «La fundamentación teórica de los derechos humanos. Aproximación a las teorías de J. Rawls y C. S. Nino», en Bonet, Jordi y Sánchez, Víctor (directores), *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, España, Editorial Huygens, 73 - 102.
- MCCOY, J., (1996). «Discharge: the most important development in bankruptcy history», *American Bankruptcy Law Journal*, 2 (70), pp. 163 - 193.
- MORESO, J. y VILADAJOSA, J., (2004). *Introducción a la teoría del derecho*, Barcelona, Editorial Marcial Pons.
- NEILD, J., (1802). *An account of the rise, progress, and present state, of the society for the discharge and relief of persons imprisoned for small debts throughout england and wales*, Printed by Nichols and Son. Disponible en: <https://archive.org/details/accountofrisepro00sociuoft/page/n13> [Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2018]
- NINO, C., (1999). *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Editorial Ariel.
- NINO, C., (1999). «Sobre necesidades básicas», *Doxa*, 7, 21 - 34.
- PASCUAL LAGUNA, E., (2009). *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Editorial Bosch.
- PASTOR ALBALADEJO, G., (2014). *Teoría y práctica de las políticas públicas*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.
- PECES-BARBA, G., (1984). *Los valores superiores*, Madrid, Editorial Tecnos.
- PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E. y DE ASÍS, R., (2000). *Curso de teoría del derecho*, Barcelona, Marcial Pons.
- PORTER, K. y THORNE, D., (2006). «The failure of bankruptcy's fresh start», *Cornell Law Review*, 1 (92), 67 - 128.
- PRIETO SANCHÍS, L., (1992). *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales.
- PRIETO SANCHÍS, L., (2005). *Apuntes de Teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Trotta.
- PULGAR EZQUERRA, J., (2008). «Concurso y consumidores en el marco del estado social de bienestar», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 9, Editorial Wolter Kluwer (Smarteca).
- PULGAR EZQUERRA, J., (2016). *Preconcursalidad y reestructuración empresarial. Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos* (2ª edición), Madrid, Editorial Wolter Kluwer.
- RAMSAY, I., (1999). «Models of Consumer Bankruptcy: Implications for Research and Policy», *Journal of Consumer Policy*, 20, 269 - 287.
- ROBLES MORCHÓN, G., (1995). «El libre desarrollo de la personalidad (Art. 10 de la Constitución Española)», en García San Miguel, Luis (coordinador) *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá de Henares, 45 - 62.

- RODRÍGUEZ PALOP, M. E., (2002). *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Instituto Universitario de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Editorial Dykinson.
- RUIZ MANERO, J., (2012). «A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, «soluciones en abstracto» y «ponderaciones equitativas»», *Doxa*, 35, 819 – 832.
- RUIZ RUIZ, R., (2012). «La distinción entre reglas y principios y su implicación en la aplicación del derecho», *Derecho y realidad*, 20, 143 – 166.
- SORIANO, R., (1993). *Compendio de teoría general del derecho* (2ª edición corregida y aumentada), Barcelona, Editorial Ariel.
- STIGLITZ, J., SEN, A. y FITOUSSI, J. P., (2009). *Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress*. Disponible en: <https://www.uio.no/studier/emner/sv/oekonomi/ECON4270/h09/Report%20in%20English.pdf> [Fecha de consulta: 07 de abril de 2021]
- SUBIRATS, J., KNOPFEL, P., LARRUE, C. y VARONE, F., (2010). *Análisis y gestión de políticas públicas*, Barcelona, Editorial Ariel.
- TABB, Ch., (1990). «The scope of the fresh start in bankruptcy: collateral conversions and the dischargeability debate», *The George Washington Law Review*, 1 (59), 56 – 113.
- TABB, Ch., (1991). «The historical evolution of the bankruptcy discharge», *American Bankruptcy Law Journal*, 3 (65), 325 – 371.
- TABB, Ch., (2001) «The death of consumer bankruptcy in the United States?», *Bankruptcy Developments Journal*, 1 (18), 1 – 49.
- VÁZQUEZ, R., (2009). «Autonomía y personalidad individual», en Casado, María, *Sobre la dignidad y los principios*, Navarra, Thomson Reuters, 197 – 206.

