

rBD 

REVISTA
BOLIVIANA
DE DERECHO

Publicación de circulación nacional.
Se distribuye además, en Argentina, Perú,
Colombia, Chile, México y España.
Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho

Editorial: Fundación Iuris Tantum

Santa Cruz de la Sierra - Bolivia

Pasaje Tumusla 77

Tel. +591 3 3375330

Correo Electrónico:

orlandoparada.vaca@gmail.com

revistarbd@gmail.com

info@revistabolivianadederecho.org

www.revistabolivianadederecho.org

también en **facebook** <https://www.facebook.com/revistabolivianadederecho>

y **twitter** <https://twitter.com/Vyjsantacruz>

Coordinación General: Bertha Julieta Bustillos Obleas

juliebustillosobleas@gmail.com

Diseño Original: Claudia Justiniano Suárez

c_justiniano@cotas.com.bo

Indexada en:

- LATINDEX (Producido por la Universidad Nacional Autónoma de México)
- INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS (Producido por la Asociación Americana de Bibliotecas Jurídicas)
- SciELO (Scientific Electronic Library Online)
- ANVUR (Agencia Nacional de Evaluación del sistema universitario y de investigación en Italia)

Depósito Legal: 4-3-18-06

ISSN: 2070-8157

© Derechos Reservados de los Autores

SUMARIO

18

DOCTRINA

- A) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.
- 01/ Una aproximación internacional privatista al nuevo Código de Procedimiento Civil de Bolivia, de 2013. Carlos Esplugues Mota (España)..... 16
- B) DERECHO CIVIL.
- 02/ “Hacia un subsistema comparado hispano-filipino dentro de la familia romano-germánica-canónica”. Gabriel García Cantero (España)..... 64
- C) DERECHO MERCANTIL.
- 03/ “En torno a la noción de grupo de sociedades y su delimitación en el ámbito español y europeo”. Pablo Girgado Perandones (España)..... 76
- 04/ “Las condiciones generales del contrato de seguro y la protección del asegurado en el Derecho español”. María Rosa Isern Salvat (España)..... 98
- 05/ “Los deberes informativos de declaración del riesgo y de declaración de siniestro en la legislación española”. Paola N. Rodas Paredes (España)..... 122
- D) PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL.
- 06/ “La responsabilidad del host provider por vulneración de los derechos de propiedad intelectual e industrial por parte de los propios usuarios”. Giovanni Berti de Marinis (Italia)..... 140
- E) DERECHO PROCESAL.
- 07/ “La evolución histórica del enjuiciamiento de los menores de edad en España”. F. Javier Jiménez Fortea (España)..... 160
- 08/ “El arbitraje celebrado ante el CIADI”. Pedro Chaparro Matamoros (España) ... 182
- F) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS.
- 09/ “La protección de los menores de edad en internet: el Código español PAOS en materia de alimentación como paradigma de buenas prácticas”. David López Jiménez (Chile)..... 204
- G) DERECHO Y DEPORTE.
- 10/ “Veracidad de la información, prestigio profesional y personas jurídicas (caso Real Madrid c. Diario Le Monde)”. Pedro Cebrián Gómez (España)..... 250

CUESTIONES JURÍDICAS

- 11/ “La violación al principio de igualdad en el estatuto orgánico de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (U.A.G.R.M.) a partir de la paridad en el cogobierno”. Alejandro Colanzi Zeballos (Bolivia)..... 276
- 12/ “Las obligaciones del estado boliviano en el Derecho internacional. El caso de las comunidades cautivas guaraníes en el Chaco chuquisaqueño: observaciones y consideraciones de los organismos internacionales”. Ian Miranda Sánchez (Bolivia)..... 300

13/ “De aquellos convenios internacionales desconocidos y de sus luces y sombras. El ejemplo de México para el resto del continente americano”. Antonio Muñoz Aunión (Chile).....316

14/ “Los requisitos de acceso al Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (CIADI)”. Eduardo Enrique Taléns Visconti (España).....328

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

A) DERECHO CONSTITUCIONAL.

15/ “La libertad de expresión del abogado”. Comentario a la STEDH 4 abril 2013. Caso Reznik c. Rusia. Pilar Montés Rodríguez (España).....340

B) DERECHO DE LA PERSONA.

16/ “Discurso satírico y derecho al honor”. Comentario a la STEDH de 14 de marzo de 2013 (TEDH 2013, 31), caso Eon c. Francia. José Ramón de Verda y Beamonte (España).....350

17/ “Vulneración del honor y la propia imagen de una persona con discapacidad, por nulidad del consentimiento otorgado para aparecer en un programa televisivo de carácter humorístico”. Comentario a la STC 208/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013, 208). Juan María Martínez Otero (España).....366

C) DERECHO DE FAMILIA.

18/ “Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: concurrencia y simultaneidad”. Comentario a la STS 740/2013, de 5 diciembre (RJ 2013, 7566). Josefina Alventosa del Río (España).....378

19/ “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución”. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736). Francisco Javier Jiménez Muñoz (España).....400

20/ “La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor”. Comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013, 7873). Fabiola Meco Tébar (España).....420

D) DERECHO CIVIL PATRIMONIAL.

21/ “La validez obligacional de la venta de cosa común sin el consentimiento de todos los comuneros”. Comentario a la STS 7/2013, de 15 de enero (RJ 2013, 2276). Raquel Guillén Catalán (España).....432

22/ “La responsabilidad civil del abogado por no interposición de la acción de retracto en plazo”. Comentario a la STS núm. 373/2013, de 5 de junio (RJ 2013, 4971). Pedro Chaparro Matamoros (España).....443

E) DERECHO MERCANTIL.

23/ “Acuerdo de separación voluntaria, división de todas las participaciones de una sociedad limitada ostentadas pro indiviso y reducción de capital con amortización de participaciones de quien se separa”. Comentario a la STS 44/2014, de 18 de febrero (RJ 2014, 921). Miguel Gimeno Ribes (España).....454

24/ “La obligación del gestor de cartera de valores de informar y mantener informado al cliente”. Comentario a la STS núm. 244/2013, de 18 de abril (RJ 2013, 3387). Pedro Chaparro Matamoros (España).....468

F) DERECHO LABORAL.

25/ “Extinción del contrato de una trabajadora embarazada durante el periodo de prueba”. Comentario a la STC (Pleno) 173/2013 de 10 de octubre (RTC 2013, 173). Eduardo Enrique Taléns Visconti (España).....480

G) DERECHO PROCESAL.

26/ “Recurso de amparo, incidente de nulidad de actuaciones y tutela de los derechos fundamentales de la personalidad”. Comentario a la STC (Pleno) 216/2013, de 19 de diciembre (RTC 2013, 216). José Ramón de Verda y Beamonte (España).....490

- 27/ “La notificación por edictos”. Comentario a la STC 197/2013, de 2 de diciembre. Recurso de amparo 2028-2013. José A. Talavera Hernández (España) 502
H) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.
- 28/ “Aplicación del Derecho extranjero por los tribunales españoles para conocer de un supuesto de resolución unilateral de un contrato de agencia comercial internacional”. Comentario a la SAP Madrid 17/2013, de 18 de enero (JUR 2013, I 18). Alfonso Ortega Giménez (España)..... 514
I) DERECHO DE CONSUMO.
- 29/ “La nulidad, por falta de transparencia, de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario”. Comentario a la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088). Pedro Chaparro Matamoros (España)..... 524
J) DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS.
- 30/ “Consideraciones en torno al ‘conocimiento efectivo’ del titular de la página web en el ámbito de los grandes foros de internet. Comentario a la STS 68/2004, de 7 enero (ROJ 68/2014). Luis de las Heras Vives (España) 536

COMENTARIOS LEGALES

- 31/ “Una reflexión (sustantiva) sobre la reciente ‘Ley de la Empresa Pública’”. Ángel Marina García-Tuñón (España) y Vilma Margarita Paredes Villalba (Bolivia)..... 550
- 32/ “El régimen de convivencia de los menores de edad con los progenitores: regla general y excepción en la legislación valenciana”. Esther Algarra Prats y Javier Barceló Doménech (España)..... 566
- 33/ “El derecho de visitas de los abuelos a los nietos en derecho español, diez años después de la ley 42/2003”. Pilar Montés Rodríguez (España)..... 578

CRÓNICAS JURISPRUDENCIALES

- 34/ “Guarda y custodia compartida: hacia la unificación de criterios en el recurso de casación”. Agustina Herranz González (España) 592

DOCUMENTOS DOCENTES

- 35/ “El aprendizaje cooperativo: una competencia imprescindible para la formación de los juristas”. María Elena Cobas Cobiella (España) 604
- 36/ “La docencia online: ventajas, inconvenientes y forma de organizarla”. Virginia Pardo Iranzo (España)..... 622
- 37/ “La investigación jurídica aplicada a la docencia de innovación: un caso de aplicación de la técnica del puzzle”. María Cervera Vallterra (España)..... 636

RECENSIONES

- Juan María Martínez Otero. La protección jurídica de los menores en el entorno audiovisual. Respuestas desde el Derecho a los desafíos de los nuevos medios audiovisuales y digitales. Cizur Menor (2013): Thomson Reuters Aranzadi. Monografía asociada a la “Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías” 653
- Alfonso Ortega Giménez y María Elena Cobas Cobiella (coordinadores). Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de Actualidad. Madrid (2013): Economist & Jurist, Difusión Jurídica 655
- Pedro Chaparro Matamoros. La extensión objetiva de la hipoteca. Valencia (2014): Tirant lo Blanch, Tirant Monografías..... 659

- INSTRUCCIONES A LOS AUTORES..... 663

DIRECCIÓN GENERAL

DR. ORLANDO PARADA VACA

Catedrático de Derecho, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

DIRECCIÓN ACADÉMICA

DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDAD Y BEAMONTE

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARÍA

D. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS

Beuario de Investigación de la Universidad de Valencia, España

CONSEJO EDITORIAL

PROF. ALEX PARADA MENDÍA

Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

PROF. CLAUDIA PARADA ALGARAÑAZ,

Universidad Católica Boliviana, Bolivia

PROF. JERJES JUSTINIANO ATALÁ

Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ

Prof. Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

DRA. ROSA MOLINER NAVARRO

Prof. Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DRA. VIRGINIA PARDO IRANZO

Prof. Titular de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO:

DR. ÁNGEL A. BLASCO PELLICER

Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Valencia, España

DRA. PÍA CALDERÓN CUADRADO

Catedrática de Derecho Procesal, Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, España

DR. SALVADOR CARRIÓN OLMOS

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI

Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile

DR. JORGE ESQUIROL

Law Professor, Florida International University (FIU), USA

DR. GIAMPAOLO FREZA

Catedrático de Derecho Privado, Universidad Lumsa de Palermo, Italia

DR. ENRIQUE GÓMEZ ROYO

Catedrático Emérito de Derecho Romano, Universidad de Valencia, España

DR. FRANCISCO JOSÉ MAGRANER MORENO

Catedrático de Derecho Financiero, Universidad de Valencia, España

DR. LORENZO MEZZASOMA

Catedrático de Derecho Privado, Universidad de Perugia, Italia

DR. CARLOS PIZARRO WILSON

Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. EMILIANO BORJA JIMÉNEZ

Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA

Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Salerno, Italia

DR. JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España

DR. JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

DR. ANDREA FEDERICO

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Salerno, Italia

DR. LAURENT NEYRET

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Artois, Francia

DR. GABRIEL GARCÍA CANTERO

Catedrático Emérito de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
Catedrática de Derecho de Familia, Universidad de Cuyo, Argentina

PROF. FABRICIO MANTILLA ESPINOSA
Catedrático de Contratos civiles y mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

DR. JAVIER ORDUÑA MORENO
Catedrático de Derecho Civil, Magistrado Sala 1ª del Tribunal Supremo, España

DRA. ILIANA PORRAS,
Law Professor and Dean of the Law Faculty, Miami University, USA

DR. FRANCISCO TERNERA BARRIOS,
Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

DR. ÁLVARO VIDAL OLIVARES
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Católica de Valparaíso, Chile

DOÑA CLARA BAYARRI GARCÍA,
Magistrada de la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de España

RESPONSABLES DE SECCIÓN:

Derecho y Bioética

DRA. JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Derecho Constitucional

DR. JUAN MARTÍNEZ OTERO
Profesor de Derecho Público, Universidad CEU-Valencia, España

Derecho y Deporte

DR. EMANUELE INDRACCOLO
Profesor Titular Acreditado de Derecho Privado, Universidad de Salerno, Italia

Derecho Internacional Privado

PROF. ALFONSO ORTEGA GÓMEZ
Profesor Colaborador Derecho Internacional Privado, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

Derecho Mercantil

DR. PABLO GIRGADO PERENDONES
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Derecho y Nuevas Tecnologías

DR. DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Chile

Derecho Procesal

DRA. ROSA MARÍA PASCUAL SERRATS
Profesora de Derecho Procesal, Universidad CEU-Valencia, España

Derecho de Consumo

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Derecho Financiero

DR. ANTONIO VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA
Profesor Adjunto de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Navarra, España

Derecho Medioambiental

DRA. ANNA MALOMO
Profesora Titular Acreditada de Derecho Privado, Universidad de Salerno, Italia

Derecho Notarial y Sucesorio

DRA. MARÍA ELENA COBAS COBIELLA
Profesora Contratada Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Derecho Penal

DRA. ASUNCIÓN COLÁS TURÉGANO
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

Propiedad Intelectual e Industrial

D. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Becario de Investigación, Universidad de Valencia, España

Teoría General del Derecho

DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ
Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

Derecho Comparado

DR. GABRIELE CARAPEZA FIGLIA
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Salerno, Italia



FUNDACIÓN IURISTANTUM
REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO
AÑO VIII - Nº 18
JULIO/2014
EDICIÓN SEMESTRAL
ISSN-2070-8157
SANTA CRUZ - BOLIVIA

FINES Y OBJETIVOS

Nuestra finalidad es difundir el pensamiento jurídico boliviano y colocar al alcance de los juristas nacionales la doctrina en el ámbito iberoamericano.

Tenemos como objetivo contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica, promoviendo el debate sobre temas jurídicos relevantes ya que, el conocimiento de la doctrina y el pensamiento jurídico actualizado y moderno permitirá que, también los bolivianos, podamos integrarnos al mundo globalizado de hoy, intentando producción propia en la interpretación y aplicación de nuestra legislación, siempre en defensa de los derechos fundamentales.

COBERTURA TEMÁTICA:

Las áreas que intentamos abarcar son: Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho Civil y Derecho Comercial o Mercantil.

PÚBLICO AL QUE ESTÁ DIRIGIDO:

Juristas, docentes, estudiosos e investigadores, estudiantes y curiosos de la ciencia del Derecho en sus diversas manifestaciones.



Tecnología y Derecho

Los adelantos tecnológicos han cambiado la vida de los hombres. La facilidad y versatilidad de las comunicaciones han permitido romper barreras como la distancia y el tiempo. No importa dónde estemos, el internet nos acerca tanto que en cuestión de segundos pareciera que la persona con quien nos comunicamos se encuentra al otro lado de la puerta.

Pero, esa gran posibilidad de acercarnos más unos y otros se está convirtiendo en una de las razones de nuestro alejamiento. Si somos diferentes y superiores del resto de los entes vivos del planeta es porque somos la única especie que puede comunicarse a través de la gramática y la sintaxis; pero paradójicamente, esa aparente ventaja de la semántica, se transforma en una de las causas del distanciamiento entre los seres humanos.

Los avances tecnológicos en las comunicaciones podrían estar propiciando esta paradoja. En vez de acercarnos nos están alejando. Cada vez hay menos comunicación en el interior de las familias. La televisión, el chat y los mensajes por celular están reemplazando la comunicación directa entre las personas lo que puede estar provocando un distanciamiento peligroso en las relaciones humanas.

El Derecho, como manifestación cultural y ordenadora de la vida del hombre, no está ni puede estar al margen de estos revolucionarios cambios que la ciencia y la tecnología producen en la vida social. Pero, lamentablemente, nos cuesta convencer a los legisladores y operadores de la justicia en general, para que aprovechemos estas las ventajas tecnológicas en beneficio del ciudadano favoreciendo con su utilización un mejor desempeño de la justicia.

Resulta inconcebible, por ejemplo, que la tecnología permita determinar la identidad de un sujeto a partir de un resto de ADN e incriminarle penalmente por la comisión de un delito y que, sin embargo, todos los trámites y comunicaciones procesales que afecten a ese procedimiento sigan produciéndose como en el siglo XIX. El chat, el correo electrónico y las direcciones cibernéticas no han sido aún

implementadas para facilitar el tráfico de comunicaciones jurisdiccionales, acelerar los procesos y alcanzar la antesala de lo que podría ser una justicia pronta y oportuna.

Esta puede ser la oportunidad para remozar los cimientos del Derecho provocando un verdadero acercamiento a quien está dirigido para protegerlo: **el ciudadano.**

La demora judicial o la mora procesal se constituyen en una rémora que nos impide avanzar hacia la consecución de uno de los más nobles objetivos del Derecho: la celeridad en las resoluciones judiciales, como condición ineludible de la justicia material y como insumo elemental para provocar relaciones sociales cada vez más armoniosas.

Las ventajas comunicacionales que nos facilitan los avances tecnológicos debemos utilizarlas también y de manera primordial en los procesos judiciales, asumiendo así el desafío del siglo XXI: que las rieles que separan al Derecho de la realidad social se acerquen entre sí, haciéndonos soñar que algún día podrán juntarse para siempre.

El Director



DOCTRINA



UNA APROXIMACIÓN INTERNACIONAL PRIVATISTA
AL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE
BOLIVIA, DE 2013

A PRIVATE INTERNATIONAL LAW APPROACH TO THE
NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE OF BOLIVIA, OF 2013.

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 16-63

Carlos
ESPLUGUES
MOTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de diciembre de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 23 de febrero de 2014

RESUMEN: Bolivia estrena un nuevo CPC en 2014. El nuevo texto implica un intento de abordar y colmar las falencias que a lo largo de su vigencia se hicieron patentes en el funcionamiento del anterior texto, de 1975. Lamentablemente, esta tarea no parece haberse planteado con la suficiente profundidad al confrontar la dimensión internacional del texto, generando toda una serie de cuestiones que motivan una cierta sensación de ocasión perdida. En un entorno caracterizado por la existencia de un modelo de Derecho internacional privado boliviano absolutamente embrionario resulta alentador que el legislador nacional se plantee seriamente articular normas sobre aspectos esenciales de este sector del Derecho. Sin embargo, esta decisión, objetivamente positiva, se ve muy negativamente afectada por la presencia de ciertas falencias relevantes objetivamente constatables en el nuevo CPC, por la existencia de relevantes errores de enfoque en el mismo respecto de cuestiones significativas y por una insuficiente depuración en el lenguaje técnico jurídico que generará, más antes que después, problemas interpretativos importantes. En el presente artículo se aborda con amplitud la dimensión internacional del nuevo CPC, analizando las soluciones incorporadas y aportando respuestas a las lagunas existentes.

PALABRAS CLAVE: Derecho procesal civil internacional, Derecho internacional privado, competencia judicial internacional, proceso con elementos de extranjería, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, nuevo Código de Procedimiento Civil, Bolivia.

ABSTRACT: Bolivia enacted in 2013 a new Code of Civil Procedure which is due to come into force in August 2014. This new Code provides fresh responses to certain weaknesses and problems generated by the old Code of 1975. Unfortunately, the analysis of those solutions provided by the new CPC as regards international disputes shows the maintenance of relevant uncertainties and misunderstandings in the new text, creating a certain sense of missed opportunity. Nowadays the Bolivian's Private International Law system remains embryonic. It is for the national legislator to provide sound responses to problems raised by international disputes. The Bolivian legislator seems to be aware of this necessity. However in too many cases responses set forth by the new CPC give cause for criticism. Thus, certain relevant legal loopholes coexist with significant errors in the approach provided as regards key issues of the international civil procedure and insufficient debugging on the technical legal language is also ascertainable. All these facts will generate, sooner rather than later, major interpretative problems. This article addresses in depth the international dimension of the new CPC, analyzing the solutions embodied and providing answers to the problems generated by them.

KEY WORDS: International civil procedure, International Private Law, international civil jurisdiction, international procedure, recognition and enforcement of foreign judgments, new Code of Civil Procedure, Bolivia.

SUMARIO. I. Introducción.- 1. Significado y razón de ser del Derecho internacional privado.- 2. El modelo boliviano de Derecho internacional privado.- II. Las soluciones previstas en el CPC boliviano en relación con las situaciones que presentan un elemento de extranjería.- 1. Normas de competencia judicial internacional.- A) Introducción.- B) La noción de competencia judicial internacional.- C) Extensión y límites de la jurisdicción boliviana.-2. El proceso con elementos de extranjería.- A) El extranjero en el proceso.-B) Asistencia jurídica gratuita.- C) Prueba.- a) Régimen general.-b) Soluciones específicas.- D) Cooperación judicial internacional.- a) Régimen general.- b) Soluciones especiales.- E) Otras cuestiones.- 3. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.- A) Introducción.- B) El régimen jurídico de las sentencias extranjeras: efectos probatorios.- C) El régimen del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en Bolivia.- a) Significado de “reconocimiento” y de “ejecución”. – b) Regímenes de reconocimiento y ejecución.- c) Procedimiento.- D) La especial situación del reconocimiento de resoluciones extranjeras relativas a la tutela cautelar.- III.A modo de valoración final.

I.INTRODUCCIÓN.

I. Significado y razón de ser del Derecho internacional privado.

La realidad social actual viene caracterizada por la movilidad y la interconexión. Nunca antes había existido un volumen de relaciones entre personas —físicas y jurídicas— pertenecientes a distintos Estados como el que se da en la actualidad. Y nunca con anterioridad estas relaciones se habían generado con la rapidez, constancia y habitualidad con que se manifiestan en nuestros días.

Significativamente, este conjunto de relaciones tienen lugar en un mundo que, si bien desde una perspectiva económica aparece más integrado que nunca, desde un punto de vista jurídico mantiene un elevado grado de fraccionamiento. Este hecho afecta directamente a la continuidad de las relaciones jurídicas entabladas entre los particulares y, por lo tanto, a las expectativas de todo tipo de éstos, y se encuentra en la base misma de la existencia del Derecho internacional privado (DIPR).¹

* El presente artículo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación MEC-DER2010-17126, “La experiencia del arbitraje y la mediación en los sistemas anglosajones y asiáticos y su incorporación en el nuevo modelo de justicia española del Siglo XXI”.

1 Vid. Esplugues Mota, C. “El Derecho internacional privado: características generales”, en Esplugues Mota, C., e Iglesias Buhigues, J.L. *Derecho internacional privado*, 7ª ed. Valencia (2013): Tirant lo Blanch, 69-70; Garcimartín Alférez, F. *Derecho internacional privado*. Cizur Menor (2012): Civitas-Thomson Reuters, 21.

• Carlos Esplugues Mota

Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Valencia (España). Obtuvo su título de Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia en 1985 y cuenta con sendos Masterados en Derecho por la University of Edinburgh y por la Harvard Law School. Es autor de cuatro monografías como autor único, habiendo participado como editor o autor en 181 libros publicados en las más relevantes editoriales del mundo y siendo autor de casi un centenar de artículos en revistas jurídicas de referencia nacional e internacional. Profesor invitado en diversas Universidades europeas, americanas y asiáticas, dicta conferencias con regularidad en instituciones universitarias de todo el mundo. Becario del Curatorium de la Academia de La Haya, del DAAD, de la Comisión Fulbright o de la Japan Society for the Promotion of Science, y miembro del Expert Group of the European Commission on arbitration and civil justice (Brussels I Arbitration Group). Se desempeña en la actualidad como Presidente de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales.

El DIPR se presenta, así, como un sector del Derecho estatal cuya razón de ser y objeto es la regulación de las relaciones y situaciones privadas de carácter internacional generadas entre particulares, o sujetos que no siéndolo actúen como tales. Su finalidad es aportar una respuesta adecuada y justa a los problemas a que ellos se ven expuestos como consecuencia de la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos independientes, que al aparecer vinculados a una concreta relación o situación jurídica resultan potencialmente reguladores de la misma.²

A diferencia de lo que ocurre con otros sectores de la ciencia jurídica, la denominación “Derecho internacional privado” incorpora en su propia terminología diversos elementos susceptibles de generar una cierta confusión en torno al exacto significado de la disciplina cubierta por tal denominación. Nos referimos, en concreto, a los calificativos “internacional” y “privado”.³ La combinación de ambos términos transmite en ocasiones una idea equívoca de lo que es y significa esta disciplina.⁴

Centrándonos en la condición internacional, relevante a efectos de estos comentarios, el DIPR participa de un origen principalmente nacional mientras que por el contrario, es su objeto el que goza efectivamente de una naturaleza internacional al regular las relaciones y situaciones privadas de carácter internacional generadas entre particulares.⁵

1º) En lo referente a su origen, el modelo de DIPR es obra —directa o indirecta— del respectivo legislador estatal, y responde por tanto a los objetivos y principios fijados por éste, incorporando sus propias respuestas normativas y pudiendo diferir, consecuentemente, del resto de modelos nacionales de DIPR.⁶ En última instancia corresponde a cada legislador estatal decidir acerca de la inclusión, o no, en su propio ordenamiento jurídico de un modelo propio de DIPR. Una vez resuelto el anterior dilema en sentido positivo, será cada legislador estatal quien diseñará el modelo nacional de DIPR de acuerdo con sus necesidades y objetivos, conformándolo libremente de la forma que estime oportuna.

Esta libertad, sin embargo, no es omnímoda.⁷ En el desarrollo de esta tarea el legislador estatal se verá confrontado con la existencia de ciertos límites y condicionamientos que son consecuencia de la especial naturaleza que acompaña al DIPR, recordemos, origen fundamentalmente interno y objeto internacional:

2 Al respecto, vid. Prudencia Cossío, J. *Curso de Derecho internacional privado*. 6ª ed., La Paz (2002): Librería Ed. Juventud, 14 y ss.

3 Una definición de “Derecho internacional privado” desde una perspectiva latinoamericana puede encontrarse en Montero Hoyos, S. *Derecho internacional privado*. Santa Cruz de la Sierra (1958): ed. particular del autor, 24.

4 Al respecto, vid. Salazar Paredes, F. *Derecho internacional privado boliviano*. La Paz (2004): Cerid, 51.

5 Vid. Esplugues Mota, C. “El Derecho internacional privado”, cit., 71 y ss.

6 Prudencia Cossío, J. *Curso*, cit., 20.

7 Considérese en tal sentido, Esplugues Mota, C. “El Derecho internacional privado”, cit., 71-72.

A) De esta suerte el legislador interno, al diseñar el modelo nacional de DIPR, se verá condicionado, en primer lugar por el necesario acatamiento de los mandatos constitucionales y por las obligaciones adquiridas en relación con el respeto a los Derechos Fundamentales de la persona humana.

B) Junto a ello, en segundo lugar, existen todo un conjunto de límites y condicionantes que son inherentes al DIPR y que responden a su propia razón de ser. El legislador nacional deberá, así, asegurar que el modelo nacional de DIPR se articula sobre unos parámetros mínimos de racionalidad y conexidad como forma de lograr la efectividad del mismo y, consecuentemente, el cumplimiento de los objetivos que acompañaron en su día a su diseño por parte del legislador.

C) Estas exigencias enunciadas se acompañan del necesario respeto a ciertos principios reconocidos por el Derecho Internacional Público. Los principios de inmunidad de jurisdicción y de inmunidad de ejecución del Estado constituyen, en este sentido, dos ejemplos paradigmáticos de ello.

2º) La internacionalidad del DIPR no se debe, pues, a su origen, sino a su objeto. Es éste último el que resulta "internacional". Es la presencia en el planeta de un conjunto de ordenamientos jurídicos diferenciados lo que da lugar a la posible existencia de relaciones y situaciones jurídicas que aparecen vinculadas, por motivos diversos, a más de uno de ellos.⁸

La presencia en una concreta situación o relación jurídica de un elemento de extranjería, y su consiguiente vinculación con más de un ordenamiento jurídico, origina directamente en las autoridades judiciales o extrajudiciales un conjunto de cuestiones que no se manifiestan en aquellas ocasiones en que la situación o relación jurídica a debate se encuentra vinculada exclusivamente con el ordenamiento jurídico de la propia autoridad. En este último caso no necesitan, en principio, cuestionarse acerca de su competencia judicial internacional para conocer del litigio o de cual sea la ley aplicable al fondo del mismo. Algo que sí ocurre, por contra, en aquellos supuestos en que se hace patente un elemento de extranjería. Ello, lógicamente, genera un nivel de complejidad y dificultad inexistente en las situaciones vinculadas a un único ordenamiento jurídico y exige de un tratamiento propio y diferenciado para las mismas por parte del legislador y de los operadores jurídicos.

Las preguntas que se formula la autoridad judicial o extrajudicial nacional ante una situación con elementos de internacionalidad son coincidentes, de alguna manera, con las materias cubiertas por el propio Derecho internacional privado: en primer lugar, ante la constatación por parte del operador jurídico de que está ante una situación con elementos de internacional, éste debe preguntarse si cuenta, o no,

8 Vid. Salazar Paredes, F. *Derecho internacional privado*, cit., 33-34.

una determinada autoridad con competencia para conocer de la cuestión ante él planteada. Caso de ser así deberá plantearse seguidamente qué ley se aplicará a la resolución de ésta y, por último, que efectos producirá la eventual resolución que pueda dictar la autoridad en el extranjero y, viceversa, con qué nivel de eficacia contarán las emanadas de autoridades foráneas en nuestro país.⁹

La primera y tercera cuestión se vincula a la noción clásica de “conflicto de jurisdicciones”. La segunda, por su parte, se conecta con la idea —también tradicional— de “conflicto de leyes”. Conviene que las aproximemos aunque sea brevemente.¹⁰

1º) La primera de las dos preguntas que se formula la autoridad —judicial o extrajudicial— a la hora de hacer frente a las cuestiones eventualmente suscitadas por una relación o situación jurídica internacional, se refiere a su propia competencia para conocer de la misma. Esta cuestión ha sido tradicionalmente incardinada dentro de la noción de “conflicto de jurisdicciones”. Un concepto utilizado históricamente por la doctrina internacional privatista, que cuenta con un marcado carácter gráfico pero que resulta, sin embargo, tan inexacto, como reduccionista en relación con su contenido.

A) En primer lugar, la noción de “conflicto de jurisdicciones” resulta inexacta en la medida en que por la propia naturaleza procesal —y por lo tanto, territorial y unilateral— de las normas que determinan la extensión y límites de la jurisdicción nacional, el juez estatal únicamente puede plantearse su propia competencia y no la de los tribunales pertenecientes a otras jurisdicciones nacionales. No existe, pues, en sentido estricto, conflicto alguno entre jurisdicciones eventualmente competentes, sino que es el legislador nacional el que establece la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales nacionales.

B) La noción resulta, igualmente reduccionista, en cuanto la compleja realidad diaria pone de manifiesto el hecho de que la determinación de la competencia para conocer de concretas actuaciones no viene exclusivamente referida al juez, reputándose de forma cada vez más habitual de otras autoridades que —dotadas o no de potestad jurisdiccional— no ejercitan ésta en el desarrollo de sus funciones: hablamos de notarios o de encargados del Registro civil o de la propiedad.

2º) Una vez verificado por parte del operador jurídico nacional el hecho de que cuenta con competencia para conocer de la cuestión ante él suscitada, se plantea directamente el problema de determinar cuál sea la ley aplicable a la cuestión jurídica

⁹ Vid. Salazar Paredes, F. *Derecho internacional privado*, cit., 46-47; Prudencia Cossío, J. *Curso*, cit., 18-19.

¹⁰ Para un análisis más en profundidad de ambas nociones, vid. Esplugues Mota, C. “El Derecho internacional privado”, cit., 76-79.

ante él planteada. Esta materia se incardina dentro del denominado “conflicto de leyes”. De nuevo, un concepto tradicional que resulta gráfico, pero inexacto.

El operador jurídico verificará la ley aplicable a la cuestión suscitada tomando en consideración su modelo nacional de DIPR. Será este modelo, en última instancia, quien le conduzca a la aplicación de su propio ordenamiento jurídico sustantivo nacional o a la aplicación del ordenamiento jurídico de otro país. En uno u otro caso, la autoridad nacional —judicial o no— se verá compelida a aplicar el sistema jurídico señalado, siguiendo las pautas fijadas al respecto por su propia legislación nacional.

3º) Estas dos preguntas que se acaban de abordar constituyen los dos interrogantes básicos que se formula el operador jurídico en aquellas ocasiones en que se ve confrontado con una cuestión relativa a una relación o situación jurídica en la que aparecen presentes uno o varios elementos de extranjería. Junto a ellas, sin embargo y tal como hemos avanzado, la realidad práctica pone de manifiesto la presencia de una tercera materia independiente de los dos anteriores, y que se suscita, además, temporalmente separada de aquellas: ¿qué efectos pueden atribuirse a una decisión —judicial o extrajudicial— que emane de una soberanía extranjera?

Se habla así, del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y extrajudiciales extranjeras. Y ello, en la doble dimensión de concretar cuál sea la eficacia en el territorio boliviano de las resoluciones y actos dictados fuera de nuestras fronteras por autoridades foráneas. Y de explorar que efectos son susceptibles de producir fuera del Estado Plurinacional de Bolivia las resoluciones emanadas de autoridades judiciales y extrajudiciales patrias.

2. El modelo boliviano de Derecho internacional privado.

Una vez sentadas las bases sobre las que se articula con carácter general un modelo de DIPR conviene plantearnos cuales sean las claves del concreto modelo boliviano de DIPR. En tal sentido, éste aparece como deudor directo de la historia —en muchas ocasiones convulsa— de nuestro país.¹¹ Nación aislada durante siglos, Bolivia ha contado tradicionalmente con un sistema de DIPR caracterizado, tanto por su raquitismo en número de soluciones y elaboración de las mismas, como por su escasa aplicación en la práctica. A diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, la incardinación plena y activa de nuestro país en el concierto mundial de naciones no ha contado con una incidencia directa en el desarrollo legislativo del modelo patrio de DIPR, ni tampoco ha favorecido una mayor aplicación práctica.

11 Se hablan así de diversas fases en el desarrollo del DIPr boliviano. Vid. al respecto Salazar Paredes, F. *Derecho internacional privado*, cit., 889-893.

El modelo boliviano de DIPR sigue contando con un carácter muy esquemático en el número de sus normas y no especialmente elaborado en lo que a las soluciones recogidas en las mismas se refiere.¹² A ello se une, además, su condición marcadamente dispersa. Y ello es reputable tanto de las normas sobre competencia judicial internacional, como sobre Derecho aplicable o reconocimiento y ejecución de resoluciones y laudos arbitrales extranjeros.

El modelo cuenta con una serie de normas de origen estatal, a las que se unen otras de naturaleza convencional que complementan y en ocasiones modulan al anterior. El análisis del sistema pone de manifiesto la existencia de un número muy escaso y disperso de normas de origen estatal cuyas falencias y limitaciones, tanto de sistema como de contenido, no se ven colmadas por el insuficiente número de convenios ratificados por el Estado Plurinacional.¹³

1º) En relación con las normas de origen estatal, fundamentalmente existen disposiciones de DIPR en el Código niño, niña y adolescente¹⁴, en el Código de Familia¹⁵, en el Código de Procedimiento civil –vigente hasta el momento-¹⁶, en la Ley del Órgano Judicial,¹⁷ en el Código civil¹⁸ y en el Código de Comercio¹⁹. A ello se unen las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Conciliación de 1997²⁰ y ahora, las recogidas en el nuevo CPC de 2013.²¹

2º) Este conjunto de normas de carácter estatal se complementan con una pluralidad de convenios de origen y naturaleza diversa que vinculan a Bolivia.

A) Convenios de naturaleza general: el Código de Derecho internacional privado, hecho en La Habana el 20 de febrero de 1928, más conocido como Código Bustamante.

12 Vid. Salazar Paredes, F. *Derecho internacional privado*, cit., 53 y 58.

13 Para un análisis del proceso de codificación internacional, con especial incidencia en el Iberoamericano, nótese Prudencia Cossío, J. *Curso*, cit., 31 y ss. Considérese igualmente Salazar Paredes, F. *Derecho internacional privado*. 71 y ss. y 128-129.

14 Ley n° 2026, de 27 de octubre, de 1999.

15 Ley n° 996, de 4 de abril de 1998.

16 Ley n° 1760, de 28 de febrero de 1997.

17 Ley n°. n° 25, de 24 junio 2010.

18 Ley n° 1367, de 9 de noviembre de 1992.

19 Decreto Ley n° 14379, de 25 de febrero de 1977

20 Ley n° 1770, de 10 de marzo de 1997.

21 Salazar Paredes, F. *Derecho internacional privado*, cit., 83-89, refiere en su obra de 2004 a otros textos tales como el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, entre otras. Nosotros en este trabajo asumiremos el objeto estricto del DIP, la regulación de las situaciones jurídico-privadas internacionales, limitándonos a hacer referencia únicamente a aquellas disposiciones que encuadran en el mismo.

B) Convenios con un objeto específico:

a) Civil: el Tratado de Montevideo sobre Derecho Civil internacional de 12 de febrero de 1889, la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, hecha en Montevideo el 15 de julio de 1989, el Convenio de La Haya relativa a la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional, adoptada el 10 de mayo de 1993 y la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias, hecha en Montevideo el 15 de julio de 1989.

b) Comercial: el Tratado de Montevideo de Derecho Comercial internacional, de 12 de febrero de 1889.

c) Procesal: el Tratado de Montevideo de Derecho Procesal internacional de 11 de enero de 1889; la Convención interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975 y el Acuerdo sobre el beneficio de litigar sin gastos y asistencia jurídica gratuita entre los Estados parte del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, hecho en Florianópolis el 15 de diciembre de 2000.

d) Arbitral: el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras y la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975

El resultado final, como se ha avanzado ya, es muy poco satisfactorio. Se trata de un modelo disperso y dispar en las materias abordadas y en las soluciones aportadas. A ello se une que estamos ante un modelo poco conocido y carente de una aplicación generalizada por parte de los operadores jurídicos bolivianos.

II. LAS SOLUCIONES PREVISTAS EN EL CPC BOLIVIANO EN RELACIÓN CON LAS SITUACIONES QUE PRESENTAN UN ELEMENTO DE EXTRANJERÍA.

En este entorno se aprueba el nuevo Código de Procedimiento Civil del Estado Plurinacional de Bolivia. Una oportunidad única para modernizar el sistema procesal civil boliviano y, a la vez para avanzar en la conformación de un auténtico modelo de DIPR para el país. Si bien el CPC, en su proyección internacional, se focaliza por su propia naturaleza en el ámbito de los denominados conflictos de jurisdicciones y en lo referente a la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales, obviando la dimensión de los llamados conflictos de leyes,²² no deja de ser un instrumento de enorme magnitud a la hora de coadyuvar a la conformación de un modelo de DIPR amplio, integrado y adaptado a las necesidades de los justiciables.

22 Aunque se observa la existencia de algunos preceptos del CPC que abordan cuestiones que técnicamente incardinarse dentro del ámbito de los conflictos de leyes, vid. al respecto II.2.C) *infra*.

En las próximas páginas abordaremos las respuestas aportadas en el mismo en relación con las situaciones de tráfico externo y lo haremos desde una doble dimensión: analizaremos las concretas soluciones incorporadas en el Código en relación con las cuestiones de DIPR que se generan en su ámbito y lo haremos, a su vez, valorando de forma crítica si realmente el Código ha sabido aprovechar esta oportunidad histórica o si estamos ante una posibilidad perdida y, caso de ser así, en qué grado. Todas estas aportaciones se realizarán a partir de dos premisas bien claras que nos interesa resaltar. En primer lugar, que nos movemos exclusivamente en el ámbito de la técnica jurídica; nos limitamos a valorar si la tarea llevada a cabo por el legislador es correcta desde un punto de vista técnico-jurídico. En segundo, que esta valoración es puramente académica y no política y se realiza desde el respeto más absoluto a la independencia del poder legislativo, y con la exclusiva voluntad de coadyuvar a lograr una mayor perfección de las soluciones elaboradas por aquel.

La regla de base sobre la que se articula todo el modelo es la recogida en el art. 492 CPC, primera del Capítulo I –“Disposiciones generales”- del Título VIII –“Cooperación Judicial Internacional” del nuevo Código en el que de forma explícita se afirma que cuando “un conflicto tenga que resolverse conforme a normas del Derecho Internacional y no existiere tratado o convención aplicable, las autoridades judiciales sustanciarán y resolverán el caso de acuerdo a las leyes del Estado Plurinacional de Bolivia.”

El precepto es sumamente positivo en cuanto recuerda la prevalencia de las normas de origen internacional que vinculan a Bolivia sobre las disposiciones internas y, por lo tanto, se encuentra en línea con lo señalado en el art. 257.I de la propia Constitución boliviana. Sin embargo su redacción un tanto alambicada plantea algunas dudas en relación con su finalidad última dado que no queda claro el sentido atribuido al término “Derecho internacional”.

De la lectura del artículo se derivan dudas sobre si a través de esta expresión se está haciendo referencia a situaciones cubiertas por las normas de Derecho internacional privado bolivianas o por el Derecho Internacional Público. En el primer caso el mandato quedaría bastante claro. Si se trata de una situación con elementos de extranjería hay que aplicar las normas de DIPR de origen convencional que por mandato constitucional tienen fuerza de ley en el Estado Plurinacional. Y si no existen reglas de origen convencional, entonces hay que estar a lo dispuesto en la normativa interna boliviana. Si, por el contrario, optamos por atender al tenor estricto del precepto estaríamos hablando de situaciones que encuentran regulación en el ámbito del Derecho Internacional Público y que pudiendo existir convenios reguladores de la cuestión, éstos no vinculan sin embargo a Bolivia lo que, consecuentemente, conduce a la aplicación de la normativa interna boliviana. Esta

última solución es redundante por obvia y resultaría discordante con el objeto del Título VIII CPC que refiere a la cooperación judicial internacional, una materia típica del DIPR. Por lo que cabría optar por la primera interpretación de las dos valoradas, por mucho que desatienda el tenor literal de la norma.

A partir de esta idea de base, cabe afirmar como punto de partida que el Código ofrece soluciones interesantes y novedosas a cuestiones relevantes del proceso con elementos de internacionalidad y que en tal sentido merece una valoración positiva. Sin embargo, sigue sin incorporar las bases de un modelo global en relación con el proceso civil internacional y adolece de una cierta falta de depuración técnica y de ciertos errores de enfoque importantes que requieren de una pronta reforma; por ejemplo en el ámbito de la eficacia de las medidas cautelares adoptadas por juez extranjero. Si bien, insistimos, las novedades son variadas e importantes, de alguna manera su lectura deja un cierto sabor agri dulce. Se tiene la sensación de que se ha avanzado, más a la vez con la percepción de que no todo lo que se podría haber avanzado.

Conviene, en definitiva, que lo aproximemos en profundidad con vistas a resaltar los datos positivos y buscando a su vez facilitar al legislador aquellos extremos que podrían ser objeto de reforma en el futuro con objeto de lograr una mayor perfección técnica de las soluciones perfeñadas. En esta tarea vamos a centrarnos, en primer lugar, en el modelo de competencia judicial internacional, para pasar a continuación a abordar la problemática del proceso con elementos de extranjería y concluir con el tratamiento de la eficacia en Bolivia de las resoluciones judiciales extranjeras.

I. Normas de competencia judicial internacional.

A) Introducción.

“La resolución de todo litigio entre partes exige, en Derecho, de un tribunal competente y de un Derecho aplicable.”²³ En el caso de una disputa exclusivamente vinculada con un Estado, las partes presentarán habitualmente la demanda ante los tribunales de este concreto Estado y éste procederá a aplicar su propia normativa. No existen, pues, dudas sobre que órgano jurisdiccional vaya a conocer y la ley que aplicará.

Por el contrario, la situación en aquellas ocasiones en que existen elementos de internacionalidad presentes en la disputa es notablemente diferente y exige del legislador y del operador jurídico un proceder distinto. En el caso de que el litigio suscitado cuente con un elemento de internacionalidad, esta doble cuestión adquiere un significado particular en cuanto que con anterioridad a la determinación

23 Iglesias Buhigues, J.L. “La competencia judicial internacional: el modelo español de competencia judicial internacional de origen institucional”, en Esplugues Mota, C., e Iglesias Buhigues, J.L. *Derecho internacional privado*, 7ª ed. Valencia (2013): Tirant lo Blanch, 91.

de cual sea el específico órgano jurisdiccional competente habrá que valorar si el conjunto de órganos jurisdiccionales de un Estado cuentan con competencia judicial internacional para conocer del mismo.²⁴

A la hora de proceder a determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de un litigio con elementos de extranjería existen dos pasos, mientras que como antes hemos visto sólo el segundo de estos dos se produce en los casos de litigios estrictamente internos. En primer lugar, ante una disputa que presenta vinculación con más de un ordenamiento jurídico habrá que plantearse si el conjunto de órganos jurisdiccionales del Estado cuentan con competencia judicial internacional para conocer de este litigio; en otras palabras si puede ejercer su potestad jurisdiccional en relación con ellos. Este es un presupuesto necesario para del proceso. Sólo una vez que se verifique este presupuesto se procederá a determinar – en segundo lugar- cual de entre los órganos jurisdiccionales patrios es el competente territorial y funcionalmente para resolver la disputa. En otras palabras, y trasladado a nuestra realidad nacional, antes de conocer que específico órgano jurisdiccional boliviano es competente de acuerdo con las normas de competencia interna del CPC habrá que verificar si el conjunto de órganos jurisdiccionales del Estado Plurinacional de Bolivia posee competencia judicial internacional para conocer de ese concreto litigio suscitado ante ellos. Será pues imprescindible determinar cuál es la extensión y límites de la jurisdicción boliviana: esto es, respecto de que materias y litigios se ven atribuida potestad jurisdiccional el conjunto de órganos del país. Sólo si se recibe una respuesta positiva a esta cuestión de naturaleza previa cabrá plantearse qué concreto órgano jurisdiccional boliviano será competente para conocer del litigio suscitado.

Lamentablemente la lectura del CPC boliviano parece poner de manifiesto una falta de conciencia del legislador nacional al respecto. El nuevo Código reproduce así la situación de falta de soluciones al respecto que ya se hacía patente en el anterior CPC. El nuevo texto, como ya hacía el anterior, se limita a diseñar normas de competencia judicial interna, sin aportar un modelo armonizado de normas de competencia judicial internacional. Asumiendo aparentemente que los tribunales bolivianos pueden conocer de todas las disputas planteadas ante ellos respecto de todo tipo de materias y litigios, independientemente de donde se hayan suscitado y el nivel de vinculación que mantengan con Bolivia.

B) La noción de competencia judicial internacional.

Tal como señala el Prof. José Luis Iglesias, a la hora de abordar cualquier modelo de competencia judicial internacional es necesario diferenciar entre las nociones de “jurisdicción” y “competencia”²⁵:

24 Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez. F. *Derecho Procesal Civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed. Cizur Menor (2007): Civitas-Thomson, 53 y ss.

25 Iglesias Buhigues, J.L. “La competencia judicial internacional”, cit., 101.

1º) La "jurisdicción" fue definida en varias Constituciones españolas del período liberal como la potestad de juzgar y de hacer que se ejecute lo juzgado. Una potestad que históricamente se han atribuido de forma genérica al conjunto de Juzgados y Tribunales estatales.

2º) La "competencia", sin embargo, es la específica facultad de los Juzgados y Tribunales para entender de determinados asuntos.

En el ámbito del DIPR ambos términos se entremezclan y se hace así mención genérica a la noción de "competencia judicial internacional".²⁶ Hablar de la competencia judicial internacional de los tribunales de un Estado supone referir al alcance y límites del ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado por parte de éstos. Esta cuestión que tradicionalmente no se suscita al confrontar una situación estrictamente interna surge, sin embargo, cuando se plantea ante los tribunales patrios un litigio con elementos de extranjería. En estos casos no se puede proceder a verificar qué concreto órgano jurisdiccional goza de "competencia" para conocer de la disputa suscitada en el territorio nacional si previamente no se verifica si el conjunto de órganos jurisdiccionales del país disfrutan de "jurisdicción" sobre la disputa suscitada: en otras palabras, si poseen "competencia judicial internacional" en la materia.²⁷

La competencia judicial internacional de los tribunales estatales –esto es la extensión y límites de la jurisdicción nacional- viene fijada libremente por el legislador estatal.²⁸ Las normas de competencia judicial internacional precisan la extensión y los límites de la jurisdicción de un Estado, el ámbito material respecto del que se ejercita la función jurisdiccional cuando estamos ante situaciones que presentan elementos de extranjería. Cuentan por lo tanto con una naturaleza unilateral –se refieren al ejercicio de la potestad jurisdiccional por parte de los tribunales del Estado que las promulga-, y territorial –en cuanto normas procesales que son-. Son normas, además, exclusivas, el juez estatal no puede fundamentar su competencia en ninguna otra norma extranjera.²⁹

Como decimos, cada Estado cuenta con una vasta capacidad a la hora de diseñar su modelo de competencia judicial internacional u optar por no incorporar modelo alguno. Esta libertad, empero, viene condicionada por la ya mencionada imposibilidad de diseñar normas que atenten contra la Constitución del Estado Plurinacional y contra los Derechos Fundamentales de la persona y, además, de

26 Considérese al respecto, Garau Sobrino, F. *Los acuerdos internacionales de elección de foro*. Madrid(2008): Colex, 19 y ss.

27 Vid., Garau Sobrino, F. *Los acuerdos internacionales*, cit., 21. Al respecto y en relación específicamente con Bolivia, vid. Prudencia Cossío, J. *Curso*, cit., 351.

28 Iglesias Buhigues, J.L. "La competencia judicial internacional", cit., 97-99; Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. *Derecho Procesal Civil internacional*, cit., 50-52.

29 Nótese, Prudencia Cossío, J. *Curso*, cit., 343.

respetar las normas de DIPR sobre inmunidad de jurisdicción y ejecución.³⁰ Junto a ello, además, el entramado normativo diseñado ha de asegurar un nivel mínimo razonable de realismo y conexidad entre el tipo de disputas cubierto y las normas de competencia judicial diseñadas por el legislador. Esto última implica que los tribunales de un Estado –Bolivia- solo deberían de conocer de aquellas disputas que tengan un grado suficiente de vinculación con su país –Bolivia-.

El hecho de que cada Estado pueda articular su propio modelo de competencia judicial internacional y de que éste, por otra parte, cuente con una naturaleza unilateral permite un solapamiento entre las soluciones articuladas por los diversos Estados, favoreciendo los llamados conflictos positivos y negativos de jurisdicción. Esto es, que los tribunales de diferentes naciones se puedan llegar a considerar competentes, según sus propias reglas de competencia judicial internacional, para conocer de un mismo asunto o, por el contrario, que ninguno de ellos prevea asumir competencia respecto de la concreta disputa planteada. Otra razón ésta, junto con la del aseguramiento de la eficacia extraterritorial de las sentencias dictadas en Bolivia, que favorece el diseño de un modelo de competencia judicial internacional basado en el principio de vinculación razonable entre los tribunales bolivianos y los asuntos que eventualmente se puedan plantear ante ellos.

C) Extensión y límites de la jurisdicción boliviana.

Como hemos avanzado ya, el análisis de las soluciones previstas en el nuevo CPC en relación con las normas de competencia judicial internacional pone de manifiesto la ausencia de las mismas. Al igual que ocurre en el hasta ahora vigente CPC el nuevo texto de 2013 no incorpora norma de competencia judicial internacional alguna limitándose a incorporar disposiciones referidas exclusivamente a la competencia interna. Y ello es especialmente llamativo por cuanto el propio legislador boliviano es consciente de la existencia de estas normas al establecer en su art. 505.I.4 CPC como uno de los requisitos a cumplir por parte de las resoluciones extranjeras cuando se pretende su reconocimiento y ejecución en Bolivia que el órgano del que emane “tenga jurisdicción en la esfera internacional para asumir conocimiento de la causa” de acuerdo con la normativa del juez de origen. Esto es, que tenga competencia judicial internacional, excepto “que la materia fuere de jurisdicción exclusiva de autoridades judiciales bolivianas”. Se exige, pues, de los legisladores extranjeros que incorporen normas sobre ejercicio de la jurisdicción “en la esfera internacional” –normas de competencia judicial internacional- si se desea que las resoluciones por ellos dictadas produzcan efectos en el Estado Plurinacional. Sin embargo, el legislador boliviano obvia incorporar estas normas de competencia judicial internacional en su propia normativa. Ello no sólo supone una oportunidad

30 Vid. Salazar Paredes, F. *Derecho internacional privado*, cit., 829-830. Con carácter general, Iglesias Buhigues, J.L. “La competencia judicial internacional”, cit., 94-96.

perdida, es que –bilateralizando la regla del art. 505.I.4 del CPC boliviano- puede negativamente afectar al reconocimiento de las sentencias bolivianas fuera del territorio del Estado Plurinacional.

Esta situación resulta poco positiva y debería ser objeto de revisión en una futura reforma del CPC, máxime si consideramos que las soluciones recogidas en relación con este punto por los tratados que vinculan a Bolivia son muy poco sofisticadas y viables desde un punto de vista material, amén de vincular a un número muy reducido de países desde una perspectiva geográfica.³¹

Si aproximamos el texto del CPC observamos que el art. 10 CPC intitulado “carácter y alcance” (de la “jurisdicción y competencia”, rúbrica del Capítulo II del Título II CPC) se limita a afirmar que la “función jurisdiccional es indelegable y alcanza el territorio de todo el Estado”. Nada dice, sin embargo, sobre el ámbito material del ejercicio de la función jurisdiccional. Esto es, sobre si se refiere a situaciones internas o internacionales; acerca de si abarca a todos los litigios que se puedan plantear ante los tribunales bolivianos, independientemente de quien sea quien los suscite, de entre quienes hayan surgido o de donde se hayan producido, o si por el contrario queda limitada sólo a alguno de ellos, vinculados de una u otra manera con Bolivia. Este silencio no se ve colmado por el tenor del art. 11 LOJ, que se limita a señalar qué se entiende por jurisdicción, de donde emana y por medido de quien se ejerce, pero no respecto de que materias se ejercita.

La lectura del art. 10 CPC parece apoyar la idea de que el legislador no se ha planteado la cuestión de la extensión y límites de la jurisdicción boliviana. Reflejo de ello es que el art. 11 CPC se limita a afirmar que la determinación de la competencia judicial –interna- de los tribunales bolivianos, recordemos, un paso condicionado en aquellas ocasiones en que existan litigios con elementos de internacionalidad a la previa verificación de la existencia de competencia judicial internacional por parte del conjunto de órganos jurisdiccionales del Estado Plurinacional, se realizará por razón de la materia y territorio -art. 11.I CPC- o de la instancia -art. 11.II CPC-. Para nada se habla de la presencia de un posible elemento de internacionalidad en la disputa suscitada.

En línea con lo anterior, el art. 12 CPC diseña las reglas de competencia territorial interna y lo hace obviando, como regla general, cualquier referencia a la presencia de elementos de extranjería en la disputa. De esta suerte el precepto se limita a distinguir entre demandas con pretensiones reales o mixtas, con pretensiones personales y sucesiones.³²

31 Nótese al respecto Prudencia Cossío, J. *Curso*, cit., 347 y ss.

32 Algo que se encuentra en línea con lo dispuesto ya en el hasta ahora vigente CPC, vid. Salazar Paredes, F. *Derecho internacional privado*, cit., 827.

Debido a su propia condición, estas normas de competencia judicial interna cuentan con un marcado carácter unilateral y ello suscita, consecuentemente, algunos problemas de aplicación cuando el modelo es aplicado a las situaciones que presentan elementos de internacionalidad. Así, por ejemplo, el apartado 1 del art. 12 CPC afirma que respecto de demandas con pretensiones reales o mixtas sobre bienes en general será competente la autoridad judicial del lugar donde estuviere situado el bien litigioso o el del domicilio de la parte demandada. Hemos de asumir, a pesar del silencio de la norma al respecto, que ello será siempre y cuando ese bien se encuentre en el territorio de Bolivia o el domicilio de la demandada radique en el Estado Plurinacional. La cuestión es ¿y si el bien y el domicilio de la demandada estuvieran fuera del territorio de Bolivia pero la demanda se suscita ante nuestros tribunales? Pensemos en un contrato de arrendamiento de un bien inmueble radicado fuera de Bolivia o en relación con determinados bienes muebles... La respuesta es nítida: el modelo no toma en consideración a las situaciones con elementos de internacionalidad y como consecuencia de ello la parte interesada no podría presentar su demanda en el nuestro país.

De forma consciente o inconsciente el legislador boliviano no ha procedido a determinar la extensión y límites de la jurisdicción de sus tribunales limitándose, en coherencia con lo anterior, a diseñar únicamente normas de competencia territorial interna. Podría pensarse que el art. 13 LOJ permitiría solventar, un tanto, esta situación, al admitir la extensión de la competencia por razón del territorio por consentimiento expreso o tácito de las partes. Sin embargo por su propia naturaleza esta extensión viene referida en relación con un órgano jurisdiccional del Estado Plurinacional respecto de otro órgano jurisdiccional de éste. No en relación con un tribunal de una jurisdicción foránea.

El resultado final de toda esta situación es potencialmente negativo. No sólo en la medida en que no se favorece una imagen de certidumbre jurídica sino, y fundamentalmente, porque la opción que subyace en el sistema diseñado en el CPC puede afectar a las expectativas jurídicas de los ciudadanos, máxime atendiendo al volumen de emigrantes con que cuenta Bolivia. Pongamos un ejemplo tipo, un matrimonio de bolivianos ha vivido fuera del país durante algún tiempo, hay una crisis matrimonial y una de las partes vuelve a Bolivia. El boliviano que ha vuelto no encontrará tribunal competente en Bolivia ante el que solicitar la demanda de divorcio al amparo de las reglas del art. 12 CPC. Deberá pues solicitar el divorcio fuera del territorio nacional, con el coste y dificultades que eso genera y, además, una vez el proceso concluya se encontrará con una sentencia extranjera de divorcio cuyo reconocimiento y ejecución deberá solicitar en Bolivia, generando costes económicos adicionales, pérdida de tiempo e incertidumbre personal.

Sin embargo, como excepción a esta situación y reflejando que el legislador sí es consciente de la relevancia que en ocasiones posee la presencia de un elemento

de internacionalidad en la relación o situación jurídica objeto de disputa, el apartado 3.b del propio art. 12 CPC sí que curiosamente toma en consideración, a efectos de determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales bolivianos, la presencia de un potencial elemento de extranjería en relación específicamente con las sucesiones. En este caso el legislador sí que aporta una respuesta que considera la presencia de un dato de internacionalidad. Pareciera que en relación con esta peculiar problemática el legislador sí que desea asegurar la existencia de un órgano competente para conocer de las sucesiones, presumiblemente de bolivianos, acaecidas en el extranjero. Y lo hace aportando una norma no especialmente bien redactada que combina una regla de competencia judicial internacional con otra de competencia territorial interna. En este sentido precisa que en el supuesto de que el fallecimiento de una persona hubiera ocurrido en el extranjero serán competentes los tribunales bolivianos si dicha persona hubiera tenido su domicilio real en Bolivia con anterioridad al deceso o existieran bienes del causante en el país.

Radizando el domicilio real del causante antes del deceso en Bolivia o existiendo bienes en el Estado Plurinacional, el conjunto de órganos jurisdiccionales bolivianos podrá conocer del eventual litigio suscitado ante ellos. Seguidamente, y asumida la competencia judicial internacional por el conjunto de órganos jurisdiccionales bolivianos en relación con una disputa surgida en relación con este tipo de cuestiones habrá que determinar que concreto órgano jurisdiccional sería competente para conocer de la acción. Se entiende al amparo del propio art. 12.3.b CPC que el del lugar del último domicilio real del causante en Bolivia o cualquier otro en que se hallen bienes del causante –asumimos que- dentro del territorio del Estado Plurinacional.

Caso de no existir el domicilio real o bienes del causante -en el Estado Plurinacional- el conjunto de órganos jurisdiccionales del Estado Plurinacional carecerán de competencia judicial internacional –primer paso- y no habrá órgano jurisdiccional alguna que resulte competente para conocer del eventual litigio –segundo paso-.

La solución incardinada en relación con las sucesiones encuentra su antecedente lógico en el art. 1492 CdC en relación con la quiebra de una sucursal de una sociedad extranjera: en dicho caso, el apartado II del precepto atribuye la competencia al juez del lugar del establecimiento de la sucursal boliviana, “sin consideración de la competencia de jueces extranjeros”. Este antecedente pareciera favorecer el carácter expansivo de la jurisdicción boliviana en relación con estos supuestos de procedimientos con naturaleza universal.

La norma es interesante por cuanto refleja por primera y única vez en el CPC de 2013 la conciencia sobre la necesidad de tomar en consideración la existencia de un elemento de internacionalidad en la situación objeto de litigio a efectos de diseñar

la extensión y límites de la jurisdicción boliviana. Sin embargo, y siendo esto positivo, no por ello la regla incardinada estaría exenta de algunas críticas. Destaquemos dos:

1º) En primer lugar, el hecho de que el precepto refiera directamente a la presencia de bienes sin especificar su localización en el territorio boliviano no hace sino poner de manifiesto una vez más la escasa trascendencia atribuida al factor internacional por el CPC. Es lógico que sean competentes los tribunales bolivianos cuando los bienes se encuentran en el territorio del Estado Plurinacional. Es más, la norma de competencia territorial interna sólo podría jugar si efectivamente existen bienes en el país.

2º) En segundo lugar, y no por ello dotado de menos trascendencia, hay que valorar hasta qué punto los criterios de competencia utilizados son acertados.

A) La sucesión constituye un fenómeno universal que afecta a todos los derechos y obligaciones del causante. En el caso de sucesiones internacionales, éste es muy probable que pueda tener bienes en diversos países. Atribuir competencia a los tribunales en materia sucesoria con base en la mera presencia de bienes sucesorios en el país, sin especificar el tipo o naturaleza de éstos, no sólo plantea problemas de racionalidad en la vinculación existente entre la sucesión y los tribunales de Bolivia: ¿una pequeña parte de un inmueble sería suficiente para asumir competencia respecto de toda la sucesión siendo que la mayoría del patrimonio del causante se encuentra, por ejemplo en Argentina o España? Sino que puede generar graves riesgos a la hora de articular en la práctica el ejercicio de la competencia, dado que –aunque nada diga la norma- la competencia asumida lo será respecto de todo el patrimonio y derechos del causante, con independencia de donde se encuentre éste. Amén de presentar graves problemas en relación con la posible ejecución en el lugar donde se encuentre el patrimonio del deudor de la sentencia eventualmente dictada por los tribunales bolivianos.

B) Junto a ello, hablar de domicilio real en Bolivia antes del fallecimiento puede afectar a las expectativas del cónyuge superviviente que, como ocurre en muchas ocasiones, permaneció en el Estado Plurinacional. Si el fallecido partió hace muchos años y se entiende que no tiene bienes en Bolivia y su domicilio real tampoco radica aquí, se podría dar el caso de que el cónyuge superviviente tenga que litigar fuera del territorio nacional para hacer valer sus derechos sucesorios.

Siendo todo lo anterior muy relevante, la ausencia de un sistema articulado de normas de competencia judicial internacional en el nuevo CPC supone una ocasión perdida para racionalizar y aclarar el modelo boliviano de DIPR en unos momentos en que la sociedad y la economía de Bolivia se encuentra internacionalizada como nunca antes. Las incertidumbres que puede generar el modelo recaerán sobre las partes en forma de incomodidades, mayores costos y limitación de su derecho a la

tutela judicial efectiva, amén de afectar al reconocimiento de las decisiones dictadas en Bolivia fuera de las fronteras del Estado Plurinacional. Y, en el ámbito concreto de los negocios, favorecerá el recurso a medios alternativos a la justicia estatal.

En línea con esta ausencia de normas de competencia judicial internacional de que adolece el CPC nada se dice en éste acerca de litispendencia internacional, de la conexidad internacional o del control de la competencia judicial internacional, bien a instancia de parte o de oficio por el juez.³³

2. El proceso con elementos de extranjería.

El proceso desarrollado ante los tribunales de un Estado se regula por las normas procesales de dicho Estado. Este es un principio procesal básico mantenido en el plano comparado, plenamente acorde con el carácter territorial y unilateral de las normas procesales.³⁴ Y que en el caso de Bolivia se reconoce de forma taxativa en el art. 493.I CPC en el que con meridiana claridad se afirma que los procesos sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales de Bolivia “se sustanciarán conforme a las normas procesales bolivianas en vigencia”. Esta solución está en plena coherencia con el mandato del art. 5 CPC en el que se afirma el carácter de “orden público” de las normas procesales y su obligado acatamiento por la autoridad judicial, las partes y los terceros; con la única excepción de aquellas normas que aun siendo procesales cuentan con un “carácter facultativo por referirse a intereses privados de las partes”.

La presencia de un elemento de internacionalidad en el proceso iniciado ante los tribunales del Estado Plurinacional de Bolivia genera la aparición de un conjunto de cuestiones peculiares que habitualmente requieren de un tratamiento propio, y que refieren tanto a la persona del extranjero como a la asistencia jurídica gratuita o a la cooperación jurídica internacional. Conviene que las abordemos de forma separada.

A) El extranjero en el proceso.

El proceso que eventualmente pueda desarrollarse ante los tribunales bolivianos con elementos de extranjería exige determinar cuál será el tratamiento que recibirá el extranjero en el seno del mismo. En concreto, verificar cual será la ley que determine su capacidad para ser parte, su capacidad procesal y su legitimación.³⁵

El legislador nada dice al respecto. El art. 29 CPC, intitulado “Capacidad e incapacidad”, otorga potestad de intervenir en el proceso a “Toda persona natural

33 En línea con lo que ocurría en el CPC vigente hasta el momento. Vid., Salazar Paredes, F. *Derecho internacional privado*, cit., 828.

34 Iglesias Buhigues, J.L. “El proceso civil con elemento extranjero y la asistencia judicial internacional”, en Esplugues Mota, C., e Iglesias Buhigues, J.L. *Derecho internacional privado*, 7ª ed. Valencia (2013): Tirant lo Blanch, 197.

35 Al respecto, Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez. F. *Derecho Procesal Civil internacional*, cit., 421 y ss.; Iglesias Buhigues, J.L. “El proceso civil”, cit., 149-151.

o colectiva que tenga capacidad de obrar”, pero nada señala en relación a como se va a verificar el cumplimiento de este requisito de contar con capacidad de obrar respecto de la parte extranjera. Con independencia del mandato de los arts. 7 y 8 CC y 5.2CdC,³⁶ en los que se hace referencia global, respectivamente, al goce de los derechos civiles por parte de los extranjeros en Bolivia y a su capacidad de comerciar en el territorio del Estado Plurinacional, la práctica existente hasta el momento en relación con la capacidad procesal y para ser parte parece mantener soluciones diferenciadas en relación con las personas jurídicas y las físicas.

Con respecto a las primeras, el art. 413 CdC señala que la sociedad constituida en el extranjero de acuerdo con las leyes del lugar de su constitución, viene regida por esas disposiciones en cuanto a su forma y existencia legal. Seguidamente añade que, “(P)ara desarrollar actividades en Bolivia se le reconocerá capacidad jurídica, quedando sujeta a las normas de este Código y demás leyes de la República.” Esta norma, que se ve acentuada por el mandato del art. 414 CdC en relación con las sociedades constituida en el extranjero con objeto principal en Bolivia, permitiría salvar la ausencia de disposiciones en la materia en el nuevo CPC.

Distinta es la situación existente en relación con las personas físicas extranjeras. El amplio mandato del art. 3 CC favorecería una bilateralización de las exigencias sobre capacidad aplicable a los bolivianos respecto de los extranjeros. Esto es, aquellos extranjeros que gocen de capacidad de obrar de acuerdo con la normativa boliviana serían directamente considerados como capaces a efectos civiles como, y he aquí lo que nos interesa ahora, en relación con el proceso desarrollado ante los tribunales del Estado Plurinacional. Esta solución cuenta con el problema de una falta de base legal clara y plantea, a su vez, dudas respecto de figuras que carecen de personalidad jurídica en el marco civil y, sin embargo, sí gozan de capacidad para ser parte como puedan ser la herencia yacente o la masa de la quiebra.³⁷

El nuevo CPC mantiene también silencio respecto de la representación procesal de los extranjeros en el proceso civil desarrollado ante los tribunales bolivianos: esto es, sobre si las partes pueden realizar por sí solas válidamente actuaciones procesales y en que términos. Sí aborda, sin embargo, aquellas situaciones en que las partes optan por actuar representadas, ya se trate de personas naturales o colectivas.

1º) Respecto de las personas naturales, el art. 35.I CPC –“Representación procesal”- reconoce con carácter general a las personas naturales –sin especificar si son nacionales o extranjeras- capacidad para actuar por intermedio de representante,

36 Téngase en cuenta al respecto el mandato de los arts. 415, 416 y 418 CdC.

37 Considérese la especial solución mantenida por el legislador boliviano respecto de los ciudadanos extranjeros en relación con los derechos de propiedad industrial prevista en el art. 468 CdC. En el mismo se afirma con claridad que los “extranjeros domiciliados en el país pueden, ante las autoridades judiciales o administrativas, acogerse a cualquier ventaja resultante de los convenios internacionales suscritos y ratificados por Bolivia en materia de propiedad industrial.”

“sea que éste se hallare previsto por la Ley, por poder otorgado al efecto o designado por la autoridad judicial”.

2º) Esta capacidad de comparecer representado se reconoce igualmente a las personas colectivas en el art. 35.II CPC, en los términos y condiciones fijados en dicha norma. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre respecto de las personas naturales, el CPC sí incluye una norma específicamente dirigida a regular la representación de las personas colectivas extranjeras en su art. 37. En dicho precepto se precisa que aquellas personas colectivas extranjeras, así como sus sucursales, agencias o establecimientos, que realicen actividades debidamente autorizadas en el Estado Plurinacional “están sujetas a las mismas exigencias de representación que la Ley señala para las personas colectivas nacionales salvo convenio internacional o disposición legal en contrario.” Esto es, a falta de solución especial o convenio, están sometidas a las mismas condiciones fijadas en el art. 35.II CPC: exigencia de poder salvo que se trate de un representante designado en el acto constitutivo. Este precepto deberá ser puesto en relación con el mandato del art. 421 CdC relativo a la citación y emplazamiento en juicio de sociedades constituidas en el extranjero.

Al tratarse de una persona extranjera, el poder puede en muchas ocasiones ser otorgado en el extranjero y ello es susceptible de generar algunos problemas. Esta posibilidad es abordada expresamente en el apartado II de este art. 37 CPC al afirmar que el poder que sea otorgado fuera de las fronteras de Bolivia, debidamente traducido y legalizado –recordemos en este punto que Bolivia no forma parte del Convenio Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, más conocido como el Convenio sobre la apostilla-³⁸ deberá presentarse, en línea con lo que precisa el art. 35.III CPC, en el primer escrito en que el apoderado se apersona como tal. Esta exigencia vendrá modulada respecto de los Estados contratantes de dicho instrumento³⁹ por lo dispuesto en la Convención interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975.

B) Asistencia jurídica gratuita.

El art. I CPC proclama de forma taxativa como uno de los principios sobre los que se articula el proceso civil que éste será gratuito “siendo ésta la condición para hacer realidad el acceso a la justicia en condiciones de igualdad”. La exención de costos como proceso preliminar viene regulada en los arts. 298 a 304 CPC. Igualmente, los arts. 192 CPC, referente a los gastos, y 293 CPC –sobre materias

38 Vid. http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=41 (visitado el 26.12.2013)

39 A fecha noviembre de 2013, son parte de dicho Convenio los siguientes Estados: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay.

excluidas de la conciliación previa- hacen referencia al "beneficio de gratuidad". En ninguno de estos preceptos se diferencia entre nacionales y extranjeros, ya sean personas físicas o jurídicas.

El taxativo tenor del art. I CPC pareciera que hace extensiva la gratuidad del proceso como principio esencial del mismo a todos aquellos que cumplan los requisitos legales eventualmente fijados al respecto, ya sean nacionales o extranjeros. En todo caso deberá considerarse en relación con este punto lo que eventualmente puedan señalar los convenios y tratados que vinculen a Bolivia en la materia. En concreto, el Acuerdo sobre el beneficio de litigar sin gastos y asistencia jurídica gratuita entre los Estados parte del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, hecho en Florianópolis el 15 de diciembre de 2000.

C) Prueba.

a) Régimen general.

Uno de los aspectos más relevantes que suscita el desarrollo de un proceso con elementos de extranjería es el relativo a la fase probatoria. Desde el punto de vista del proceso pendiente ante los tribunales del Estado Plurinacional, la presencia de un dato de internacionalidad favorece por un lado, el desarrollo de pruebas fuera del territorio nacional, amén de la eventual solicitud de pruebas a realizar en Bolivia por un órgano jurisdiccional extranjero a otro boliviano.

1º) Centrándonos en el primer nivel, la realización de pruebas fuera de las fronteras nacionales suscita al menos tres cuestiones: en primer lugar, la de determinar con base en que ley se van a autorizar las pruebas a ser realizadas en el extranjero y de que pruebas puede tratarse, que ley gobierna la práctica de las mismas fuera del territorio nacional y, por último, que ley regula su integración en el proceso desarrollado en Bolivia y el valor y efectos que se les puedan atribuir en el marco de éste. A ello se añade la cuestión adicional de articular la eventual colaboración entre las autoridades judiciales bolivianas y las extranjeras a efectos del desarrollo de esta fase probatoria.

El CPC aporta una respuesta a todas ellas. En relación con las tres primeras, el art. 493.III CPC afirma con claridad que las pruebas serán admitidas y valoradas "según la Ley a la cual se encuentre sujeta la relación procesal", no cabiendo admitir como pruebas aquellas que "se hallaren expresamente prohibidas por la legislación boliviana." El precepto, cuya introducción en el CPC es en sí misma sumamente positiva, plantea ciertas dudas en relación con su significado último al no resultar totalmente claro qué se entiende por ley reguladora de la relación procesal. Si aceptamos que con ello se está haciendo una mención al fondo del litigio, y por ende a la ley reguladora de la sustancia del mismo, nos encontraremos con un resultado

inesperado, dado que la admisión de la prueba y su valoración, cuestiones ambas nítidamente procesales, vendrán reguladas por una ley sustantiva, sea la boliviana o extranjera.⁴⁰ Siendo lo lógico que ambos extremos, en línea con lo dispuesto en el art. 493.I CPC, deberían ser gobernados por la legislación procesal boliviana. Si por contra asumimos que la referencia que el propio art. 493.III CPC realiza a la "relación procesal" constata la dimensión procesal de la cuestión planteada, la mención incorporada a la ley a la cual se sujeta la relación procesal adquiriría un carácter meramente territorial: aquellas pruebas realizadas en Bolivia se regularían por la ley boliviana, y respecto de las desarrolladas fuera del Estado Plurinacional habría que determinar cual fuere su ley reguladora. Si bien perduraría una cierta incoherencia teórica al aceptar que la admisión y valoración de las pruebas en el proceso desarrollado ante los tribunales de Bolivia pudieran gobernarse por un derecho distinto del boliviano, se aportaría con esta última interpretación una respuesta mucho más acorde con la naturaleza procesal que acompaña a la prueba.

Independientemente del resultado final sustentado, y nosotros optamos por resaltar el papel que necesariamente ha de jugar el derecho boliviano en este ámbito como ley reguladora del proceso desarrollado ante los órganos jurisdiccionales de Bolivia, el legislador del Estado Plurinacional quiere dejar clara la inadmisión de medios de prueba que estén expresamente prohibidos en la República. Resulta en este sentido muy positivo que la cláusula de control no se refiera a medios de prueba desconocidos por la legislación boliviana, sino a medios expresamente prohibidos por ésta.

El nuevo CPC en su art. 140 regula igualmente la última de las cuestiones planteadas: aquella referente a la eventual colaboración con las autoridades extranjeras a efectos de llevar a cabo la prueba solicitada por las partes y autorizada por el órgano jurisdiccional boliviano. La respuesta aportada debe ponerse en contacto con el mandato de los arts. 494 a 496 CPC en relación con los "Exhortos Suplicatorios y otras Comisiones". La lectura integrada de estas normas parece matizar el mandato del art. 140 CPC y colocar en sus justos términos el drástico tenor de este precepto.

El art. 140 CPC señala que en caso en que la prueba deba producirse fuera de Bolivia, la autoridad judicial boliviana comisionará "a la autoridad judicial correspondiente" en aquellas ocasiones en que el hecho a probar haya ocurrido fuera de Bolivia, los archivos u oficinas que contuvieren los documentos se encuentren fuera del territorio nacional o la persona que deba declarar esté en el extranjero. Del parco tenor del precepto se deriva que esa "autoridad judicial correspondiente" será necesariamente una autoridad extranjera, dado que los

40 Algo que, sin embargo, resulta admisible en la doctrina boliviana. Al respecto, vid. Salazar Paredes, F. *Derecho internacional privado*, cit., 831 y 865.

jueces bolivianos carecen de *imperium* fuera del territorio del Estado Plurinacional y que la prueba ha de realizarse en el extranjero. La cuestión de fondo planteada es que con independencia del imperativo tenor del precepto esa autoridad judicial extranjera podrá, lógicamente, aceptar o declinar dicha comisión, y en todo caso, si lo acepta lo hará de acuerdo con lo que establezca su ley nacional y los tratados que le vinculen, y no por mandato del legislador boliviano.

Como decimos, el taxativo tenor del art. 140 CPC se debe poner en contacto con el mandato de los arts. 494 a 496 CPC en los que se concreta la forma en que la solicitud formulada será transmitida a los órganos jurisdiccionales extranjeros. Debe considerarse, eso sí, que las soluciones previstas en el CPC en relación con éste deben relacionarse, a su vez, con lo dispuesto en los textos internacionales que vinculan a Bolivia en esta materia y que aportan una respuesta muy poco articulada en cuanto a sus soluciones, y geográficamente limitada en relación con los países vinculados por ella: en concreto, el art. 2 del Tratado de Montevideo de Derecho Procesal internacional de 11 de enero de 1889 y el art. 398 y ss. del Código Bustamante.⁴¹

2º) El CPC aborda, igualmente, la cuestión recíproca de las solicitudes de prueba formulada por una autoridad judicial extranjera a los jueces bolivianos, buscando que se realice en Bolivia una prueba que será posteriormente integrada en un proceso desarrollado fuera de las fronteras nacionales. Lamentablemente en este caso el art. 140 CPC mantiene silencio debiendo estarse a lo señalado por el art. 494 y ss. CPC. En concreto el art. 494 CPC prevé que cuando se trate de solicitudes de prueba provenientes del extranjero se libraré exhorto suplicatorio. Nada dice el CPC en relación a cual sea el órgano competente para ello y hemos de asumir que irá dirigida a la autoridad judicial que deba realizar el acto probatorio. De acuerdo con el art. 38.8 LOJ la competencia para “aceptar o rechazar los exhortos expedidos por autoridades extranjeras” viene atribuida a la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, lo que hace prever una enorme tardanza a la hora de su tramitación.

El CPC se limita en su art. 495.IV a afirmar que aquellos exhortos y su documentación anexa que vengan redactados en idioma extranjero deberán acompañarse de la correspondiente traducción practicada por perito autorizado. Sin que, tal como precisa el art. 495.V CPC, el cumplimiento del exhorto suplicatorio o carta rogatoria proveniente del extranjero signifique en modo alguno “que por tal hecho se reconozca de manera implícita la competencia de la autoridad extranjera requirente, ni la eficacia de la sentencia que ésta dictare.”

41 En relación con las soluciones recogidas en ambos textos, vid. Salazar Paredes, F. *Derecho internacional privado*, cit. 865 y ss.

En todo caso, su cumplimiento, como más adelante se analizará con mayor profundidad, queda subordinado a lo dispuesto en el art. 508 CPC sobre diligencias de citación y emplazamiento.

b) *Soluciones específicas.*

A partir de la regla anterior, el CPC aborda de forma aislada algunos supuestos específicos de prueba respecto de los que se toma en consideración la presencia de un elemento de internacionalidad. En concreto se elaboran soluciones específicas en relación con las pruebas documental, de confesión y testifical.

1º) En primer lugar, el CPC sí aporta un tratamiento específico en relación con los documentos públicos extranjeros. En tal sentido, el art. 147 –“Documentos”- primero de la Sección II –“Prueba documental”- del Capítulo V –“Prueba”- del Título IV –“Actividad procesal”- del CPC precisa en su apartado III que los documentos públicos otorgados en el extranjero y que se encuentren debidamente legalizados ante la respectiva autoridad pública, asumimos que boliviana, “serán presentados para su admisión y procesamiento en la causa, salvo las excepciones establecidas en leyes o tratados” que vinculen a Bolivia. En el caso de tratarse de documentos redactados en idioma extranjero será necesario aportar la traducción legal en cada caso, a salvo de las excepciones que se prevean. El CPC mantiene silencio respecto de la ley reguladora de la validez de tales documentos y de los efectos que éstos puedan producir en el territorio del Estado Plurinacional.

Esta disposición debe ponerse en contacto con el mandato del art. 1294 CC en relación con los documentos celebrados en el extranjero en cuyo apartado I se señala de forma taxativa la equivalencia entre los documentos públicos otorgados en país extranjero según las formas allí establecidos y los extendidos en Bolivia “si se hallan debidamente legalizados.”⁴²

2º) Junto a ello, en segundo lugar, los arts. 166 y 167 CPC plantean la problemática de la confesión. En el primer caso se regula la cuestión del interrogatorio a un o una confesante que desconozca el idioma español, en tal caso se formulará el interrogatorio a través de intérprete de acuerdo con lo dispuesto en el propio art. 166 CPC. Por su parte, el art. 167 CPC aborda aquellas ocasiones en que la parte que debe ser interrogada cuente con domicilio constituido fuera de las fronteras del Estado Plurinacional, “la recepción de la confesión podrá ser comisionada a la autoridad judicial competente del lugar.” Ello supone una referencia indirecta al mandato del ya mencionado art. 140 CPC, al que nos remitimos.

42 El apartado II del precepto, por su parte, recoge el principio *auctorregitatum*, afirmando que “Los otorgados por bolivianos en el extranjero ante agentes diplomáticos o consulares de Bolivia, serán válidos si están hechos conforme a las leyes bolivianas.”

3º) Por último, en relación con la prueba testifical, el art. 184 CPC admite que los ciudadanos o ciudadanos extranjeros que deban intervenir como testigos en el proceso puedan declarar en su idioma, "debiendo formularse las preguntas y respuestas a través de traductor:"

D) Cooperación judicial internacional.

a) Régimen general.

La presencia de un elemento de internacionalidad en el proceso conlleva muy habitualmente la necesidad de realizar de actos de comunicación y notificación en el extranjero y, correlativamente, de proceder a tales actuaciones en Bolivia a solicitud de órganos jurisdiccionales foráneos. En esta tarea los órganos jurisdiccionales bolivianos requieren de la colaboración de los tribunales extranjeros, cuando de notificaciones o actuaciones a desarrollar en el extranjero se trata.⁴³ Amén de ofrecerla a aquellos cuando el requerimiento proviene de fuera de nuestras fronteras. Sin esta cooperación entre tribunales se llega a afirmar que la "administración de justicia muchas veces se vería burlada".⁴⁴ Ambas dimensiones son abordadas en el nuevo CPC tanto con carácter general como en relación específicamente con la problemática de la tutela cautelar, a la que se hará referencia al abordar la problemática del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras.⁴⁵

Antes de comentar de forma pormenorizada las soluciones previstas en el Código cabe plantearse una cuestión previa que no puede ser resuelta por el nuevo texto pero que, sin embargo, subyace en el mismo y le afecta directamente. La cooperación judicial internacional exige, por su propia naturaleza, de una interactuación entre órganos jurisdiccionales de diversos países que difícilmente puede ser solventada de manera unilateral o, incluso, puramente bilateral. El mundo es cada vez más amplio y sin un marco normativo multilateral que asegure la cooperación flexible y rápida entre las autoridades judiciales de los diversos Estados el ciudadano corre el riesgo de no ver plenamente asegurada la satisfacción de sus expectativas jurídicas. La constatación de este hecho se encuentra en la base del amplio proceso de codificación desarrollado en este ámbito desde antiguo tanto en Europa como en Iberoamérica.⁴⁶

Siendo esto así, tratándose de un proceso tan vigoroso y amplio en sus resultados, llama poderosamente la atención la escasa vinculación de Bolivia al mismo y el hecho de que todavía a fecha de hoy debamos descansar, fundamentalmente, en las soluciones de la legislación interna boliviana a la hora de hacer frente a una

43 Con carácter general, Iglesias Buhigues, J.L. "El proceso civil", 156.

44 Al respecto, nótese Salazar Paredes, F. *Derecho internacional privado*, cit., 870.

45 Vid. II.3.D *infra*.

46 Vid. Salazar Paredes, F. *Derecho internacional privado*, cit., 872 y ss.

realidad que, como decimos, es marcadamente plurilateral. Las soluciones que ahora aporta el CPC encontrarían una mejor práctica, y las expectativas y derechos de los ciudadanos bolivianos se verían más y mejor satisfechas, si junto a las reglas del Código contásemos con un sólido entramado de convenios de carácter multilateral que aseguren la rápida colaboración entre los órganos jurisdiccionales bolivianos y extranjeros.

A partir de esta aseveración, debemos comenzar señalando que para aquellos supuestos en los que no exista tratado que vincule a Bolivia al amparo del art. 492 CPC, el art. 494.I CPC, intitulado "Comisiones a otras autoridades", precisa que cuando la autoridad judicial deba disponer alguna diligencia de mero trámite a cumplirse en el extranjero respecto de actos de comunicación procesal o de recepción u obtención de pruebas e informes, procederá a librar exhorto suplicatorio. Correlativamente, se "actuará de la misma manera por la autoridad judicial boliviana tratándose de exhortos y otras comisiones provenientes del extranjero". Unos exhortos y comisiones cuya aprobación, recordemos, está atribuida a la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia al amparo del art. 38.3 LOJ.

En coherencia plena con la naturaleza y atribuciones de los agentes diplomáticos y consulares, el art. 494.II CPC precisa que éstos solo podrán cumplir estas comisiones en aquellos casos en que así se hubiere acordado por tratados o convenios internacionales.⁴⁷

Esta meticulosidad con que se aborda el papel de las autoridades diplomáticas y consulares contrasta, sin embargo, con lo señalado en el art. 495 CPC respecto del cumplimiento y efectos de los exhortos suplicatorios. El precepto parece abordar tanto el supuesto de solicitudes formuladas a autoridades extranjeras por parte de las autoridades bolivianas y viceversa. Y es ahí precisamente donde parecen surgir ciertos problemas.

La tramitación en Bolivia de aquellas solicitudes provenientes del extranjero se realizará, lógicamente de acuerdo con lo dispuesto en la ley procesal boliviana. Correlativamente, el apartado III del art. 495 CPC reconoce de forma palmaria que la tramitación de los exhortos emanados de autoridades judiciales bolivianas deberá realizarse con sujeción a lo dispuesto en las leyes procesales del país requerido "y si mediare solicitud expresa del órgano jurisdiccional requirente, se observará en su trámite formalidades o procedimientos especiales, siempre que no resultaren contrarios a lo dispuesto por la legislación boliviana." A partir de esta aseveración la norma recogida en el art. 495.I CPC respecto de las personas legitimadas para hacer llegar el exhorto a la autoridad comisionada ve limitado su sentido, al menos, en relación con los remitidos a autoridades extranjeras.

47 Art. 494.II CPC.

El mencionado art. 495.I CPC señala que el exhorto podrá hacerse llegar a la autoridad comisionada por las partes interesadas, por los agentes diplomáticos o consulares –en cuyo caso no será necesario el requisito de la legalización al amparo del art. 495.II CPC-, por la autoridad administrativa competente por razón de la materia y por la vía judicial. Como decimos estas son las vías previstas por el legislador boliviano con carácter general pero que tan sólo podrían reputarse de las autoridades judiciales del Estado Plurinacional y no así de las autoridades extranjeras. Y ello por cuanto serán las normas procesales de dichas autoridades foráneas y sólo ellas, al amparo del propio art. 495.III CPC, las que determinen de qué forma se les podrá hacer llegar el exhorto. De tal suerte las cuatro vías aportadas por el art 495.I CPC quedarán referidas, exclusivamente, a los exhortos eventualmente remitidos por las autoridades extranjeras respecto a las bolivianas y no al revés. Y aún así la vía directapor las partes y de la autoridad administrativa previstas en el artículo resultan poco realistas.

En todo caso, será necesaria la traducción de los exhortos y la documentación anexa, asumimos que se trata de los provenientes del extranjero, que se encuentren redactados en idioma extranjero. Dicha traducción deberá venir practicada por perito autorizado, esto es, ser oficial.⁴⁸

Las autoridades judiciales bolivianas son competentes para conocer del cumplimiento del exhorto y de todas las cuestiones derivadas del mismo al amparo del art. 496 CPC. De acuerdo con el mandato del art. 508 CPC, intitulado “diligencias de citación y emplazamiento”, la ejecución de las diligencias de citación y emplazamiento ordenadas por jueces o tribunales extranjeros mediante exhorto suplicatorio o carta rogatoria, tal como se deriva de la naturaleza de éstas, no requerirán la obtención del exequatur del Tribunal Supremo de Justicia,⁴⁹ siendo suficiente la presentación del exhorto o carta debidamente legalizada ante la autoridad judicial del lugar donde deberá realizarse la diligencia.

En todo caso este cumplimiento –tal como precisa el art. 495.V CPC- no implica un reconocimiento implícito de la competencia de la autoridad extranjera requirente ni de la eficacia de la sentencia que ésta eventualmente dictare. En el supuesto de que las autoridades judiciales bolivianas se declaren incompetentes procederán a remitir el exhorto “de oficio a la que sea competente”.⁵⁰ Esta última regla debe de entenderse, para que haga sentido, referida exclusivamente a las autoridades internas bolivianas: un órgano judicial boliviano se declara incompetente y lo remito a otro órgano judicial boliviana a quien sí considera competente de acuerdo con la normativa boliviana. No puede reputarse, por contra, de las autoridades extranjeras,

48 Art. 495.IV CPC.

49 Vid. 2.3 *infra*.

50 Art. 496 CPC *in fine*.

dado que la autoridad boliviana va a desconocer cuál sea la autoridad competente y, en todo caso, va a carecer de legitimidad –y conocimiento– para tal remisión. En este último caso, la declaración como incompetente por parte del órgano jurisdiccional implica la remisión al órgano de origen del exhorto.

b) Soluciones especiales.

Considérese, además, que el propio CPC incorpora soluciones específicas en este ámbito respecto de materias concretas. Un ejemplo de ello se encuentra en el art. 467.II CPC respecto de los testamentos otorgados en naves o aeronaves⁵¹ y la verificación de las firmas de los capitanes y comandantes de las naves y de los testigos. El precepto afirma que podrán cumplirse mediante comisión librada a la autoridad del lugar donde ellos pudieran encontrarse y, en el caso de que “tuvieren que producirse fuera del Estado, estas diligencias serán cumplidas mediante exhorto suplicatorio encomendado a la autoridad judicial competente del país requerido, con sujeción a las leyes del mismo”.

E) Otras cuestiones.

Junto a todo lo apuntado hasta el momento, el CPC regula algunas cuestiones que si bien cuentan con una dimensión procesal, carecen de la misma en sentido estricto: nos referimos a la aplicación del derecho extranjero por parte del operador jurídico y a la validez de los testamentos extranjeros en Bolivia.

1º) Centrándonos en la primera cuestión, frente al silencio mantenido por el antiguo CPC,⁵² el nuevo texto procesal de 2013, únicamente colmado por las normas existentes en la materia de origen convencional,⁵³ sí regula la problemática de la prueba del Derecho extranjero en su art. 141.II. En este sentido, el CPC afirma que el derecho extranjero, al igual que la costumbre, sólo necesitan ser probados cuando la autoridad judicial los desconozca. Se establece así la extensión del principio *iura novit curia* respecto del Derecho foráneo, reconociendo el carácter de auténtico derecho –y no de mero hecho, por lo que quedaría directamente dependiente de la voluntad de las partes– al derecho extranjero. En plena coherencia con este principio, el precepto añade que con vistas a la prueba de dicho derecho –“Para la determinación de las normas de esta clase...”– la autoridad judicial no queda limitada por las pruebas que con tal finalidad ofrezcan las partes, atribuyéndosele una posición claramente activa en el desempeño de esta tarea al reconocérsele que está facultada para servirse de otras fuentes de conocimiento “y para ordenar todo lo que conduzca al aprovechamiento de los mismos.”

51 Considérese el mandato del art. 1136 CC.

52 Nótese Prudencia Cossío, J. *Curso*, cit., 107.

53 Vid. al respecto, Prudencia Cossío, J. *Curso*, cit., 108 y ss.; Salazar Paredes, F. *Derecho internacional privado*, cit., 865-866.

La regla general del art. 141 CPC se acompaña y complementa por lo dispuesto en el art. 493.II CPC en el que se señala con claridad que el derecho extranjero, “cuando corresponda, será aplicado e interpretado de oficio por las autoridades judiciales del Estado Plurinacional, en la misma forma en que lo harían las autoridades jurisdiccionales del país a cuyo ordenamiento jurídico pertenezca la norma invocada. Sin perjuicio, las partes también podrán acreditar la existencia, vigencia y contenido de la ley extranjera.” El precepto complementa el mandato del art. 141 CPC al señalar de forma expresa la aplicación e interpretación de oficio del Derecho extranjero, y lo completa al abordar una dimensión no prevista en aquel, el relativo a la aplicación de tal Derecho foráneo por la autoridad boliviana apuntando que es aplicado e interpretado en la misma forma en que lo harían las autoridades del Estado al que pertenece la norma invocada. En esta tarea, el juez podrá verse amparado por las partes quienes en coherencia con el principio dispositivo sobre el que se articula el proceso civil, podrán acreditar la existencia, vigencia y contenido del mismo.

El Derecho extranjero, tal como añade el apartado IV de este art. 493 CPC, podrá ver denegada su aplicación en aquellas ocasiones en que éste resulte manifiestamente contrario a los “principios esenciales del orden público internacional reconocido por convenios y tratados suscritos y ratificados por el Estado Plurinacional”. Si bien la idea es clara, el precepto adolece de dos imperfecciones técnicas relevantes: en primer lugar, la inaplicación no queda concretada del contenido o de los efectos de la norma foránea aplicable; lo lógico sería optar por esta última solución. La regla general en el plano comparado es vincular la inaplicación no al contenido sino a los efectos que de la aplicación de dicha norma se puedan derivar. En segundo lugar, de la lectura del precepto pareciera derivarse que el carácter internacional del orden público viene determinado por su origen –ha de venir reconocido por los convenios que vinculan a Bolivia- y no por su finalidad –la aplicabilidad de determinados principios esenciales del ordenamiento del Estado Plurinacional al ámbito internacional- siendo que el orden público por su propia naturaleza cuenta con un origen interno, englobando el conjunto de principios y valores esenciales sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico de un concreto país.

En todo caso, la aplicación de principio *iura novit curia* respecto del Derecho extranjero y el consiguiente reconocimiento de su condición de auténtico derecho conduce a la aceptación, en el art. 493.V CPC, de la aplicación de los recursos consagrados en la legislación boliviana en aquellos casos en que fuere procedente la aplicación del derecho foráneo.

2º) La segunda cuestión refiere a la eficacia en Bolivia de los testamentos otorgados en el extranjero, una materia de marcado carácter civil que, sin embargo, se aborda en el CPC. El art. 468.I CPC señala de forma general la eficacia en Bolivia de los testamentos otorgados en el extranjero “de acuerdo a los tratados

y convenios vigentes, siempre que estuvieren debidamente legalizados conforme a las leyes del Estado. Su protocolización y su registro se sujetarán a las disposiciones de la presente Sección." En el supuesto de no existir tratado que vincule a Bolivia en la materia,⁵⁴ que es por otra parte es la situación habitual, tales testamentos –de acuerdo con el art. 468.II CPC- “harán fe en Bolivia si hubieren sido redactados observando las formalidades legales del país de su otorgamiento y se hallaren, asimismo, debidamente legalizados.”

La peculiaridad de la materia abordada no parece favorecer que sea éste el lugar adecuado para valorar la solución aportada. Tan sólo destacaremos al respecto tres cuestiones, en primer lugar la limitada respuesta aportada –nada se dice de la capacidad para otorgar testamento ni de la ley reguladora de la validez sustancial del testamento-; en segundo lugar, y en línea con lo anterior, el hecho de que a pesar del tenor del precepto pareciera que se está haciendo esencialmente incidencia en la cuestión de la validez formal del testamento, no en su dimensión sustancial ni en las formas de testamento aceptadas en Bolivia, respecto de lo que habrá de considerarse el mandato del art. 1143.I.2 CC, que no es especialmente claro.⁵⁵ Y, por último, la existencia de una incoherencia entre los apartados I y II del precepto en la medida que el primer apartado se hace referencia a la eficacia en Bolivia del testamento otorgado fuera de las fronteras del Estado Plurinacional, mientras que en el segundo caso la respuesta es mucho más limitada al reducirse a hacer fe, sin especificar por otro lado de qué y respecto de quien harán fe.

3. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.

A) Introducción.

El nuevo CPC incorpora un régimen amplio y detallado en relación con el reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras en el territorio del Estado Plurinacional. El art. 502 CPC atribuye un amplio volumen de efectos a las resoluciones foráneas al señalar que las “sentencias y otras resoluciones judiciales dictadas en el extranjero tendrán en el Estado Plurinacional de Bolivia, efectos imperativos, probatorios y fuerza ejecutoria, con arreglo a lo que establezcan los tratados o convenios existentes y las disposiciones del presente Capítulo.”

Por su parte, los laudos arbitrales extranjeros se verán reconocidos en el Estado Plurinacional a través de lo dispuesto en el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras que al amparo de su art. 1.3, y dado que Bolivia no hizo reserva o manifestación alguna al respecto en el momento

54 Al respecto considérese, Prudencia Cossío, J. *Curso*, cit., 232; y Salazar Paredes, F. *Derecho internacional privado*, cit., 629-633.

55 Nótese Salazar Paredes, F. *Derecho internacional privado*, cit., 629, quien se limita a transcribir el tenor del precepto.

de vincularse al mismo, cuenta con aplicación universal en el Estado Plurinacional. Esto es, se aplica tanto a los laudos provenientes de Estados parte en el Convenio como de aquellos que no lo son. En aquello que pueda resultar más favorable que el Convenio de Nueva York, y de acuerdo al art. VII de este texto convencional, se aplicarán también la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975, y el Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, hecho en Buenos Aires el 23 de julio de 1998.

En todo caso, el art. 509 CPC, intitulado "laudos arbitrales extranjeros" combina la situación anterior a través de la extrapolación al ámbito del arbitraje de lo dispuesto en los arts. 502 a 509 CPC "en todo lo que fuere pertinente".

El tenor del art. 502 CPC atribuye un amplio elenco de efectos a las sentencias y resoluciones foráneas en el territorio de Bolivia. Siendo este reconocimiento objetivamente relevante y positivo, sin embargo se echa en falta una mayor depuración técnica a la hora de diferenciar tanto los efectos atribuidos a las resoluciones foráneas como las condiciones a que su eficacia se subordina.

Con carácter general, las sentencias y resoluciones foráneas, se dice, son susceptibles de producir tres niveles de efectos fuera de las fronteras del Estado en que fueron dictadas.⁵⁶

1º) En primer lugar, en su nivel de eficacia más reducido, las sentencias y resoluciones extranjeras, en cuanto documentos públicos que son, pueden ser consideradas como documentos públicos extranjeros acreditativos de un hecho o de un derecho. Una sentencia extranjera de divorcio, por ejemplo, puede servir para probar la falta de convivencia entre los antiguos cónyuges en un proceso de divorcio que se inicie en Bolivia y salvar así la eventual exigencia de vidas separadas por parte de los cónyuges durante un tiempo. Las partes, por la razón que sea, pueden optar por instar la disolución del vínculo en el Estado Plurinacional en vez de solicitar el exequatur de la sentencia extranjera de divorcio, y anexar como elemento de prueba la sentencia extranjera de divorcio. En este caso la parte que lo alega no desea que dicha sentencia foránea sea tratada como tal, sino que tan sólo le atribuya la condición de un documento público extranjero acreditativo de un hecho: que el vínculo marital ya no existe y que las partes ya no viven juntas. En este caso concreto, el régimen jurídico aplicable será el de los documentos públicos extranjeros previsto en los ya mencionados arts. 147 CPC y 1294 CC.

56 Al respecto, vid. Esplugues Mota, C. "Eficacia extraterritorial de sentencias y documentos públicos extranjeros: forma de los actos y efectos en España de los documentos públicos extranjeros", en Esplugues Mota, C., e Iglesias Buhigues, J.L. *Derecho internacional privado*, 7ª ed. Valencia (2013): Tirant lo Blanch, 208 y ss.;

2º) Junto a ello, en segundo lugar, existen determinadas resoluciones y sentencias extranjeras que no son susceptibles de ejecución en sentido estricto. Las sentencias emanadas de un expediente de jurisdicción voluntaria o aquellas que tienen la condición de meramente declarativas de estado gozan de ejecución impropia a través, generalmente, del acceso a un Registro público. Ya sea el Registro Civil, habitualmente, o los Registros Mercantiles y de la Propiedad.

3º) El nivel de requisitos habitualmente exigidos para acceder a los Registros es superior al requerido en relación con el efecto documental de las sentencias extranjeras e inferior al requerido cuando se pretende que la sentencia extranjera sea equiparada a una sentencia nacional y tratada como tal. En otras palabras, cuando se pretende su homologación, la atribución de efectos ejecutivos a través de la declaración de ejecutividad y su posterior ejecución.⁵⁷

En este tercer nivel se busca su tratamiento como sentencia o resolución extranjera dotada de plenos efectos ejecutivos y de cosa juzgada. Genera, así, el mayor nivel de eficacia posible de una sentencia extranjera que pasa a equipararse plenamente a una decisión boliviana produciendo los mismos efectos que podría producir una sentencia o resolución judicial emanada de los juzgados y tribunales bolivianos.

Estos tres niveles de posible eficacia de una resolución extranjera parecen encontrarse recogidos con cierta falta de claridad en el nuevo CPC. Por un lado, el ya mencionado art. 502 CPC refiere al primer y tercer nivel de eficacia mencionado: "Las sentencias y otras resoluciones judiciales dictadas en el extranjero tendrán en el Estado Plurinacional de Bolivia, efectos imperativos, probatorios y fuerza ejecutoria". Nada se dice directamente en relación con el segundo nivel de eficacia –la eficacia registral– aunque al tratarse de una ejecución impropia siempre podría argumentarse su incardinación en el concepto global de "fuerza ejecutoria". En la misma línea el art. 506 CPC intitulado "ejecución" precisa en su primer apartado que sólo son susceptibles de ser ejecutadas en Bolivia –tras el previo reconocimiento y concesión de fuerza ejecutiva por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado Plurinacional, lógicamente– "las sentencias extranjeras de condena al cumplimiento de obligaciones". Afirmando a continuación que cuando tan sólo se trate de "hacer valer" los efectos imperativos o probatorios de una sentencia extranjera será preciso acompañar la documentación prevista en el apartado II del art. 505 CPC, relativo al "reconocimiento y cumplimiento de una sentencia extranjera". En tal sentido, el tribunal ante quien se pretendiere hacer valer tales efectos imperativos o probatorios, se pronunciará sobre el mérito de la misma en relación al efecto pretendido, previa comprobación de haberse observado los requisitos del art. 505.I CPC, sin que sea necesario seguir el procedimiento fijado en el art. 507 CPC.

57 Sobre el significado de estas tres nociones, vid. Garcimartín Alférez, F. *Derecho internacional privado*, cit., 223-224.

De todo lo dicho hasta ahora se derivan algunas conclusiones interesantes:

1º) En primer lugar, el artículo extiende su aplicación tanto de las sentencias extranjeras como de otras resoluciones judiciales cuya eficacia en Bolivia se busque por alguna de las partes interesadas. En este sentido la utilización de un concepto amplio, en línea con el art. 552 del hasta ahora vigente CPC, debe ser muy positivamente valorada.

2º) Junto a ello, la mención a sentencias extranjeras que no son susceptibles de ejecución englobaría diversas categorías que no quedan suficientemente precisadas y clarificadas en el nuevo CPC. Así englobaría a aquellas resoluciones susceptibles de producir efectos registrales –las declarativas de estado o las emandas de expedientes de jurisdicción voluntaria- amén de a aquellas otras que no son estrictamente de condena al cumplimiento de obligaciones pero que superan los meros efectos registrales: por ejemplo, las constitutivas de estado.

3º) A su vez, en tercer lugar, se tiene la sensación de que el legislador no ayuda en exceso al operador jurídico al no usar de forma depurada los diversos conceptos jurídicos: en los arts. 502 y 506 CPC, por ceñirnos a los dos preceptos que venimos refiriendo hasta el momento, hace referencia a “ejecución”, “fuerza ejecutoria” y “cumplimiento” sin dejar claro que significan ni porque opta por usarlos de forma intercambiada cuando no necesariamente significan lo mismo. Lo mismo puede decirse de la expresión “hacer valer” una sentencia extranjera.

4º) Precisamente en relación con esta falta de depuración terminológica, resulta igualmente interesante la mención a la eficacia imperativa de las resoluciones foráneas. Que signifique exactamente este término que sólo aparece referenciado en relación con las sentencias extranjeras resulta una incógnita dado que no se nos aporta clave alguna que facilite su interpretación. Del tenor de la norma, sin embargo, pareciera significar una referencia a la obligatoriedad de la sentencia foránea una vez homologada en el Estado Plurinacional y equiparada, por lo tanto, a las sentencias dictadas por los jueces y tribunales bolivianos: esto es, los efectos derivados de su reconocimiento.

Sin embargo, el hecho de que preceptos como el art. 506 CPC, relativo a la “ejecución” de sentencias extranjeras hable en sus apartados II y III de “efectos imperativos o probatorios” como dos realidades alternativas pone en duda la interpretación anterior, dejando abierto su significado. La eficacia probatoria nos conduciría a la eficacia documental de la decisión foránea, mientras que la eficacia imperativa se vincularía, aparentemente, al reconocimiento de la misma, sin dotarla de “eficacia o fuerza de ejecución”.⁵⁸ Esta interpretación permitiría adecuar el modelo

58 Al respecto, vid. Salazar Paredes, F. *Derecho internacional privado*, cit., 832.

previsto en el art. 502 CPC, base del sistema, a lo dicho hasta el momento: la sentencia extranjera producirá en Bolivia efectos documentales –“efecto probatorio”- y será además susceptible de su tratamiento como una sentencia extranjera a través del reconocimiento –“efecto imperativo”- y posterior ejecución –“fuerza ejecutoria”-. Sin embargo, esta solución que es plenamente lógica y coherente, y que pensamos es la que desea el legislador, pierde fuerza debido a la incorrecta utilización terminológica: la referencia a fuerza imperativa se realiza tan solo en dos ocasiones –arts. 502 CPC –“Efectos”- y 506 CPC –“Ejecución”- siendo que el Código refiere generalmente a reconocimiento y ejecución. Y al nivel de requisitos que se exigen de la sentencia extranjera cuando, como veremos, se pretende tan solo que produzca efectos probatorios.

En resumen, si bien existen dudas sobre el eventual tratamiento del segundo nivel de eficacia apuntado por parte del nuevo CPC, sí que es claro que el nuevo texto procesal del Estado Plurinacional trata con más o menos depuración y como seguidamente veremos, los efectos probatorios y como sentencia de una decisión extranjera. Pasamos seguidamente a abordarlos.

B) El régimen jurídico de las sentencias extranjeras: efectos probatorios.

El art. 506 CPC acepta el tratamiento de las sentencias extranjeras como documentos públicos acreditativos de un hecho. En este caso, tal como precisa el apartado I del precepto no se está ejecutando una sentencia extranjera sino que meramente se está valorando una constatación que la misma pueda incorporar en su tenor:

El art. 506 CPC incorpora dos reglas en relación con los efectos documentales de las sentencias y resoluciones judiciales extranjeras:

1º) En primer lugar, se dice por el art. 506.II CPC que cuando “únicamente” se trate de “hacer valer” los efectos imperativos –subsisten las dudas sobre el significado de “efecto imperativo”- o probatorios de una sentencia extranjera, será necesario acompañar la documentación prevista en el art. 505.II CPC.

Si bajo la noción de efecto imperativo se está haciendo referencia al reconocimiento de una sentencia foránea, la solución del art. 506 CPC referiría a aquellas ocasiones en que la sentencia es reconocida pero no se pretende su ejecución: por ejemplo, se reconoce la titularidad de una obra de arte que fue expoliada en su día, pero no se pretende ejecutar la sentencia y lograr la restitución de la misma al ahora declarado dueño legítimo. En todo caso, el tenor del precepto no parece acertado desde un punto técnico referirse a una misma realidad a través de dos nociones diferenciadas en un mismo texto legal, algo que como hemos observado anteriormente, ocurre

con relativa asiduidad en el nuevo CPC. Y utilizando un concepto, el de “hacer valer” unos efectos, que es gráfico pero muy poco claro.

Junto a ello, además, y como hemos avanzado ya, la utilización de la conjunción “o” en el precepto plantea un grave problema de entendimiento respecto de la eficacia que se pretende de la sentencia extranjera en Bolivia. El reconocimiento de una sentencia extranjera no puede estar sometido al mismo nivel de requisitos que cuando lo que se busca es su mera eficacia probatoria. Los efectos derivados en uno y otro caso en modo alguno son similares, y consiguientemente los requisitos exigidos en relación con ellos deberían variar. En tal sentido, si bien las exigencias recogidas en el art. 505.II CPC al que remite el art. 506.II CPC podrían ser consideradas como válidas respecto del reconocimiento de la decisión extranjera –insistimos, considerando que por fuerza imperativa se esté realizando una mención al reconocimiento- resultan absolutamente exorbitantes cuando de lograr su eficacia documental en Bolivia se trata. Exigir, por ejemplo, aportar la prueba del carácter ejecutorio de la decisión –al amparo del art. 505.II.3 CPC- es tan excesivo como innecesario atendido el nivel de eficacia –puramente probatoria de un hecho o relación jurídica- que la sentencia está llamada a alcanzar en el Estado Plurinacional. La decisión no va a ser técnicamente ejecutada.

2º) Mayores problemas, aún, presenta la regla recogida en el art. 506.III CPC. En ella se señala que el tribunal ante el que se pretendan “hacer valer” los efectos imperativos o probatorios de la sentencia extranjera, se pronunciará sobre el mérito de la misma en relación al efecto pretendido, previa comprobación de haberse observado los requisitos del art. 505.I CPC, sin que sea necesario seguir el procedimiento fijado en el art. 507 CPC. Y decimos esto por cuanto:

A) Por un lado, y centrándonos en los efectos imperativos –reconocimiento-, la decisión foránea no es susceptible de valoración en cuanto al fondo cuando de su reconocimiento se trata. El propio art. 503 CPC expresamente así lo manifiesta. La referencia al pronunciamiento sobre el mérito no queda en modo alguno clara, resultando además equívoca.

B) Junto a ello, y con relación a los efectos meramente probatorios, la aportación de una sentencia extranjera como documento público acreditativo de unos hechos se puede realizar a un juez boliviano, pero también a cualquier autoridad pública boliviana. Esta autoridad se limitará a valorar, tal como establecen los propios arts. 147 CPC y 1294 CC, la validez formal del mismo, refiriendo la valoración y efectos de su contenido a la autoridad boliviana encargada de ponderarlo.

Pero es que, además, el régimen recogido en el art. 506.III CPC se solapa en tanto sobre el previsto en el 147 CPC, incluso si es un juez boliviano la autoridad receptora de dicho documento. En este caso, insistimos y el legislador no lo debería

perder de vista, no tiene ante sí una sentencia extranjera con vocación de ser tratada como tal. El juez se ve confrontado con un puro documento público que tan sólo acredita un hecho o derecho. El extenso elenco de requisitos previstos en el art. 506.III CPC, similares a los exigidos respecto de las homologación y ejecución de sentencias extranjeras, supera con mucho lo razonable cuando de constatar la eficacia documental de una sentencia foránea se trata. Sería razonable si estuviéramos hablando de la eficacia registral... pero como hemos visto ese tercer nivel de efectividad no aparece individualizado como tal en el nuevo Código procesal.

C) El régimen del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en Bolivia.

a) Significado de "reconocimiento" y de "ejecución".

El art. 503 CPC, intitulado "reconocimiento y ejecución", señala en su primer apartado que las sentencias extranjeras exigirán para "su ejecución y cumplimiento" ser reconocidas y ejecutadas en el Estado Plurinacional "si correspondiere", sin que para ello proceda la revisión del fondo de la misma. Seguidamente, los apartados II y III del artículo describen qué se entiende por "reconocimiento" y "ejecución".

1º) De acuerdo con el art. 503.II CPC, el reconocimiento "es el acto o sucesión de actos procesales que tiene por objeto establecer si la sentencia extranjera reúne los requisitos indispensables de fondo y forma señalados en el presente Capítulo." En otras palabras, es el acto de homologación de la resolución judicial foránea.⁵⁹

2º) En consonancia con el art. 503.III CPC, la "ejecución es el acto o sucesión de actos procesales que tiene por objeto el cumplimiento de las sentencias dictadas en el extranjero."... en Bolivia, tendríamos que añadir:

El tenor del precepto incorpora una filosofía clara a favor de la eficacia en el Estado Plurinacional de las decisiones extranjeras, combinado con algunos errores importantes de apreciación y redacción. Bajo una rúbrica nítida que refiere al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones extranjeras, el precepto precisa que en aquellas ocasiones en que se pretenda tratar a la sentencia foránea como una auténtica sentencia y dotarla de la correspondiente fuerza ejecutiva en Bolivia –"si correspondiere"– será imprescindible reconocerla y dotarla de tales efectos y, con posterioridad, si la parte así lo desea, ejecutarla. Es el paso intermedio, el hecho de dotarla de fuerza ejecutiva a través de la declaración de ejecutividad, el que se hecha a faltar en el precepto. Sólo cuando una sentencia emanada de una autoridad extranjera haya sido homologada –esto es, equiparada a las sentencias bolivianas a través de su reconocimiento– y dotada de fuerza ejecutiva, podrá procederse a su

⁵⁹ Y que, aparentemente, vendría cubierto por la mención a la producción de "efectos imperativos" por la sentencia extranjera a la que refieren los arts. 502 y 506 CPC.

ejecución como una sentencia boliviana más, caso de que aquella no sea cumplida de forma voluntaria por la parte condenada. Este paso intermedio es el que se hecha a faltar en el precepto reflejando una falencia conceptual relevante.

Ello se hace más manifiesto si cabe al observar el tenor del art. 506.I CPC en el que con claridad se afirma que "Sólo serán susceptibles de ejecución las sentencias extranjeras de condena al cumplimiento de obligaciones". La sentencia foránea exigirá primero ser homologada, seguidamente dotada de fuerza ejecutiva y, con posterioridad, ejecutada como una sentencia boliviana más. Valdría la pena por lo tanto realizar una mayor elaboración del art. 503.III CPC en el sentido de diferenciar dentro del mismo lo que es la declaración de ejecutividad de la decisión foránea, de lo que es la ejecución en sentido estricto de la misma, que aparentemente es aquello a lo que refiere el mencionado precepto.

b) Regímenes de reconocimiento y ejecución.

A partir de estas premisas terminológicas no excesivamente elaboradas, el 502 CPC subordina la producción de efectos en el territorio del Estado Plurinacional por parte de las sentencias y resoluciones foráneas a lo que "establezcan los tratados o convenios existentes y las disposiciones del" CPC.

Esta mención genérica implica que, caso de existir convenios o tratados internacionales susceptibles de ser aplicables al reconocimiento y ejecución se procederá a aplicarlos, de tal suerte que la normativa recogida en el nuevo Código posee, como por otra parte es lógico y acorde con los mandatos constitucionales, un carácter técnicamente subsidiario. Bolivia, sin embargo, cuenta con un número muy reducido de convenios susceptibles de ser aplicables en este ámbito: esencialmente los mencionados Tratado de Montevideo de Derecho Procesal internacional de 11 de enero de 1889 y el Código Bustamante de 1928. De ahí que el régimen recogido en el CPC cuente, en la práctica, con una condición preferente.

El análisis de las soluciones recogidas en el CPC a falta de Convenio internacional aplicable ha de realizarse tomando en consideración su tenor y sus orígenes directos e indirectos. El art. 504 CPC afirma que en ausencia de convenios y tratados internacionales que vinculen a Bolivia en la materia habrá de estarse al principio de reciprocidad, tanto positiva como negativa.

1º) El principio de reciprocidad negativa viene recogido de forma taxativa en el apartado II del art. 504 CPC. En el mismo se afirma con claridad que si en el Estado de procedencia de la resolución extranjera las sentencias bolivianas no son reconocidas, tampoco lo será aquella en Bolivia: "Si la sentencia hubiere sido dictada en un país donde no se ejecuten los fallos de autoridades judiciales bolivianas, tampoco podrá serlo en el Estado Plurinacional."

2º) Correlativamente, se afirma en el apartado I del mencionado art. 504 CPC que en aquellas ocasiones en que no mediando tratado la sentencias bolivianas sí sean reconocidas y ejecutadas en el país de origen de la sentencia foránea, ésta será igualmente reconocida en Bolivia con base en el principio de reciprocidad.

Una primera lectura del precepto podría llevar a concluir que el art. 504 CPC aporta una respuesta omnicompreensiva al problema del reconocimiento y ejecución de resoluciones foráneas. Si se reconocen en el Estado de origen, Bolivia reconoce. Si no se reconocen en el Estado de origen, Bolivia no reconoce... Esta interpretación no sólo dejaría sin sentido al art. 505 CPC –como en su día ocurría con los arts. 552 y 553 del anterior CPC, es que sería errónea. Ciertamente la aceptación del potencial reconocimiento en el Estado Plurinacional no implica que el mismo no quede subordinado a la verificación por las autoridades bolivianas del cumplimiento por parte del juez de origen de ciertas condiciones mínimas.

Esta verificación, tal como señala de forma expresa el art. 503.I CPC *in fine* es, recordemos, puramente formal, “sin que proceda la revisión del objeto sobre el cual hubieren recaído”. Esta revisión formal queda referida de acuerdo al mandato del art. 505.I CPC a los siguientes extremos.

En primer lugar, se exige que la sentencia extranjera que se pretende homologar y ejecutar “tenga la calidad de cosa juzgada conforme al ordenamiento jurídico del país de origen”.⁶⁰ Esto es, que no es susceptible de recurso; es firme, por tanto produce efectos de cosa juzgada.

En segundo lugar se incorporan unos requisitos puramente formales:

a) La sentencia ha de ser auténtica, ha de cumplir con las formalidades necesarias para gozar de tal condición en el país de origen.⁶¹

b) La sentencia ha de venir debidamente legalizada conforme a la legislación boliviana, “excepto que ella fuere remitida por vía diplomática o consular o por intermedio de las autoridades administrativas competentes.”⁶²

Si bien la exigencia de legalización es común en la legislación comparada y cumple la función de atestiguar la autenticidad de la resolución judicial que se pretende reconocer o ejecutar, este último inciso del art. 505.I.2 CPC suscita problemas teóricos importantes. La ejecución de una sentencia constituye un acto personalísimo de la parte que ha visto reconocido su derecho en un proceso. En la medida en que, como veremos, al amparo del art. 507 CPC se lleva a cabo un

60 Art. 505.I.7 CPC.

61 Art. 505.I.1 CPC.

62 Art. 505.I.2 CPC.

proceso tendente al reconocimiento de la decisión foránea, se exige que la persona que lo inicie tenga un interés legítimo en ello. Esto equivale a entender que será la persona que vio ganado el pleito iniciado quien inste ante el Tribunal Supremo de Justicia el reconocimiento y atribución de fuerza ejecutiva de la sentencia extranjera. Para ello, uno de los requisitos formales que se le exige de acuerdo con el art. 505.II.1 CPC es la presentación de “copia autenticada o legalizada” de la sentencia que se pretende reconocer y ejecutar.

Siendo esto así no se entiende muy bien que quiere decir el legislador nacional al señalar que la “sentencia y la documentación anexa” sea remitida por vía diplomática o por intermedio de las autoridades administrativas competentes. La sentencia se la habrá notificado en su momento a la parte que desea sea reconocida y ejecutada... y por lo tanto deberá ser aportada por ella. La referencia a las autoridades administrativas y diplomáticas quedará pues exclusivamente limitada a la documentación anexa, y ni siquiera en este caso queda claro a que situaciones se está haciendo referencia y que obligación puedan tener aquellas de aportar documentación alguna; salgo que se trate de documentos o certificaciones oficiales.

c) Que la sentencia extranjera que no se encuentre redactada en español venga debidamente traducida al español o a cualquier otro idioma oficial de Bolivia.⁶³

3º) Junto a los requisitos precedentes, en tercer lugar se hace referencia a una serie de condiciones relativas a la autoridad de procedencia de la resolución: en concreto, el art. 505.I.4 CPC exige que la autoridad de la que emana la decisión “tenga jurisdicción en la esfera internacional para asumir conocimiento de la causa” de acuerdo con su legislación nacional –recordemos que Bolivia carece de este tipo de normas- “excepto que la materia fuere de jurisdicción exclusiva de autoridades judiciales bolivianas.” Algo que tampoco la normativa boliviana detalla. Se hace así referencia a dos exigencias de las que, como se apuntó al abordar el modelo de competencia judicial internacional previsto en el CPC- la propia normativa boliviana carece. Ello, ciertamente no afecta a la viabilidad del reconocimiento en el Estado Plurinacional de las resoluciones extranjeras, pero sí refleja como ya lo apuntamos en su momento las falencias del modelo de competencia judicial internacional diseñado en el Código.

4º) Seguidamente, en cuarto lugar, se incorporan un conjunto de exigencias referidas a la satisfacción del derecho de defensa:

63 Art. 505.I.3 CPC.

a) Es necesario comprobar que la parte demandada fue legalmente citada o emplazada de acuerdo con el derecho del tribunal extranjero del que emana la sentencia.⁶⁴

b) Se han respetado los principios del debido proceso.⁶⁵

5º) Por último, y este es el único momento en que el juez boliviano podrá verificar el contenido de la sentencia cuya homologación y ejecución se solicita, la sentencia no debe contraria al orden público internacional,⁶⁶ de Bolivia, añadiríamos nosotros, dado que el orden público por su propia naturaleza es de origen interno, territorial, temporal y relativo.

c) *Procedimiento.*

El art. 505.II CPC precisa los documentos que deben aportarse a efectos de solicitar el “reconocimiento y cumplimiento de una sentencia extranjera”. Se incorpora, de esta suerte, un nuevo término hasta ahora no utilizado: “*cumplimiento*”. Dichos documentos son:

1º) Copia legalizada o autenticada de la sentencia.⁶⁷ Resulta curioso que el precepto use la conjunción “o” cuando en el art. 501.I.1 y 2 CPC se exige que la resolución foránea vea tanto legalizada como autenticada. Debería decirse, por lo tanto, “y” legalizada, salvo que se den los supuestos previstos en el art. 501.I CPC.

2º) Copias “legalizadas o autenticadas de las piezas necesarias del proceso” que acrediten el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 505.I.5 y 6,⁶⁸ esto es, el cumplimiento de la citación legal o del emplazamiento acorde a derecho de la parte demandada y, el respeto a los principios del debido proceso.

3º) Certificación franqueada por autoridad competente que acredite la ejecutoria de la sentencia.⁶⁹ Nada se dice de cual sea dicha autoridad competente, si es extranjera –previsiblemente- o nacional, y de acuerdo a qué ley se valora tal competencia. Y tampoco se aprecia que se entienda por “certificación franqueada” o su equivalente, dado que esta formulación puede no existir como tal en el ordenamiento de origen de la autoridad que emita el testimonio del carácter ejecutivo –que a eso se refiere en última instancia este requisito- de la sentencia que se pretende reconocer y ejecutar.

64 Art. 505.I.5 CPC.

65 Art. 505.I.6 CPC.

66 Art. 505.I.8 CPC.

67 Art. 505.II.1 CPC.

68 Art. 505.II.2 CPC.

69 Art. 505.II.3 CPC.

La solicitud de ejecución se presenta ante el Tribunal Supremo de Justicia al amparo del art. 507 CPC. El precepto no realiza referencia alguna al reconocimiento, siendo que la homologación es requisito previo imprescindible para la posterior ejecución. La lógica hace pensar que la parte interesada en lograr la eficacia en Bolivia deberá solicitar al amparo del art. 507 CPC, a pesar del silencio de éste, el reconocimiento de la sentencia extranjera y la atribución a la misma de fuerza ejecutiva con vistas a la posterior eventual ejecución.

Esa solicitud, tal como precisa el apartado I del art. 507 CPC –y que reitera el mandato del art. 505 CPC- vendrá acompañada de la sentencia que se pretenda ejecutar y de los antecedentes documentales que la justifiquen: esto es, de los requisitos previstos en el art. 505.II.2 y 3 CPC a los que se ha hecho referencia en el apartado anterior.

Una vez presentada la solicitud de reconocimiento y ejecución, el Tribunal Supremo de Justicia dispondrá se cite a la parte contra quien se pide la ejecución, quien contará con un plazo de diez días computables a partir de su citación para exponer lo que estime pertinente a su defensa.⁷⁰ El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena contará para con un plazo no mayor a quince días para dictar resolución al efecto, haya existido o no contestación a la solicitud planteada por la parte que solicita el reconocimiento y la ejecución. Contra esta resolución del Tribunal Supremo de Justicia concediendo o denegando el reconocimiento y ejecución “no corresponde recurso alguno.”⁷¹ Algo perfectamente aceptable dado que el derecho al recurso existe en el ámbito del proceso penal pero no en el del proceso civil.

En el caso de verse reconocida la resolución extranjera y dotada de fuerza ejecutiva, se procederá por parte del Tribunal Supremo de Justicia a remitir la sentencia a la autoridad judicial boliviana competente –aquella a “quien hubiere correspondido conocer del proceso en primera instancia, si se hubiere promovido en el Estado Plurinacional”, a efecto de que ésta imprima los “trámites que correspondan a la ejecución de sentencias. “En otras palabras, insistimos, reconocida y dotada la sentencia extranjera de fuerza ejecutiva, se procederá a su ejecución forzosa en los mismos términos en que se haría con una sentencia dictada por una autoridad judicial del Estado Plurinacional que no sea voluntariamente cumplida. El mandato del apartado IV del art. 507 CPC no deja de reflejar lo que ya hemos apuntado con anterioridad en varias ocasiones y que el legislador boliviano no expresa con suficiente claridad: que el 507 CPC refiere, a pesar de su rúbrica, al reconocimiento y ejecución, entendido este último término en el sentido de otorgamiento de fuerza ejecutiva, requisitos previos imprescindibles para proceder con posterioridad a la ejecución en sentido estricto de la resolución foránea que se ha visto ya homologada.

70 Art. 507.II CPC.

71 Art. 507.III CPC.

D) La especial situación del reconocimiento de resoluciones extranjeras relativas a la tutela cautelar.

El CPC aborda con especial detalle la problemática de la eficacia en Bolivia de las medidas cautelares dictadas en el extranjero. En tal sentido y bajo el rubro de “Cooperación judicial internacional en materia cautelar”, el Capítulo Tercero del Título VIII –“Cooperación judicial internacional”- del Libro II –“Desarrollo de los procesos”- individualiza la problemática de la eficacia de este tipo de resoluciones judiciales extranjeras. Llama la atención que la eficacia de las decisiones cautelares extranjeras se aborde como si de un mero supuesto de cooperación judicial internacional se tratase y no, como pensamos que podría ser lo más coherente, en cuanto reconocimiento y ejecución en el Estado Plurinacional de una resolución foránea. Esta última opción, amén de ser más acorde con la naturaleza atribuida a la tutela cautelar en el nuevo CPC boliviano, en la que se habla de un auténtico “proceso cautelar”⁷² hubiera permitido articular un mecanismo de control de dicha medida por las autoridades bolivianas mucho más elaborado que el que ahora se incluye.

El principio base se encuentra recogido en el art. 497.I CPC en el que se señala con claridad que “Las medidas cautelares que decretaren tribunales extranjeros serán ejecutadas y cumplidas por las autoridades judiciales del Estado Plurinacional, sólo cuando no sean contrarias a la legislación boliviana o al orden público internacional.” El mandato de precepto es manifiesto en el sentido de señalar que las decisiones en la materia dictadas fuera de Bolivia son susceptibles de producir efectos en el Estado Plurinacional cuando no sean contrarias a la legislación boliviana o al orden público internacional boliviano. Esta solución se alcanza a partir de la aceptación en el apartado II del precepto de la regulación de la “procedencia de las medidas cautelares” por las leyes “de los tribunales extranjeros del lugar donde se tramite el proceso.” En otras palabras, y en tanto en cuanto las medidas son adoptadas por tribunales a solicitud de las partes, de las leyes del Estado donde radica el tribunal extranjero que adopta dicha medida. Tales medidas serán, en todo caso, admitidas si resultando acordes con dicha ley no son contrarias a la normativa boliviana ni contradicen el orden público del Estado Plurinacional. Y la ejecución de éstas en Bolivia, como no podía ser de otra forma, “así como la contracautela” se registrarán por lo dispuesto en la normativa del Estado Plurinacional.

Esta última afirmación, tal como reconoce el art. 497.II CPC puede dar lugar a que el órgano jurisdiccional boliviano comisionado para la ejecución de la decisión cautelar extranjera pueda disponer, a instancia de parte, las medidas cautelares que correspondan de acuerdo con la normativa boliviana. En tal sentido, resulta interesante recordar que el art. 50I CPC afirma que los actos de comunicación

⁷² Así se manifiesta la propia rúbrica del Título II del Libro II CPC.

procesal relativos a medidas cautelares podrán practicarse directamente por las partes interesadas o a través del recurso a los medios previstos en este Capítulo III. Algo, esto último, que no queda especialmente claro.

La solución está clara en su filosofía aunque la redacción genere una vez más importantes dudas técnicas. Así, por ejemplo, se hace referencia a un término equívoco y poco claro cuyo uso no tiene continuidad en el resto del articulado del Código. De hecho, se utiliza dos veces en este ámbito: el art. 497.I CPC habla de esta suerte de “ejecutadas y cumplidas”, mientras que –recordemos– el ya mencionado art. 505.II CPC refiere a “reconocimiento y cumplimiento”. La utilización del verbo cumplir respecto de las sentencias foráneas es insatisfactoria y muy poco precisa. Hablar de cumplir en relación con la ejecución forzosa a la que refiere el art. 497.I CPC es redundante y usarla en el art. 505.II como complemento del reconocimiento parece aceptar que se está haciendo en la práctica mención a la posterior ejecución de la resolución foránea. Valdría la pena, pues, armonizar y depurar al máximo la terminología usada en una futura revisión del CPC.

Igualmente el precepto mantiene silencio respecto de dos de las cuestiones esenciales que se suscitan en materia cautelar; en primer lugar, que pueda ocurrir en aquellos supuestos en que la medida cautelar adoptada por el tribunal extranjero incide sobre un bien objeto de disputa ante un tribunal del Estado Plurinacional. En segundo lugar, que ocurra cuando la medida cautelar haya sido dictada no por una autoridad extranjera, sino por un tribunal arbitral foráneo.

La aceptación de la eficacia de las medidas cautelares dictadas por tribunales extranjeros en Bolivia no implica, por la propia naturaleza provisional de la medida, el posterior reconocimiento y ejecución de la decisión extranjera que pudiera dictarse por el tribunal extranjero en el proceso en que la medida fue ordenada.⁷³ Y puede dar lugar a la adopción de diversas medidas por parte de las autoridades bolivianas. En esta línea el art. 500.I CPC precisa que caso de encontrarse el bien objeto de la medida cautelar adoptada por el tribunal extranjero en el territorio de Bolivia, “las autoridades judiciales bolivianas podrán disponer, a solicitud de parte, las medidas conservatorias u otras que por su urgencia deban resolverse inaplazablemente, tomando en consideración que ellas podrán ordenarse sólo en cuanto garanticen el resultado del litigio.”

El art. 500 CPC incorpora en sus apartados III y IV dos reglas que cuentan con sustantividad propia y que, quizás, deberían haber sido tratados de forma individualizada:

73 Art. 499.I CPC.

1º) En primer lugar, el apartado III señala que en aquellas ocasiones en que el proceso –extranjero– que se pretende formalizar sobre la base de la medida cautelar aún no se hubiere iniciado en el extranjero por el tribunal extranjero competente, “el tribunal extranjero que la ordenó fijará un plazo para que se formalice la demanda observando los plazos vigentes en la legislación boliviana, bajo sanción de caducidad de la medida. Si la demanda se formalizare dentro del plazo, la medida quedará sujeta a lo que en definitiva resuelva el tribunal extranjero.”⁷⁴

Tal como se encuentra redactado el precepto se basa en una premisa errónea y adolece de importantes defectos que previsiblemente van a afectar a su virtualidad. El art. 500.III CPC obliga al juez extranjero a tomar en cuenta, en primer lugar, y a aplicar, seguidamente, una norma procesal boliviana. Algo que por su propia naturaleza no puede hacer y que, además, es contrario a la filosofía del propio CPC que en su art. 493.I afirma que el proceso pendiente ante los tribunales bolivianos se regula única y exclusivamente por la normativa boliviana. Si esto es así, y así es lo correcto, difícilmente podemos pretender que un tribunal extranjero regule su proceso o las bases de iniciación de éste con base en una normativa boliviana... que no sabemos, tampoco, como se le va a hacer conocer ni por quien, ni tampoco en qué plazo. Ni tampoco que tome en cuenta los plazos fijados por la normativa boliviana, dado que entre otras cosas, nada se dice sobre cuales puedan ser éstos.

A su vez, la caducidad de la medida que se fija por la normativa boliviana no se sabe tampoco a quien afectará, siendo que no puede hacerlo respecto del tribunal extranjero, nada se resuelve en relación con su potencial incidencia en el eventual proceso sobre la disputa que pueda iniciarse en Bolivia o sobre la solicitud de medidas cautelares que puedan demandarse ante los órganos jurisdiccionales del Estado Plurinacional.

2º) Junto a ello, además, el art. 500.IV CPC formula una norma que resulta ser de competencia judicial internacional y que, por lo tanto, cuenta con sustantividad propia y debería incardinarse en el art. 10 y ss. CPC. El precepto señala que “La autoridad judicial boliviana podrá disponer medidas cautelares a cumplirse fuera del territorio del Estado.” Independientemente, deberíamos añadir nosotros, de que los órganos jurisdiccionales bolivianos fueran competentes para conocer sobre el litigio principal. Si bien se trata de una norma absolutamente necesaria y trascendente, resulta lastimoso que nada se diga respecto de qué bienes, por parte de quien se solicita, en que plazos o con que vinculación y efectos sobre un proceso principal eventualmente iniciado en Bolivia.

Más aún, en aquellas ocasiones en que en cumplimiento en Bolivia de una medida cautelar dictada en el extranjero, se adopten por parte de los órganos

jurisdiccionales bolivianos determinadas medidas cautelares sobre bienes situados en el Estado Plurinacional, la persona afectada podrá deducir tercería u oposición ante la autoridad judicial boliviana que hubiere adoptado las mismas en cumplimiento de su comisión, "con la única finalidad de la comunicación de aquella al tribunal comitente, a tiempo de la devolución del exhorto o carta suplicatoria."⁷⁵ Esta última regla es plenamente coherente con el mandato del art. 500.II CPC que explicita que en aquellos supuestos en que la ejecución en Bolivia de la medida cautelar estuviera pendiente debido al hecho de haberse deducido tercería u oposición, la autoridad judicial boliviana comisionada para implementar dicha medida deberá comunicarla en forma inmediata al tribunal extranjero que la decretó.

A partir de este principio, los apartados II y III del art. 498 CPC incorporan dos reglas de difícil práctica:

1º) En primer lugar, el art. 498.II CPC señala que "la tercería u oposición se sustanciará por el tribunal comitente conforme a sus leyes."⁷⁶ Esto es algo que por la propia naturaleza territorial de las normas procesales no puede afirmar el legislador boliviano cuya competencia se reputa respecto de los órganos jurisdiccionales bolivianos y en relación con los procesos desarrollados ante ellos en Bolivia. Una vez más, por mucho que el legislador del Estado Plurinacional afirme la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado extranjero y la aplicación por éste de sus leyes en el caso planteado, será la normativa de dicho Estado la que diga que órgano es competente, en qué casos y sobre qué materia y respecto de qué leyes. Lo mismo puede reputarse de la obligación que acompaña al tercerista u opositor de apersonarse en el proceso en el Estado en que se hallare. Será la ley de dicho Estado y no la boliviana quien determinará si puede o debe hacerlo y en qué términos.

2º) En segundo lugar, el art. 498.III CPC afirma que caso de que el opositor plantee "tercería fundada en el dominio sobre el bien o en otros derechos reales sobre el bien embargado, o la fundare en su posesión, aquella se sustanciará y resolverá conforme a las leyes del Estado Plurinacional." Nada se dice si la oposición se sustancia ante órganos jurisdiccionales extranjeros, en cuyo caso el precepto carecería una vez más de sustantividad, o ante un tribunal boliviano, situación que sí vendría gobernada por la normativa boliviana, tanto en virtud del mandato de este art. 498.III CPC o, más genéricamente, de la regla del art. 493.I CPC en el que de forma taxativa, recordemos, se afirma que los procesos sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales de Bolivia "se sustanciarán conforme a las normas procesales bolivianas en vigencia".

75 Art. 498.I CPC.

76 Art. 498.II CPC.

III.A MODO DEVALORACIÓN FINAL.

Hasta aquí el análisis de las soluciones previstas en el nuevo CPC en relación con el proceso con elementos de extranjería y con la eficacia en el Estado Plurinacional de las resoluciones judiciales extranjeras. Terminamos como comenzamos estas cuartillas, señalando que la lectura de las soluciones recogidas en el CPC deja una sensación ambivalente. En un entorno caracterizado por la existencia de un modelo de DIPR absolutamente embrionario resulta alentador que el legislador nacional se plantee seriamente articular normas sobre aspectos esenciales de este sector del Derecho. Normas que, además, cuentan con una incidencia directa sobre los ciudadanos y sus expectativas jurídicas. Este hecho objetivamente positivo se ve, empero, afectado por ciertas falencias constatables en el nuevo CPC –la inexistencia de un modelo de competencia judicial internacional–, por la presencia de ciertos errores de enfoque en el mismo –el legislador boliviano no puede decirle al juez extranjero lo que debe hacer de acuerdo con la normativa del Estado Plurinacional– y por una insuficiente depuración en el lenguaje técnico jurídico que generará, más antes que después, problemas interpretativos importantes. Esperemos que una futura reforma del CPC sirva para solventar algunos de estos problemas ahora apuntados.



HACIA UN SUBSISTEMA COMPARADO HISPANO-FILIPINO
DENTRO DE LA FAMILIA ROMANO-GERMÁNICA-CANÓNICA

TO A HISPANIC-FILIPINO COMPARED SUBSYSTEM INSIDE THE
ROMAN-GERMANIC-CANONICAL FAMILY

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 64-75



Gabriel
GARCÍA
CANTERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de enero de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 1 de febrero de 2014

RESUMEN: El Cc filip de 1949 posee igual estructura y aproximadamente un 40% de preceptos iguales del Ccesp de 1889, otro tanto modificados (en parte recogiendo jurisprudencia del TS español), y el resto procede de instituciones propias y del Derecho anglonorteamericano. Hoy se ignoran pese a que por ello aquél está relacionado con buena parte del Derecho iberoamericano. La ponencia propone algunos temas de tratamiento comparativo.

PALABRAS CLAVE: Sistemas y familias comparativos, Civil Law y Common Law, Sistema de Países ibéricos, Cc español, Cc filipino, Temas a comparar.

ABSTRACT: The Civil Code of the Philippines of 1949 has the same structure as the Spanish Civil Code of 1869 and shares 40% of its initial precepts and some of its modified precepts (partly those reflecting the Spanish Supreme Court jurisprudence). The rest of its precepts come from Philippine institutions and from the Anglo-American Law. This similarity between the Philippine and the Spanish Codes has been largely ignored although it links the former to a large part of the Ibero-American Law. The aim of this paper is to propose some topics in comparative perspective.

KEY WORDS: Comparative systems and families, Civil Law y Common Law, System of Iberian countries, Spanish Civil Code, Civil Code of the Philippines, topics to compare.

SUMARIO: I. Una ojeada al Derecho comparado, como ciencia y como método.- II Escasa presencia de lo ibérico en las iniciales clasificaciones comparativas.- III. Cambio de orientación en la reciente Manualística comparativa.- IV. El Cc filipino de 18 junio 1949 y su inclusión en los sistemas y familias comparativas.-V. Posibles temas o aspectos de estudio comparativo.

I. UNA OJEADA AL DERECHO COMPARADO, COMO CIENCIA Y COMO MÉTODO.

Como se sabe, el Derecho comparado como ciencia es de fundación reciente pues se la sitúa en el año 1900 con ocasión de la celebración en París de un Congreso Internacional que acogió a juristas europeos y americanos interesados en el tema. Si bien hubo entonces idealistas que propugnaban inicialmente como meta a alcanzar un Derecho privado de dimensión universal, aduciendo que la naturaleza humana es idéntica en todos los países del mundo, pronto se advirtió que, de momento, tal objetivo resultaba utópico y que lo más realista era únicamente tratar de aproximar o acercar a los distintos ordenamientos jurídicos vigentes en los diferentes países, analizando sus parecidos y diferencias, y obtener conclusiones de la comparación. La primera generación líder indiscutible de comparatistas fue, obviamente, la constituida por autores galos, nacida y desarrollada en torno al *Institut du Droit Comparé* de la Universidad de París, cuyos trabajos se daban a conocer en la emblemática *Revue Internationale de Droit Comparé*; aunque no debe olvidarse que en otros países (Alemania, Italia, USA, España, Portugal) existían cultivadores del Derecho comparado que habían dejado huella a lo largo del siglo XIX y proyectaron su influencia al pasado siglo. En la Universidad de Madrid a mediados del siglo XIX se había creado una cátedra de Legislación extranjera desempeñada por juristas de gran prestigio, que alcanzaron notoriedad y lograron transmitir su preocupación científica también a la Universidad de Barcelona. En el ámbito europeo va surgiendo gradualmente otra generación de comparatistas alemanes, con sólida formación, en torno al Instituto de Derecho Comparado de Hamburgo; escuela comparatista que, poco a poco, sucederá a la francesa. Luego se interfiere un hecho novedoso y, al mismo tiempo, trágico: La emigración forzada de profesores germanos de origen judío, debido a la persecución hitleriana, la cual va a permitir un trasplante de ideas comparatistas a las Universidades estadounidenses, dando así origen a la denominada *Edad de oro* del comparatismo norteamericano y, en consecuencia, a que se intensifique la difusión del conocimiento y de la aplicación del

• Gabriel García Cantero

Catedrático de Derecho civil. Emérito de la Universidad de Zaragoza (España). Presidente de la Asociación española de Derecho Comparado. Ha cultivado científicamente muchas parcelas del Derecho civil, pero se ha especializado en las siguientes materias: Derecho de familia: matrimonio, filiación, tutela. Derecho de obligaciones y contratos: Parte general, compraventa, arrendamiento, obra, Derecho de protección de consumidores. Derecho Europeo: trabaja activamente en el Proyecto de contratos europeo dirigido por el Prof. Gandolfi. Derecho comparado: Sistemas jurídicos en general, "Civil Law" y "Common Law", Derecho escandinavo, Derechos comunistas, Derechos de China y Japón. Miembro de la Asociación de Privatistas Europeos de la Academia de Pavía.

método comparativo respecto a los países pertenecientes al sistema del *Common Law*. Iniciado ya el siglo XXI se está haciendo presente una nutrida generación de comparatistas italianos que están recibiendo la antorcha de sus predecesores, constituida por juristas cuya formación ha sido favorecida por la implantación de inteligentes planes oficiales de estudio de las Facultades de Derecho en los que el Derecho Comparado ocupa un lugar destacado, tanto como materia troncal como optativa. Una vez celebrado el centenario del Congreso de Paris (con otro Congreso internacional reunido en la Louisiana en 2000), puede concluirse que el Derecho comparado, tanto como ciencia como método jurídicos, está sólidamente arraigado en la mayoría de los países occidentales y, a su imitación, en otras partes del mundo. Hay revistas comparativas de gran difusión en varios idiomas, y también cátedras, masteres y grados, Institutos, seminarios y congresos a todos los niveles; está difundida la convicción de que todo jurista (no sólo el privatista) debe poseer una formación comparatista, que le permita utilizar habitualmente el método de la materia correspondiente, tanto a nivel de enseñanza como de aplicación del ordenamiento respectivo; fenómenos tales como la globalización obligan a muchos profesionales del Derecho (jueces, notarios, registradores de la propiedad, abogados en ejercicio) a interpretar normas procedentes de ordenamientos diferentes al suyo propio, para lo cual resultan indispensables poseer conocimientos comparativos; los cuerpos legislativos de muchos países llevan bastante tiempo haciendo uso - no siempre acertado, hay que constatarlo - del método comparativo o de algún sucedáneo; sin olvidar el aspecto cultural que también representa el conocimiento de derechos extranjeros, lo que contribuye eficazmente a crear relaciones pacíficas entre los pueblos.

En su evolución progresiva la Ciencia del Derecho comparado ha acuñado una serie de conceptos instrumentales que la doctrina ha ido difundiendo normalmente. Resulta fundamental la diferenciación entre los diversos *Sistemas jurídicos*, apareciendo en primer término el *Civil Law*, inicialmente desarrollado en buena parte del continente europeo con fundamento en el *jus commune*, con base en los códigos civiles modernos que arrancan del *Code civil français* o Código de Napoleón (1804), de gran difusión dentro y fuera de Europa, no sólo en el siglo XIX, sino incluso en otros continentes (Centro y Sudamérica, África y Asia francófonas), se prolongan en el BGB (1896-1900), CCS (1911), segundo Ccit de 1942, segundo Ccport 1967, y nuevo CcHol 1992. Por su parte el sistema del *Common Law*, nacido en Inglaterra con ocasión de la invasión Normanda en 1066, se expande ulteriormente por los Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y antiguas colonias inglesas en África, Asia y Oceanía.

Dentro de cada sistema jurídico suele utilizarse la noción de *familia jurídica*, resultado del fenómeno de la imitación o circulación de modelos codiciales. Dentro del *Civil Law* es bastante numerosa la familia de países cuya legislación civil se inspira directamente en el Ccfr: así el primer Cc de la Louisiana 1825, CcHol 1837,

CcRum 1865, Ccital 1865, Ccport 1867, Ccesp 1889; a ellos deben agregarse la primera generación de los códigos hispanoamericanos (especialmente el chileno y el argentino), los africanos promulgados en el s. XX al independizarse las antiguas colonias francesas, y algunas legislaciones asiáticas (como la de Vietnam). Dentro del *Common Law* hay diferencias importantes entre diversos países (el primigenio sistema inglés difiere en puntos importantes del norteamericano, y también el australiano del neozelandés o canadiense). No se olvide la existencia de *sistemas mixtos* que muestran rasgos tanto del Common como del Civil Law (como ocurre en Puerto Rico y Filipinas, como luego expondré).

El *factor religioso* agrupa a los países cuyas legislaciones se inspiran directamente en la Revelación divina, como Israel y la mayoría de países islámicos (sólo Turquía emprendió con Atatürk la secularización de su ordenamiento jurídico, empresa no totalmente culminada), sin perjuicio de que la Religión suele estar presente, de una u otra forma en la legislación de los países occidentales (así Gran Bretaña y las monarquías escandinavas son confesionales; en Alemania las distintas confesiones religiosas poseen incluso un status constitucional; en España hay separación entre la Iglesia y el Estado - aconfesionalidad - pero la Constitución prevé la colaboración del Estado con las diversas confesiones reconocidas; en todos ellos se reconoce el derecho individual a la libertad religiosa, que en Francia se combina, sin embargo, con un laicismo oficial).

La *doctrina marxista* inspiraba, quizá un tanto forzosamente, un subsistema del *Civil Law*, pero hoy se encuentra en el mundo en franca regresión. Después de la caída del Muro de Berlín, la URSS se ha transformado en la República Rusa que podemos decir se encuentra todavía en búsqueda de ubicación adecuada dentro de las anteriores clasificaciones comparativas expuestas. Cabría decir que lo eslavo, presente en la historia de Europa en diversas facetas de la vida pública, sobre todo desde la era moderna en adelante, no ha logrado perfilar del todo su propio sistema jurídico (ha firmado un Tratado de asociación con la UE y recibe ayuda financiera para *europizar* su ordenamiento, al tiempo que trata de conservar todavía su puesto de gran potencia mundial), mientras que China se ha embarcado en un fascinante viaje económico hacia el capitalismo, distanciándose cada vez más de las doctrinas maoístas e inspirándose en el modelo alemán para su nuevo Derecho privado. Quedan todavía: por un lado Cuba (que debe adscribirse, curiosamente, a un sistema mixto hispano-marxista), y por otro Corea del Norte y Vietnam (del que puede decirse: *e pur si muove*).

II. ESCASA PRESENCIA DE LO IBÉRICO EN LAS INICIALES CLASIFICACIONES DE LOS SISTEMAS COMPARATIVOS.

Hay que reconocer que, pese a haber existido a lo largo del siglo XX una pléyade ilustre de comparatistas españoles y portugueses, con participación efectiva en los

Congresos internacionales de Derecho comparado, y actividad más o menos intensa, según las épocas, de los Institutos específicos de Madrid y Barcelona, la *familia ibérica de códigos civiles* apenas si ha llamado la atención de la doctrina comparatista fuera de nuestras fronteras. A ello han contribuido, en mi opinión, diversos factores:

a) Los códigos civiles de España (1889) y Portugal (1867) se ha dicho que pertenecen, sin más, a la familia francesa, pero sin aclarar que no eran una mera copia del napoleónico y poseían caracteres propios.

b) Durante la hegemonía francesa del Derecho comparado, las referencias a nuestro Derecho eran elementales, a veces erróneas, y sin actualización en sucesivas ediciones de los Manuales.

c) Dada la temprana independización de las colonias españolas, una vez alcanzada y cuando se dispusieron a legislar por cuenta propia, en el caso español aquéllas no pudieron tomar en cuenta como modelo o inspiración el Cc de 1889 (aunque sí lo hicieron con el Derecho histórico, especialmente las Partidas).

d) Ciertamente los dos códigos ibéricos del siglo XIX pueden calificarse de segundo rango.

e) Portugal en 1966 cambia de modelo para su segundo Código civil, y debido a la formación pandectística de su inspirador, el Prof. Antunes Varela, la doctrina lusa posterior prescindirá en sus trabajos de la doctrina francesa y derivada de ella. Por otro lado, la doctrina civilista española, en la segunda mitad del siglo pasado, ha diversificado sus fuentes de inspiración (sigue siendo fuerte la orientación italiana, no ha desaparecido la influencia germana y últimamente se desarrolla con fuerza el modelo anglosajón, quedando en segundo término las doctrinas francesa o portuguesa).

III. CAMBIO DE ORIENTACIÓN EN LA RECIENTE MANUALÍSTICA COMPARATIVA.

En contraste con las breves referencias de los primeros Manuales, a finales del siglo XX se empiezan a publicar en Europa obras generales que prestan una atención algo más precisa y actualizada al ordenamiento jurídico de los países que ocupan la península ibérica. En el gran *Tratado de Derecho comparado*, dirigido por Sacco¹, se encuentran desarrolladas por su discípulo Gambaro, con acierto, ideas sobre la tradición y la modernización del Derecho en la península ibérica, con tratamiento separado de España y Portugal, completado con una amplia descripción de los sistemas jurídicos latino-americanos. No se olvida de consignar también que la

¹ Sacco, R. *Trattato di Diritto Comparato*, en el vol. de Gambaro, A. y Sacco, R. *Sistemi giuridici comparati*. Torino (1996): Utet, parte a cargo especialmente de A. Gambaro, 397 ss.

idea de la modernización del Derecho civil español sólo parcialmente se ha llevado a cabo con la codificación al no poder superarse la resistencia de los Derechos forales, aunque sí se ha logrado en materia mercantil con los sucesivos códigos de 1829 y 1885 (a lo que debe añadirse el anteproyecto que este mismo año 2013 ha sido elaborado por la Comisión General de Codificación). Señala igualmente el impulso reformador que ha supuesto la Constitución de 1978, sobre todo en materia de Derecho de la persona y de la familia, inspirándose en los nuevos principios democráticos y en una doctrina muy abierta a las influencias de los países europeos más avanzados, *mutando così la fisonomia tradizionale dell'ordinamento spagnolo*. Portugal, en cambio, posee una larga tradición de derecho unitario (por ej. las Ordenanzas Alfonsinas), que inevitablemente desemboca en el siglo XIX, en la codificación civil de 1867 y mercantil de 1883, ambas de inspiración francesa, si bien actualizada; se hace notar así que la materia familiar y sucesoria reproduce más bien la tradición nacional lusa que la gala. En el siglo XX se va a producir en Portugal una recepción tardía del BGB, con base en la ya superada pandectística, aunque modernizada rápidamente a partir de 1975. En relación con los sistemas jurídicos latino-americanos, si bien dice que naturalmente se plasman siguiendo los modelos de los dos países colonizadores, el que se toma en cuenta en España es el derecho de Castilla y León, y las posteriores *Leyes de Indias* adaptadas a las características de los territorios descubiertos. A partir de la emancipación las nuevas naciones iberoamericanas adoptan Constituciones propias con regímenes diversos (a excepción del Imperio brasileño entronizado con la casa portuguesa de Braganza, serán de naturaleza republicana, y en algunos casos federal -así Argentina, Brasil, Méjico y Venezuela-). Gambaro² describe las sucesivas etapas en que se promulgaron los primeros códigos civiles latino-americanos. El Cc chileno de 1855, obra del jurista venezolano Andrés Bello, de notable influjo en el continente (lo imitan inicialmente Ecuador, Colombia, Nicaragua, Honduras y Salvador). El Cc argentino de 1869, redactado por Vélez Sarsfield, inspirado en gran medida en el Ccfr; aunque también con materiales históricos españoles, Código prusiano de 1794, austriaco de 1811, Louisiana de 1825, italiano de 1865 y también del chileno. Acaso las vicisitudes más notables se produjeron en la codificación brasileña, pues inicialmente se encarga a Augusto Teixeira de Freitas redactarlo, elaborando un *Esbozo* de 4900 artículos que nunca fue aprobado, y finalmente a fines del siglo XIX el gobierno encargó su redacción a Clovis Bevilacqua, quien redactó un texto que entró en vigor en 1917, inspirado parcialmente en el derecho francés y, sobre todo, en el BGB. En 2002 se ha aprobado un nuevo Cc brasileño con inspiración todavía más amplia. Concluye GAMBARO³ que esta fragmentación operada en los códigos latino-americanos ha sido menos perjudicial, por menos intensa, que la producida en Europa dada la común inspiración de todos ellos. Personalmente señalaría cierta incomunicabilidad entre sí, salvo los no infrecuentes casos de copia del modelo. También es de notar el olvido generalizado, u omisión, del Cc filipino de 1949.

2 Gambaro, A. y Sacco, R. *Sistemi giuridici comparati*, cit., 401 ss.

3 Gambaro, A. y Sacco, R. *Sistemi giuridici comparati*, cit., 402.

Por su parte, Zweigert y Kötz⁴ comienzan afirmando sin duda alguna, al tratar de la recepción del Ccfr; que los sistemas legales de España y Portugal deben reconocerse aún como miembros de la familia jurídica romana. Coincide con Gambaro en que lo más sorprendente del desarrollo del derecho en España es la permanencia y la vitalidad de los *fueros*, si bien en el texto de las *Siete Partidas* del siglo XIII se aprecia una marcada influencia de las fuentes romanas. El propósito de crear en el siglo XIX un derecho unificado nacional, estimulado por la monumentalidad del código francés, no se logró por la resistencia de las provincias forales. En el Ccesp de 1889 es grande la influencia francesa en materia de obligaciones, mientras que en las áreas familiar y sucesoria contiene muchas instituciones del antiguo derecho castellano. Pero este Manual parece desconocer la importante reforma del Tít. preliminar del Cc en 1973, así como el impacto en este de la Constitución de 1978. En cuanto a la codificación portuguesa, afirman los autores que el Cc de 1966 plantea la duda de si el derecho privado portugués debería seguir incluyéndose en la familia legal romana. Por otro lado lo califica de *producto retrógrado y conservador*⁵, desconociendo las reformas introducidas después de la llamada *Revolución de los claveles*. Al describir el contenido de dicho cuerpo legal los autores no dejan de alabar, sin embargo, una admirable y extensa protección de la personalidad individual contra invasiones a la personalidad y la publicación de imágenes y cartas privadas; así como de reconocer en el mismo una influencia del Ccital de 1942 al tratar de las relaciones entre acreedor y deudor en general. Los autores prestan también atención a la codificación latinoamericana⁶, explicando que la adopción mayoritaria en su primera fase del Ccfr no representaba ningún rompimiento con las instituciones jurídicas de los colonizadores españoles y portugueses; si bien la influencia francesa disminuyó durante el siglo XX, ya que los legisladores acudieron a fuentes italianas, alemanas y suizas y, en algunos casos, al *Common Law* como la introducción del fideicomiso angloamericano⁷. Pero su conclusión no deja lugar a dudas: En la actualidad, en lo que se refiere al derecho privado, los estados de Centro y Sudamérica pertenecen a la familia jurídica romana.

IV. EL CC FILIPINO DE 18 JUNIO 1949 Y SU POSIBLE INCLUSIÓN EN LOS SISTEMAS Y FAMILIAS COMPARATIVAS.

Pese al sorprendente *olvido* en que propios y extraños han incurrido respecto al ordenamiento jurídico de las Islas Filipinas⁸, hoy cabe afirmar que, por razones históricas el Cc de 1949 deriva inmediata o mediatamente del Ccesp de 1889,

4 Zweigert, K. y Kötz, H. *Introducción al Derecho comparado* (trad. esp. de A. Aparicio Vázquez de la 3ª ed. inglesa de 1998). México (2002): Oxford University Press México, 113 ss.

5 Zweigert, K. y Kötz, H. *Introducción al Derecho comparado*, cit., 118.

6 Zweigert, K. y Kötz, H. *Introducción al Derecho comparado*, cit. 123 ss.

7 Zweigert, K. y Kötz, H. *Introducción al Derecho comparado*, cit. 123.

8 Son de reciente publicación, por obra de varios autores, las *Lecciones de Derecho Comparado*. Castellón (2002), y en ella, al describir la codificación francesa y los sistemas influidos por ella (p. 39 ss.) guardan absoluto silencio a propósito del Cc filipino.

si bien puede considerarse en realidad como un sistema mixto ya que- debido probablemente a la influencia norteamericana - ha modificado expresamente el sistema de fuentes admitiendo el *stare decisis* (art. 8)⁹.

Históricamente hay que partir el hecho indiscutible de que el Cc de 1889 entró a regir en las Islas Filipinas con anterioridad a la ocupación norteamericana, conservando su vigencia las autoridades de ocupación, situación que se prolongó hasta que el país logró su independencia después de la IIª GM. Mientras tanto se produjo una relación fluida entre los Tribunales Supremos de España y Filipinas, de modo que estos últimos conocieron y aplicaron la doctrina jurisprudencial española. Durante la cuarta sesión de la primera legislatura del Congreso de la República de las Islas Filipinas, se aprobó la Ley n° 386, de 18 junio 1949, estableciendo *The Civil Code of the Philippines*. Consta de 2275 arts. divididos en cuatro Libros, que tratan respectivamente, de las siguientes materias: I. *Persons*. II. *Property, ownership, and its modifications*. III. *Different modes of acquiring ownership*. IV. *Obligation and contracts*.

El texto legal contiene una guía de abreviaturas hartamente ilustrativa: La letra *n* significa que se trata de un artículo, sección, capítulo o título que no figuran en el *old civil code*. La letra *a* significa que ha sido objeto de enmienda. Mientras que si al final aparece el número de un artículo del Cc español, ello significa que se le ha conservado literalmente. Compruebo así, a modo de ejemplo, que en el Título preliminar, cap. 1º, dedicado al efecto y aplicación de las leyes hay cinco arts. nuevos, tres de igual redacción y diez que suponen modificaciones. Las referencias se hacen a la redacción original del Cc de 1889, de modo que la reforma española de 1973 no está por razones cronológicas recogida. Elijo, al azar, la institución de la novación (arts. 1203 a 1213 del Cc esp. no modificado nunca, y arts. 1291 a 1304 del Cc filip), con el siguiente resultado: hay cuatro arts. nuevos, seis arts. modificados y cuatro de igual redacción; la conclusión es que en una materia clásica de obligaciones, las novedades legislativas absolutas no llegan a la tercera parte de la normativa, siendo ampliamente mayoritario (10 de 14 preceptos) el origen directo o indirecto en el modelo español.

El ordenamiento civil filipino tiene raíces en el sistema español (permitiendo ello ser calificado de subsistema) y, por tanto, motivos para pertenecer a la amplia familia romano-germánica-canónica. Al mismo tiempo ha recibido, además de su derecho primigenio, el impacto del *Common Law* durante la ocupación norteamericana, por lo que ha de calificarse también de sistema mixto, al igual que ocurre con otros países (Puerto Rico, Québec, Louisiana). Esa posición, en cierto modo intermedia, le otorga sin duda un privilegiado observatorio jurídico para elegir lo mejor, a la hora de legislar para el futuro.

9 *Judicial decisions applying or interpreting the laws or the Constitution shall form a part of the legal system of the Philippines.*

No creo necesario extenderme más. Mi propósito es llamar la atención sobre ese *gran desconocido Cc filipino* que adoptó como modelo el nuestro en 1949, y no ha renunciado al mismo, y convocar singularmente a los civilistas de ambos países (y a todos en general) a un eventual trabajo comparativo¹⁰. Los beneficios pueden ser recíprocos. Previamente habrá que dar a conocer en cada uno el ordenamiento jurídico del otro, con ineludible extensión a la doctrina y a la jurisprudencia respectiva, establecer vínculos universitarios, con intercambio de profesores y alumnos. Por otra parte y a través de España, el Derecho comunitario puede ser más accesible para las Islas Filipinas, sin perjuicio de las relaciones jurídicas internacionales que este país mantenga con los países de su entorno.

V. POSIBLES TEMAS DE ASPECTOS O ESTUDIOS COMPARATIVOS.

El cap. 2º del Título preliminar, bajo el enunciado de *Human Relations*, trata en realidad de la materia de los derechos de la personalidad y, con mayor amplitud, de los Derechos de la persona humana. El Ccflip en cierto modo fue un código precursor. Cabría comparar los resultados de su aplicación jurisprudencial en Filipinas con los obtenidos en España después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y su Tít. I, que originó una legislación específica y amplia jurisprudencia del TC y del TS.

En materia de Derecho de Familia, pueden seleccionarse muchos temas:
Sistema matrimonial (art. 92 Ccflip);
Régimen económico matrimonial (Tít.VI, Libro I, arts. 118 ss.);
Paternidad y filiación (Tít.VIII, Libro I. Ccflip);
Alimentos (Tít. IX libro I Ccflip);
Patria potestad y protección y cuidado de los menores (Tit. XI y XII, Ccflip);
Adopción (arts. 334-348 Ccflip);

El Registro Civil ha sido profundamente reformado en España en 2011, mediante una ley que entrará en vigor en junio 2014. Puede interesar en Filipinas conocer el nuevo sistema que se va a estrenar en la península, resultado de la aplicación de nuevas tecnologías.

En materia de contratos en particular pueden elegirse como temas de estudio comparativos los de mayor importancia, doctrinal y práctica, en ambos países (*ad exemplum*: compraventa, arrendamiento, préstamo, mandato, sociedad civil, etc). Especialmente el llamado Derecho de protección de consumidores que interesa transversalmente al Derecho civil y también al mercantil, administrativo etc. Puede

10 Mientras existió en Madrid el Instituto de Cultura Hispánica, hubo un flujo constante de Licenciados en Derecho filipinos que se doctoraron en la Universidad Complutense. Ignoro si sigue habiéndolo todavía al desaparecer aquél.

ser útil para las Islas Filipinas conocer el nacimiento, desarrollo y estado actual del Derecho de consumo comunitario, aplicado y desarrollado plenamente en España.

El campo de la responsabilidad civil extracontractual (*Quasi-delictis*, arts. 2176-2194), aunque se conservan en mayor o menor medida los arts. 1902, 1903, 1905, 1907, 1908, 1909 y 1910 del Ccesp, es quizá una de las materias civiles más desarrollada en España mediante una interpretación judicial progresiva, con frecuencia ratificada por nuevas normas especiales, y apta para comparar decisiones avanzadas.



EN TORNO A LA NOCIÓN DE GRUPO DE SOCIEDADES Y SU
DELIMITACIÓN EN EL ÁMBITO ESPAÑOL Y EUROPEO

AROUND THE CONCEPT OF COMPANIES GROUP AND THEIR
LIMITS IN SPANISH AND EUROPEAN LEVEL

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 76-97



Pablo
GIRGADO
PERANDONES

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de diciembre de 2013
ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: El ordenamiento español y comunitario carecen de una regulación específica para los grupos de sociedades. Al igual ocurre con la noción de grupo, si bien es cierto que, habitualmente, se reconoce el papel central que cumple la normativa sobre consolidación de cuentas y, en el caso, español, la referencia al art. 42 del Código de comercio. En el trabajo, se analiza críticamente los elementos que componen la noción de grupo, destacando, especialmente, la función esencial que desempeña la dirección unitaria en la determinación de la existencia de un grupo de sociedades.

PALABRAS CLAVE: Derecho español y europeo de sociedades, grupos de sociedades, noción.

ABSTRACT: The Spanish legislation and of the European Union they lack a specific regulation for the groups of companies. It happens to the equal one with the group notion, although it is true that, usually, there is recognized the central role that represents the regulation on account consolidation and, in the Spanish case, the article 42 of the Code of commerce. In this article, the author analyses critically the elements that compose the group notion, emphasizing, especially, the essential function that redeems the unitary direction in the determination of the existence of a group of societies.

KEY WORDS: Spanish and EU company law, groups of companies, concept.

SUMARIO: I. La importancia de precisar la noción de grupo de sociedades.- II. Los elementos delimitadores de la noción de grupo.- 1. La pluralidad de sujetos que lo integran y la ausencia de personalidad jurídica.- 2. El medio o instrumento empleado como nexo de unión.- 3.- La dirección unitaria.- III. La noción de grupo en la legislación vigente española.- 1. El control como opción legislativa.- 2. La formulación en las Propuestas de Código de Sociedades Mercantiles (PCSM) y de Código Mercantil (PCM).- IV. La existencia de una noción de grupo en el ámbito de la Unión Europea.- V. Perspectivas de futuro.

I. LA IMPORTANCIA DE PRECISAR LA NOCIÓN DE GRUPO DE SOCIEDADES

Es lugar común en los estudios sobre los grupos de sociedades poner de manifiesto la ausencia de una regulación específica y suficiente para atender a esta realidad empresarial¹. Sin entrar a valorar las consecuencias del abandono legislativo, sí es frecuente la concurrencia de referencias dispersas sobre los grupos en varios sectores del ordenamiento -no sólo societario, sino también tributario, contable, bursátil, concursal, entre otros- en las que suele destacar el intento de dar una noción del mismo². Sin embargo, la noción o, mejor dicho, la técnica de delimitación empleada en cada caso por el legislador ofrece diversas cuestiones que es preciso analizar (a continuación).

Antes de entrar en dicha valoración, conviene resaltar la importancia sustancial que desempeña la delimitación de una noción de grupo³. Así, la noción nos permite distinguir el fenómeno del grupo respecto de otras figuras afines e incluso respecto de aquellas situaciones en que aún no exista grupo, bien porque está en una fase formativa bien porque no sea la voluntad de los afectados. Igualmente, nos sirve para reconocer la diversidad de modos de articulación del grupo y, por ello, su

1 No obstante, cabe reconocer la regulación específica al fenómeno de los grupos de sociedades por algunos ordenamientos jurídicos nacionales. Entre otros, y por desempeñar un papel destacado, tanto doctrinal como judicialmente, cabe destacar al Derecho alemán, pionero en la materia [arts. 291-338 *Aktiengesetz* de 6.9.1965; hay traducción al español, con estudio preliminar por J. M. Embid Irujo. *Ley alemana de sociedades anónimas* Madrid (2010): Marcial Pons]; con una menor atención por el Derecho comparado, v. también las regulaciones brasileña (arts. 265-277 *Lei das sociedades por ações*, n° 6.404 de 15 de diciembre de 1976) y la portuguesa (arts. 481-508 *Código das Sociedades Comerciais*, aprobado por Decreto-Ley n° 262/86 de 2.9.1986).

2 Sobre esta diversidad en el caso español, v. nuestra monografía *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*. Granada (2001): Comares.

3 Embid Irujo, J. M. "Grupos de Sociedades", en AA.VV. *Introducción al derecho de sociedades de capital: estudio de la Ley de sociedades de capital y legislación complementaria* (dir. J. M. Embid Irujo). Madrid (2013): Marcial Pons, 414.

• Pablo Girgado Perandones

Profesor titular de Derecho mercantil en la Universidad Rovira i Virgili (Tarragona, España). Autor de diversas monografías y artículos en revistas y obras colectivas españolas y extranjeras. Dirige el área de Derecho mercantil en la citada Universidad desde 2007 y un grupo de investigación en materia de seguros.

adecuación a las necesidades organizativas de la empresa en el entorno globalizado actual.

Por otro lado, la delimitación de una noción de grupo revela el interés del legislador por la figura y, simultáneamente, por la protección de los diversos intereses afectados en su manifestación en el mercado. En la concurrencia de esos intereses y en la delimitación que el propio legislador hace del fenómeno del grupo puede observarse -como iremos señalando- no sólo intereses ajenos o externos al propio grupo sino también la presencia de los intereses que lo integran. Todo ello es lo que en alguna ocasión hemos mencionado como legitimidad del grupo y, por tanto, de su interés⁴.

En la búsqueda de un concepto de grupo y, en general, de su naturaleza jurídica parece oportuno reconducir su estudio hacia lo que se conoce como "esencia funcional" del grupo, más proclive a ofrecernos una visión realista del mismo, en detrimento de su "esencia estructural" y de la búsqueda de una dimensión subjetiva, de la que -desde una perspectiva de personalidad jurídica- carece⁵. La importancia del elemento funcional para determinar la noción de grupo conecta con el análisis funcional -en lugar del estructural- de la empresa, implicando el grupo la necesidad de resaltar el primero sobre el segundo⁶.

Por otro lado, y antes de analizar los diversos elementos componentes del grupo de sociedades, conviene plantearse, al menos brevemente, una serie de cuestiones previas. Así, y desde una perspectiva de política jurídica, es necesario elegir entre las siguientes alternativas de una futura regulación:

1ª) entre una noción legal o no;

2ª) entre un concepto general para todo el ordenamiento o un concepto específico para cada rama jurídica;

3ª) entre una noción legislativa y detallada del grupo o establecer un mecanismo legislativo de presunciones (*iures et de iure, iuris tantum*).

Según la primera alternativa, hemos de elegir entre configurar una noción legal de grupo de sociedades o, por el contrario, dejar que tal misión sea asumida por la doctrina, con la colaboración de otros ámbitos como el judicial. En la primera

4 V. nuestro trabajo *La empresa de grupo*, cit., 259-271.

5 V. Embid Irujo, J. M., referencia en "Ante la regulación de los grupos de sociedades en España". *Revista de Derecho Mercantil (RD/M)* (2012). 284º, 33, citando a Maugeri, M. *Partecipazione sociale e attività di impresa*. Milán (2010): Giuffrè, 2010, 4.

6 Como indicaba el maestro B. Libonati -*Corso di diritto commerciale*. Milán (2009): Giuffrè, 165- en referencia a la relación entre el contrato de sociedad y el acto constitutivo, reconoce, refiriéndose a la sociedad unipersonal, que implica la necesidad de acentuar la reflexión sobre el perfil funcional del fenómeno asociativo, "... che poi governa, per le sue esigenze, lo stesso momento genético".

opción, cabe destacar el caso paradigmático del Derecho alemán (§ 18 AktG), cuya importancia es trascendental en dicho ordenamiento y en su aplicación —y extensión— por los tribunales⁷. Entre los ordenamientos correspondientes a la segunda, y que carecen de una regulación completa del fenómeno de los grupos, podemos reseñar el caso español, sin menoscabo de que la doctrina valore que algún precepto concreto cumple tal función [en concreto, el art. 42 del Código de Comercio, al que nos referiremos más adelante]⁸.

Previamente, no podemos dejar de reseñar, junto a la atención legal al fenómeno de los grupos de sociedades, existe planteamientos que valoran como suficiente un tratamiento judicial⁹. Asimismo, en caso de que se elija la regulación de los grupos de sociedades como alternativa más idónea, también se puede analizar qué es mejor si una regulación minuciosa —rules— o simplemente el establecimiento de unos principios a seguir por los operadores económicos interpretables por los tribunales de justicia —standards—¹⁰. Criterio este último que parece recoger como orientación europea tanto el *Informe Winter* como el *Plan de Acción*, al que prestaremos atención más adelante¹¹.

En cuanto a la segunda cuestión, el ordenamiento jurídico español no presenta una noción única de grupo para todo el ordenamiento jurídico sino que varía según el sector objeto de su atención, empleando habitualmente para ello un criterio cerrado conforme a la expresión: “a los efectos de la presente ley”¹². No obstante, el propio legislador y la doctrina así lo ha reconocido ha optado por reconocer al art. 42 Cdc tal función [anteriormente se había planteado también ese papel en el art. 4 de la Ley del Mercado de Valores (LMV)]¹³.

Conforme a la tercera cuestión, se puede dar una noción o se puede optar, como hace nuestro ordenamiento por recurrir a una serie de presunciones en que

7 Sobre el mismo, v. por todos Emmerich, V. “§ 18 AktG”, en Emmerich, V.; Habersack, M. *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*. 6ª ed. Munich (2010): C. H. Beck, 64-80.

8 V. *infra* capítulo III. I.

9 En este sentido, poniendo la atención a este *Derecho judicial de los grupos*, ya se manifestaba hace tiempo M. Lutter. *Forum internationale* (1983). I, núm. 1 [citado por Hopt, K. J. “Derecho de grupos de sociedades: la perspectiva europea”, en Hopt, K. J. *Estudios de Derecho de sociedades y del mercado de valores*. Madrid (2010): Marcial Pons, 239, nota 55]. Más reciente, la posición favorable de Rossi, G. “Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere”, en AA.VV. *I gruppi di società*, vol. II. Milán (1996): Giuffrè, 17.

10 Sobre esta cuestión, desde la perspectiva de la eficiencia de uno y otro mecanismo, v. Denozza, F. “Rules vs. standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni virtuali”, *Giurisprudenza Commerciale* (2000). 3º, 327-338.

11 V. *infra* capítulo IV. Más, en detalle, Embid Irujo, J. M. “Ante la regulación de los grupos”, cit., 61-63.

12 Este recurso se puede ver, entre otros, en los arts. 4 Ley del Mercado de Valores (LMV), art. 42 Cdc (antes de su modificación en el año 2003), art. 78 Ley del Impuesto de Sociedades y en el reciente art. 18 LSC.

13 Especialmente, v. Rojo Fernández-Río, A. “Los grupos de sociedades en el Derecho español”, en AA.VV. *I gruppi di società*, vol. I. Milán (1996): Giuffrè, 470, quien, mas adelante, resalta la preferencia del Código de Comercio como “ley general mercantil” (*ibidem*, pág. 472, nota 32). Al respecto, v. Duque Domínguez, J. F. “El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español”, en AA.VV. *Libro Homenaje al profesor F. Sánchez Calero*, vol. V. Madrid (2002): Mc Graw Hill, 5303-5322.

se entiende que exista grupo de sociedades. El juego de las presunciones puede referenciarse a la existencia o no del grupo, o bien a la concurrencia o no de uno de sus elementos. Por lo que respecta a nuestro ordenamiento, se recurre a las presunciones de control en una serie de supuestos determinados (así, destacan los derechos de voto o la facultad de nombrar a los miembros del órgano de administración).

Sobre estos temas trataremos, a continuación, tanto desde la perspectiva del legislador español como del comunitario.

II. LOS ELEMENTOS DELIMITADORES DE LA NOCIÓN DE GRUPO

El fenómeno de los grupos es una realidad dinámica con un proceso continuado de cambio y de adaptación a las necesidades empresariales¹⁴. No obstante, el grupo de sociedades presenta una serie de elementos que lo caracterizan, sin menoscabo de que éstos se puedan presentar de forma diversa. Por ello, analizaremos brevemente tales elementos y sus características más relevantes¹⁵:

I. La pluralidad de sujetos que lo integran y la ausencia de personalidad jurídica

La unidad en la pluralidad de sujetos con personalidad jurídica caracteriza al grupo de sociedades (*elemento subjetivo*)¹⁶. Dentro de la pluralidad de sujetos, las sociedades de capital han representado un papel predominante entre los elementos subjetivos que lo componen y como forma, normalmente, preferida por los operadores económicos. Sin embargo, el grupo no está limitado únicamente a tales supuestos; así, es frecuente su recurso en el ámbito de las sociedades de base mutualista (especialmente, las cooperativas), y, actualmente, despierta un gran interés por los especialistas la participación de formas no asociativas para integrar un grupo de sociedades (en concreto, el papel que pueden desempeñar las fundaciones)¹⁷. Esta pluralidad revela, una vez más, el carácter de empresa multiforme que tienen el grupo y que caracteriza su éxito en su elección como forma empresarial preferida por la mayoría de los operadores económicos.

14 Sobre la visión dinámica del grupo de sociedades, v. por todos Embid Irujo, J. M. *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios: la tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y de grupo*. Madrid (1987): Ministerio de Justicia-Centro de Publicaciones, 27.

15 Sobre esta cuestión, v. nuestro trabajo *La empresa de grupo*, cit., 140-144.

16 Sobre la cuestión, v. el trabajo de Bälz, U., "Einheit und Vielheit im Konzern", en AA. VV. *Festschrift für Ludwig Raiser*. Tübinga (1974): J.C.B. Mohr, 287-338, y de Teubner, G., "Unitas Multiplex". *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR)* (1991), 189-217.

17 En este tema, v. Embid Irujo, J. M.: "La inserción de una fundación en un grupo de empresas: problemas jurídicos". *RDM* (2010), 278, 1373-1399; del mismo autor, "Grupos y derecho de fundaciones", en AA. VV. *Os grupos de sociedades. Organização e exercício da empresa* (dir. D. B. Gomes de Araujo y W. J. Warde Jr.). São Paulo (2012): Saraiva, 369-392.

2. El medio o instrumento empleado como nexo de unión

El medio o instrumento empleado como nexo de unión para conseguir dicho fin (*elemento objetivo o instrumental*) puede aparecer revestido de diversa naturaleza jurídica (real, obligacional o personal)¹⁸, tanto de forma individual como conjunta. Se trata de instrumentos conducentes a la obtención de una dirección unitaria por la matriz del grupo, procedentes de diversos ámbitos, desde el acuerdo de voluntades entre las partes a la adquisición del control de una sociedad por otras, pasando por la concurrencia en una misma persona del cargo de dirección en varias sociedades jurídicamente independientes.

Los instrumentos de naturaleza contractual se articulan a través de la conclusión de un contrato de grupo, que ofrece dos posibilidades: en la primera, la toma de decisiones se adopta de forma coordinada entre todos los firmantes del contrato (grupo por coordinación); en la segunda, los miembros del grupo se someten a las decisiones de una de ellas que asume el papel de sociedad dominante y cabeza del grupo (grupos por subordinación)¹⁹. Esta segunda opción está presente en los países que han regulado específicamente el grupo de sociedades (como los ya mencionados, Alemania, Brasil, Portugal), pero es discutible su admisibilidad en los países que carecen de una regulación específica²⁰. En este sentido, parece difícil admitir que una sociedad se someta a las decisiones a adoptar por otra sin que exista mecanismos jurídicos específicos que lo reconozcan y que, simultáneamente, establezcan medidas tuitivas de los diversos intereses afectados por la pérdida de autonomía²¹.

Respecto de los grupos paritarios o por coordinación, tampoco cabe eludir la discusión sobre su consideración como grupo²². La ausencia de un control de una sociedad sobre otras, la autonomía de decisión que conservan las sociedades que lo integran, representan factores de riesgo para el mantenimiento de la “unidad de decisión”. No obstante, la dirección unitaria queda, en nuestra opinión, firmemente asentada sobre el contrato de constitución de grupo que han firmado todos sus componentes, sin perjuicio de que sea sobre la base de un principio de igualdad y no de dominación como en los grupos jerárquicos. Sin menoscabo de la atención

18 Antunes, J.A.E. *Os grupos de sociedades*. 2ª ed. Coimbra (2003): Almedina, 49-68.

19 Al respecto, conviene distinguir cuándo el acuerdo implica el nacimiento de una relación de dominio o cuándo supone un modo de “legalizar” una situación preexistente de control respecto de las demás entidades que integran el grupo. En el caso alemán, la regulación jurídica de los grupos tenía por objeto poner de manifiesto esta realidad empresarial previa.

20 Sobre el debate sobre su admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico, v. Embid Irujo, J. M. *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*. Granada (2003): Comares, en especial el capítulo titulado “La construcción jurídica del grupo: el contrato de constitución del grupo en el Derecho español”, 51-100.

21 Sobre la cuestión, v. más en detalle nuestro trabajo *La empresa de grupo*, cit., 167-179.

22 Entre nosotros, v. en contra de su admisibilidad Massaguer, J. “La estructura interna de los grupos de sociedades (aspectos jurídico-societarios)”. *RDM* (1989). 192º, 281-282. A favor, Embid Irujo, J. M. *Introducción al Derecho de grupos*, cit., 59.

a otras figuras, por su interés destaca el papel que pueden desempeñar en sede de cooperativas dos instrumentos: uno es el de las llamadas cooperativas de segundo grado como mecanismo de integración –desde la perspectiva coordinadora- de diversas sociedades cooperativas²³. Y el otro es el llamado *grupo cooperativo*, que el legislador español atiende en el art. 78.l LCoop, aportando una noción más completa de grupo –como tendremos ocasión de analizar más adelante-, pues nos trae a colación, como elemento determinante de la existencia de grupo, la “unidad de decisión” que ejerce una de las sociedades, cabeza del grupo.

Otro de los instrumentos empleados para la integración en un grupo son los de naturaleza real, en concreto se refiere a la adquisición de participaciones en otra sociedad. Se trata del supuesto más frecuente y preferido por los operadores económicos, especialmente en los grupos por subordinación –e integrado por sociedades de capital), porque permite eludir los inconvenientes y dificultades que presentan los otros instrumentos mencionados. Así, esta *herramienta* jurídica representa el paradigma de articulación de los grupos jerárquicos²⁴.

Los vínculos de naturaleza real se perfilan, en la mayoría de los casos, a través de la participación de una sociedad en otra hasta alcanzar una posición de dominio. Sin embargo, la adquisición de tal dominio interesa desde la perspectiva de los derechos políticos más que de los económicos. En tal sentido, el dominio se puede obtener por diversos mecanismos, en los que no es tan relevante la titularidad de una posición jurídica en la sociedad como el control sobre la propia sociedad. Y, a partir de este concepto de control²⁵ –diferente a la noción de dominio, pero interrelacionadas por la misma finalidad: asumir el poder de una sociedad-, se construye el instrumento necesario sobre el que se ejerce la dirección unitaria en los llamados grupos fácticos. Es la insuficiencia al intentar alcanzar una noción jurídica de dominio y las dificultades para comprender dentro de ella los diversos mecanismos necesarios de una posición predominante en otra sociedad, los que explican el recurso a conceptos procedentes del mundo económico como lo es el control como criterio de delimitación de los grupos fácticos²⁶.

El caso paradigmático del recurso a la noción de “control” en la delimitación del grupo de sociedades se encuentra en la contabilidad de sociedades donde desempeña un papel clave. La exigencia de una mayor transparencia en la contabilidad

23 En el ordenamiento español, v. art. 77 Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (en adelante, LCoop). Sobre el tema, en la doctrina, v. Alfonso, R. *La integración cooperativa y sus técnicas de realización: la cooperativa de segundo grado*. Valencia (2000): Tirant lo Blanch.

24 Duque, J. F. “Concepto y significado institucional de los grupos de empresas”, en AA.VV. *Libro-Homenaje a Ramón María Roca Sastre*, T. III. Madrid (1976): Colegio Notarial, 532-533.

25 El concepto de control es económico y de difícil delimitación jurídica. No obstante, desempeña una función muy práctica a la hora de determinar las situaciones en que una sociedad es dirigida desde otra. Para una visión completa del citado precepto, v. en Derecho comparado el trabajo de M. Lamandini. *Il controllo. Nozioni e tipo nella legislazione economica*. Milán (1995): Giuffrè.

26 V. Girgado, P. *La empresa de grupo*, cit., 185-192.

de las sociedades que integran un grupo conduce al establecimiento de un régimen de consolidación global. Con tal fin, las directivas comunitarias recurren al control como elemento delimitador del perímetro de consolidación. Así, lo hace nuestro legislador que, a través del art. 42 Cdc determina que existe un grupo de sociedades "... cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras".

A continuación, la nueva dificultad con la que se enfrenta el legislador deriva de la necesidad de determinar que se entiende por "control". La complejidad que implica tal búsqueda explica que se prefiera adoptar recurrir a un sistema de presunciones. La adopción de tal medida supone –cabe reconocerlo- una mayor seguridad. Así, en el caso español, se presume que existe control cuando una sociedad -calificada como dominante-, se encuentre en relación con otra sociedad –calificada como dependiente- en alguna de los siguientes supuestos (art. 42.I Cdc):

- la posesión de la mayoría de los derechos de voto.
- la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- la disposición, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- la designación con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores²⁷.

Como se observa en los supuestos señalados por el legislador español se da cabida no sólo a las vías de naturaleza real, sino también a los de naturaleza obligacional o personal²⁸. Además, el legislador no opta por dar una noción sino que prefiere fijar una serie de supuestos presuntivos de su existencia; es decir, se puede considerar que el control no se plantea como concepto sino como tipo²⁹. Esta respuesta a la incapacidad de alcanzar una noción unitaria del acusado polimorfismo

27 En este último apartado, el legislador vuelve a recurrir al sistema de presunciones, de manera que entiende que tal circunstancia –el nombramiento de los administradores- concurre cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta.

28 Como se desprende de una atenta lectura, se pone término a un proceso, inicialmente planteado como adquisición del dominio (de naturaleza real), y que en la redacción legislativa ya no es tan importante la titularidad de las acciones o participaciones, sino el ejercicio de los derechos de voto en la Junta General y la capacidad de decisión en el órgano de administración (derecho a nombrar administradores, administradores coincidentes en varias sociedades, *interlocking directorates*); en definitiva, lo importante es la adquisición del control. Más, en detalle, sobre la delimitación del concepto de control en el legislador español v. nuestro trabajo *La empresa de grupo*, cit., 186-199.

29 Más en detalle sobre esta cuestión, v. el trabajo de M. Lamandini. *Il controllo*, cit.,

del grupo, y, de tal modo, analizar el control desde una perspectiva tipológica, plantea algunas cuestiones que es conveniente poner de manifiesto.

Por un lado, el legislador determina que tal presunción funciona de forma absoluta –“... se presumirá que existe control”- haciendo equivalente, en los supuestos mencionados, el control efectivo con el potencial. Por otro, el legislador incurre en la equiparación entre control y grupo, siendo indiferente que el primero sea efectivo o potencial. Así, el precepto señala que existe un grupo “cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras” sociedades (art. 42.1 2º párr. Cdc).

Desde la perspectiva del grupo, parece más correcto reconocer el carácter relativo de tales presunciones de control, facilitando la posibilidad de ser rebatidas³⁰. En realidad, el control sólo sirve para constatar la existencia de un dominio, de la facultad de un sujeto sobre otro; en cambio, en el grupo preside una dirección unitaria que se apoya en otra función como la de organización –dirección-empresarial conforme a un plan. Esta solución legislativa y la consiguiente crítica que formulamos no se reduce a nuestro ordenamiento, sino que también tiene lugar en otros ordenamientos nacionales de la Unión europea³¹.

Como se desprende de una atenta lectura, se pone término a un proceso, inicialmente planteado como adquisición del dominio (de naturaleza real), y que en la redacción legislativa ya no es tan importante la titularidad de las acciones o participaciones, sino el ejercicio de los derechos de voto en la Junta General y la capacidad de decisión en el órgano de administración (derecho a nombrar administradores, administradores coincidentes en varias sociedades, *interlocking directorates*); en definitiva, lo importante es la adquisición del control.

3. La dirección unitaria

La unidad de dirección o dirección económica unificada (*elemento finalista*) se trata de un concepto de enorme dificultad de incorporación a una norma positiva³². Como antes hemos indicado, esta dificultad explica la formulación –en el caso español- del art. 42 Cdc y su apelación al control como instrumento de delimitación y al juego de presunciones. La dirección unitaria se presenta como

30 En idéntico sentido, Embid Irujo, J. M. “Grupos de sociedades”, cit., 418-419.

31 Como en el caso italiano, al que nos referiremos más adelante en el último epígrafe, también se formulan críticas a esta equiparación automática entre grupo y control. Entre muchos, v. Montalenti, P. “I gruppi di società”, en AA.VV. *Le società per azioni*. Milán (2010): CEDAM, 1034. El control no implica necesariamente grupo sino que puede derivarse de otras circunstancias, y ello le hace aplicable determinada normativa (entre otras, la contable con respecto a la consolidación). Para reconocer que nos encontramos ante un grupo es preciso otro elemento, “*l’attività di direzione e coordinamento di società*”. Su concurrencia implica la aplicación de un régimen específico, el del grupo, que en el Derecho italiano se sustancia en el art. 2497 CCivile. Otra cuestión es que la existencia del control pueda servir para presumir la existencia de aquella actividad de dirección y coordinación.

32 Embid, J. M. “Ante la regulación de los grupos”, cit., 284.

elemento operativo y aglutinante del grupo y -como se reconoce por la mayoría de la doctrina- asume la consideración de elemento decisivo en la configuración de un grupo de sociedades³³. Su alcance es muy diverso y ofrece una amalgama amplia de resultados, que nos permite comprender dentro de él diversas situaciones que van desde el grupo jerárquico o subordinado al coordinado u horizontal, así como la diversidad de grados: desde un grupo altamente centralizado a uno plenamente descentralizado.

En cuanto al contenido de la dirección unitaria, con frecuencia, se alude a la necesidad de un núcleo básico en la unidad de dirección que, al menos, habría de contemplar la financiación de todo el grupo y la existencia de una política común de personal³⁴. La incorporación a este núcleo básico de otros parámetros empresariales no afecta al reconocimiento del grupo, sino al mayor o menor margen de autonomía de las sociedades que lo integran. Este diferente grado de autonomía tiene su plasmación en la antes mencionada clasificación entre grupos centralizados y descentralizados. En tal caso, el mayor o menor grado de libertad puede repercutir sobre el alcance de la responsabilidad de la matriz por las actuaciones de sus filiales.

III. LA NOCIÓN DE GRUPO EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE ESPAÑOLA

I. El control como opción legislativa

La ausencia de un régimen jurídico completo de los grupos de sociedades impide que se pueda afirmar, *stricto sensu*, la existencia de un concepto legal de grupo de sociedades. No obstante, sí es cierto que la mayoría de las normas que se refieren al grupo -y de forma destacada el art. 18 de la Ley de Sociedades de Capital LSC- se remite al art. 42 Cdc para delimitar que se ha de entender por grupo de sociedades³⁵. En tal sentido, en la doctrina se ha reconocido la función integradora que desempeña tal precepto como consecuencia de la frecuencia de tales remisiones, especialmente si tenemos en cuenta referencias como la del art. 4 LMV, que, hasta su modificación, se había presentado como alternativa³⁶. Así, cuando

33 No obstante, en contra de tal significado de la dirección unitaria, v. Manóvil, R. M. *Grupos de sociedades en el Derecho comparado*. Buenos Aires (1998): Abeledo-Perrot, 418.

34 Embid, J. M. "Ante la regulación de los grupos", cit., 284.

35 En algunas ocasiones, el legislador hace una remisión expresa al art. 42 Cdc; en otras, recurre a la expresión "A los efectos de esta ley, se entiende por grupo ...". En nuestra opinión, el uso -y abuso- de esta última técnica legislativa nos parece ciertamente discutible.

36 Como es sabido, este cambio legislativo afectó a la noción doctrinal del grupo de sociedades, que se basaba en la dirección económica unificada como patrón determinante de la existencia de un grupo, lo que implicaba un ámbito operativo más limitado, ya que dejaba al margen las situaciones en que el control se presentaba como una mera facultad (el ejemplo paradigmático era el art. 4 LMV, antes de su reforma legislativa). Por ello, la redacción del art. 42 Cdc en la reforma de 2003 se calificó como "unificación de conceptos" en materia de grupos, v. Embid Irujo, J. M. "Los grupos de sociedades en Derecho comunitario y en Derecho español", en AA. VV. *Derecho de grupos de sociedades* (coord. A. Morles y I. De Valera). Caracas (2005): Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 380.

algún precepto contempla la figura de los grupos se remite al art. 42 Cdc a los efectos de delimitar su significado³⁷.

Por otro lado, no deja de llamar la atención que el art. 42 Cdc haya sido objeto de diversas reformas, que conviene brevemente mencionar. A finales de 2003³⁸, la reforma del art. 42 Cdc supuso un cambio relevante en el planteamiento doctrinal sobre el concepto de grupo, pues cambió el criterio anterior que fijaba el control como criterio determinante de la existencia del grupo. La reforma, con una mejor conceptualización del grupo, se fundamenta en el reconocimiento como elemento clave de la dirección económica unificada, es decir, la “unidad de decisión”³⁹.

Sin menoscabo del significado positivo que este cambio supuso en la conceptualización del grupo de sociedades, no se puede olvidar el ámbito de aplicación del citado precepto, que no es otro que la determinación del perímetro de consolidación de cuentas⁴⁰. El citado precepto imponía al grupo –en concreto, a la sociedad dominante- la obligación de consolidación de cuentas y del informe de gestión, aparte de la obligación de cada sociedad de rendir cuentas.

No obstante, este criterio varía de nuevo en 2007, en la redacción actualmente vigente. En esta ocasión, y aunque no había un mandato específico del legislador comunitario, se aprovecha la reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea (Ley 6/2007, de 4 de julio) para dar una nueva redacción al precepto⁴¹. En esta ocasión, y siguiendo la orientación de Propuesta como la antes mencionada del *Forum Europaeum*, se recupera el criterio del control como

-
- 37 El citado precepto procede de las Directivas comunitarias sobre consolidación de cuentas anuales, cuya función de información pretendía que no sólo se limitara a la empresa *individual* sino también la empresa *de grupo*, pero no como una suma de las empresas que lo integran sino como una unidad. En este sentido, el criterio de delimitación del grupo no se centró en la “dirección unitaria” –como ocurre en los países que regulan el grupo, caso alemán- sino desde la situación de “control” –concepto procedente del Derecho inglés. Sin menoscabo, de tal opción, se reconocía a los países miembros un “derecho de opción” para aplicar este criterio a otras situaciones como la de la dirección unitaria (criterio seguido en el Derecho alemán y que, inicialmente, también adoptó el legislador español).
- 38 La citada reforma –Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social- sirve para incorporar al ordenamiento español la Directiva 2001/65, de 27 de septiembre y el Reglamento n° 1606/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de julio de 2002, relativo a la aplicación de las normas internacionales de contabilidad [NIC/ NIIF]. Sobre la reforma desde la perspectiva de los grupos, v. Embid Irujo, J. M. “Una propuestas para la regulación de los grupos de sociedades en el ordenamiento jurídico español”, en AA. VV. *La modernización del Derecho español de sociedades de sociedades de capital*, T. II. Cizur Menor (2011): Aranzadi, 429.
- 39 La redacción del art. 42.1, entonces vigente, indicaba en su segundo párrafo que: “Existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión”; posteriormente, el precepto detallaba una serie de supuesto en que se presumía dicha unidad.
- 40 Como indica Duque Domínguez, J. F. “El concepto de grupo”, cit., 5312, cumple “una función de *información* para los accionistas, para los *acreedores* y para los *terceros en general*”.
- 41 Para un análisis detallado de la reforma del art. 42 Cdc, v. Embid Irujo, J. M. “Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español. *Revista de Derecho de Sociedades (RdS)* (2008). 30°, 19.

elemento delimitador de la existencia de un grupo, marginando el de la unidad de dirección.

Recientemente, el legislador no sólo no ha rectificado esta “revisión” del grupo sino que parece confirmarla con la nueva LSC, conforme a la cual, se considera que, a los efectos de esta ley, existe grupo de sociedades cuando concurre alguno de los supuestos establecidos en el art. 42 Cdc (art. 18 LSC).

Sin menoscabo de este paso atrás que implica la orientación del legislador en el art. 42 Cdc, nos parece aún más discutible la técnica legislativa empleada en la redacción del art. 18 LSC⁴². Al respecto, no se comprende cómo se puede establecer un único capítulo con sólo un precepto, que, en lugar de formular la noción de grupo de sociedades, se remite para su delimitación conceptual a la normativa jurídico-contable contemplada en el Código de Comercio⁴³. En cualquier caso, la noción de grupos de sociedades no puede desentenderse de la unidad de decisión como criterio determinante. En este sentido, las declaraciones de los arts. 42 Cdc y 18 LSC sólo indican cuándo “existe” un grupo de sociedades, pero no qué es un grupo de sociedades. Cuestión que ni el mismo legislador tiene clara, como demuestra la presencia de la “unidad de decisión” en otros preceptos como en las normativas de sociedades cooperativas y concursal o incluso en el propio régimen contable de la LSC al exigir en la Memoria que se indique el grupo al que pertenezca la sociedad (v. art. 260.1.13ª LSC, indicación decimotercera)⁴⁴. En este último precepto, en referencia al contenido de la Memoria de las cuentas anuales, se entremezcla –aparentemente para diferenciarla, pero con un resultado confuso- la existencia de control y la unidad de dirección.

Por todo ello, y a falta de una normativa propia y específica sobre grupos, entendemos que parece más oportuno dejar en espera la cuestión acerca del concepto legal más apropiado. Pues el riesgo de una búsqueda “frenética” -un deseo comprensible, pero prescindible- de un concepto legal de grupo nos puede llevar a desatender el alcance –normalmente, sectorial- que realmente persigue el precepto elegido, como de hecho ha ocurrido en los últimos cambios legislativos.

Además, la opción legislativa por asumir el control como elemento necesario para la existencia de un grupo de sociedades deja al margen todos aquellos en los que, sobre la base de la unidad de dirección, desarrollan su actividad en el mercado

42 Como indica Fernández de la Gándara, L. “Disposiciones generales (Título I, artículos 1 a 18)”. *RdS* (2011). 36, se trata de “... una escueta caracterización conceptual”.

43 No obstante, Fernández de la Gándara, L. “Disposiciones”, cit., 63, valora positivamente esta medida de política legislativa, aun reconociendo la renuncia del legislador a regular y a resolver las complejas situaciones que el grupo plantea, por ello se justificaría esa “escueta caracterización conceptual”. En nuestra opinión, el carácter de la norma como texto refundido explicaría, únicamente, la opción del legislador por no aportar una noción del grupo.

44 Como acertadamente pone de manifiesto, si bien en referencia a la normativa anterior conforme a la reforma de la Ley 16/2007, Embid Irujo, J. M. “Un paso adelante y varios atrás”, cit., 28-29.

sin recurrir al empleo de la subordinación. Este planteamiento “reduccionista”⁴⁵, por tanto, olvida a los grupos paritarios o por coordinación, de indudable relevancia en el tráfico, y cuya atención no ha desmerecido en otros ordenamientos como el alemán (v. § 18 AktG).

En cambio, en sede de cooperativas y aunque limitado a este ámbito, el legislador nos ofrece un precepto más completo -art. 78 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas- de una gran relevancia, ya que, en nuestra opinión ofrece una noción más completa del grupo de sociedades⁴⁶. Su indudable valor descansa en que pone el acento en el significado de la dirección unitaria como elemento nuclear del grupo y en el que permite conjugarse tanto los grupos jerárquicos como los paritarios. Es en el modo de alcanzar esa unidad de dirección donde radica entre una y otra modalidad de grupo.

2. La formulación en las Propuestas de Código de Sociedades Mercantiles (PCSM) y de Código Mercantil (PCM)

Al igual que en el ordenamiento europeo, en España no han faltado intentos por lograr una regulación completa de los grupos desde la perspectiva del Derecho de sociedades. Uno de ellos tuvo lugar con ocasión del Anteproyecto de LSA de 1979, que pretendía incorporar las Directivas europeas en materia de sociedades a nuestro ordenamiento⁴⁷. El régimen jurídico sobre grupos contenido en dicho Anteproyecto estaba inspirado en la versión de la entonces propuesta de Reglamento sobre la sociedad anónima europea, que, como es sabido, se enmarcaba dentro del modelo orgánico –y no el contractual típico del derecho alemán- de grupo. Sin embargo, el citado Anteproyecto se abandonó –al igual que la citada propuesta comunitaria- sin que la posterior incorporación de las mencionadas Directivas como acervo comunitario al Derecho español de sociedades en el año 1989 se aprovechara para incorporar una regulación específica sobre grupos.

A pesar de las diversas reformas posteriores que ha sufrido nuestro Derecho de sociedades, no es hasta la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles en 2002, que se presta de nuevo atención –y de forma completa- al fenómeno de los grupos de sociedades. En esta ocasión, la Propuesta pretendía integrar en un único texto normativo toda la normativa existente sobre sociedades mercantiles, hasta entonces dispersa, introduciendo cuestiones nuevas como la relativa a los grupos. El objetivo perseguido descansaba en un intento por dar coherencia al Derecho español de

45 Así, Embid Irujo, J. M. “Ante la regulación de los grupos”, cit., 38.

46 Resaltando la importancia de este precepto, v. Arriba Fernández, M. L. de. *Derecho de grupos de sociedades*. 2ª ed. Cizur menor (2009): Civitas, 205-207. Sobre el fenómeno de los grupos de cooperativas, v. Embid Irujo, J. M. *Concentración de empresas y Derecho de cooperativas*. Murcia (1991): Publicaciones Universidad de Murcia; Alfonso Sánchez, R. *La integración cooperativa y sus técnicas de realización*, cit.

47 Sobre el mismo, v. Embid Irujo, J. M. *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, cit., 173 ss.; Martínez Machuca, P. *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*. Bolonia (1999): Studia Albornotiana, 167.

sociedades, siendo el caso de los grupos uno de los temas objeto de atención, lo que supone que, finalmente, esta materia alcance la tan ansiada dimensión legislativa. No obstante, la citada Propuesta no ha sido concretada en norma alguna, sino que el legislador ha preferido otras reformas más específicas y puntuales, referidas a los deberes de los administradores en el desempeño de su cargo en la sociedad o al régimen contable⁴⁸.

La Exposición de Motivos de la LSC anunciaba la elaboración de un Código de Sociedades Mercantiles (v. Exposición de Motivos LSC) que, sin embargo, no se ha llevado a cabo. Al contrario, se ha presentado una Propuesta de Código Mercantil, que dedica el Libro segundo a las sociedades mercantiles, y, en dicha sede, un capítulo –en su título IX- a los grupos de sociedades. A continuación, analizaremos el significado del grupo en la PSCM, y, *a posteriori*, el régimen contemplado en la reciente PCM.

En la PSCM destaca la agrupación bajo un mismo epígrafe –*De las uniones de sociedades*– del fenómeno de los grupos de sociedades (arts. 590-622), las agrupaciones de interés económico (arts. 623-635) y las uniones temporales de empresa (arts. 636-642). El legislador, no obstante, no ha reglado una serie de presupuestos comunes a todas estas figuras sobre la base de las diferencias significativas que las separan. En el caso de los grupos, la materia se divide en cinco capítulos (concepto de grupo, relaciones entre las sociedades del grupo, socios externos, responsabilidad en los grupos de sociedades, consolidación de cuentas).

La noción de grupo contenida en el art. 590 de la Propuesta⁴⁹ parece, en principio, lo suficientemente amplia, comprendiendo tanto los grupos jerárquicos como los paritarios. Sin embargo, las expresiones “poder de dirección”, “sociedad dominante” o “sociedad dominada” dificultan su extensión a estos últimos; además, las referencias de otros preceptos parecen confirmar esta conclusión⁵⁰. Asimismo, resalta el carácter restrictivo que implica el empleo del término “sociedad”, pues

48 En concreto, en la Ley 26/2003, de 17 de julio, modifica la LMV y la LSA con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. En concreto, afecta al deber de diligencia del administrador (art. 127 LSA y nuevos arts. 127 bis, ter y quáter) y al régimen de responsabilidad de los administradores (art. 133 LSA). Al respecto, v. Sánchez Calero, F. *Los administradores en las sociedades de capital*. Madrid (2005): Aranzadi; Latorre Chiner, N. “El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA”. *RDM* (2004). 253°, 853-900. Por otro lado, algunos de los aspectos relativos a los grupos contenidos en la PSCM se contemplan en forma de *recomendaciones (soft law)* en el reciente Código de Conducta para las sociedades cotizadas elaborado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).

49 Art. 590.- “Existe un grupo de sociedades cuando una sociedad está sometida al poder de dirección de otra o cuando varias sociedades resultan sometidas al poder de dirección de una misma persona natural o jurídica o de varias personas que actúan sistemáticamente en concierto”.

50 Así, por ejemplo, en el art. 593 PCSM, conforme al cual a los administradores de la sociedad dominada se les impone un deber de inscribir la integración de su sociedad en el asiento correspondiente del Registro Mercantil, así como, en su caso, su separación y las circunstancias en que ésta se produzca. A continuación, el Registrador lo comunicará al Registro de la sociedad dominante, que procederá a la misma operación. Al respecto, v. Embid Irujo, J. M. “Trends and Realities in the Law of Corporate Groups”. *European Business Organisation Review (EBOR)* (2005). 6°, 86.

impide la opción de que el grupo se presente integrado por otras personas jurídicas de naturaleza no societaria.

En cambio, la PCM, que regula los grupos de sociedades en el Título IX, capítulo primero, aporta una noción de grupo de sociedades presidida por el poder de dirección como “elemento nuclear” (v. Exposición de Motivos, III-105 y III-106), al objeto de dar cabida no sólo a los grupos por subordinación sino también a los paritarios. Como se reconoce en la propia Exposición de Motivos se varía el criterio seguido en la antes referida reforma de 2007 del Cdc, en concreto respecto al art. 42 y la consolidación contable. Así, el art. 291-I expresa que existe grupo, por un lado, “cuando una sociedad esté sometida al poder de dirección de otra o cuando varias sociedades estén sometidas al poder de dirección unitario de una misma persona natural o jurídica, cualquiera que sea el fundamento de ese poder de dirección” (*letra a*); por otro, “cuando dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo un poder de dirección unitario y común” (*letra b*).

En la Propuesta de Código Mercantil (PCM)⁵¹ se reconoce la “delicada tarea” que implica establecer un concepto de grupo de sociedades y reorienta el elemento nuclear de la existencia de un grupo de sociedades del control al poder de dirección (v. Exposición de Motivos III-1005 a III-1110). Este recurso le sirve para aglutinar bajo el mismo -de ahí su carácter nuclear antes mencionado- tanto a los grupos por subordinación como los grupos por coordinación. En los primeros, existe grupo -como indica el art. 291-I.1 PCM (*Noción de grupo*)- cuando una sociedad esté sometida al poder de dirección de otra, independiente de cual sea el elemento instrumental para alcanzarlo (*letra a*)⁵². En los segundos, el poder de dirección “unitario y común” sirve como paraguas bajo el que actúan varias sociedades independientes de forma coordinada (*letra b*). Criterio aparte es el elemento común en el grupo, también mencionado, de la carencia de personalidad jurídica, que ostentan las propias sociedades que lo integran (art. 291-I.2).

De gran importancia es la separación conceptual entre el control y el poder de dirección, en el sentido que hemos expresado más arriba, pues el control cumple una función distinta. Así, y empleando los mismos términos que el art. 29-I.1.a), el control es el fundamento –entendido como instrumento para alcanzarlo- del poder de dirección (en los grupos por subordinación), pero no del grupo⁵³.

51 Elaborada por la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia (2013).

52 Desde el punto de vista de los sujetos integrantes del grupo, cabe indicar en los grupos por subordinación que el poder de dirección puede estar atribuido a una sociedad, a otra persona jurídica o a una persona natural. En cambio, en los grupos paritarios, sólo reconoce la existencia de la coordinación excluyendo la posibilidad de establecer tales vínculos con otra persona jurídica. Situación que puede ser poco frecuente, pero no por ello imposible.

53 En este sentido ya nos manifestábamos en *La empresa de grupo*, cit., 194-196, y –recientemente- en “El régimen legal de los grupos de sociedades en el ordenamiento jurídico español y sus propuestas de reforma”, en AA.VV. *Os grupos de sociedades* (dir. Gomes de Araujo, D. B.; Warde, W. J. J. R.), cit., 76.

Además, el legislador entiende que sólo con la existencia de un poder de dirección concurren las circunstancias que justifican la aplicación del régimen específico de los grupos (en concreto, la PCM indica las reglas de publicidad, responsabilidad, régimen de garantías y protección de socios externos). En realidad, para los otros supuestos ya disponemos de las normas correspondientes del Derecho societario. Es la peculiaridad de la concurrencia de una dirección unitaria lo que explica una atención específica al grupo, a partir del reconocimiento de su legitimidad como forma de organización de una actividad empresarial.

Por otro lado, se acepta, con importantes matices que comentamos a continuación, el significado de control procedente de la legislación contable, pero que sólo tiene sentido a los efectos de ésta, pero no se puede de ello deducir inevitablemente la existencia de un grupo y por ello la necesidad de una normativa específica. Así, la PCM establece un doble sistema de presunciones. Por un lado, presume que el poder de dirección, salvo prueba en contrario, se ejercer por quien controle a una o varias sociedades (art. 291-3). Por otro, presume *iuris et de iure* la situación de control en una serie de supuestos, que nos recuerda –con ciertas salvedades– a los indicados en el art. 42 Cdc vigente (291-4)⁵⁴.

Por último, llama la atención que la PCM introduce una presunción *iuris tantum* de control, novedosa en nuestro ordenamiento. En concreto, presume que existe una situación de control "... a) cuando una sociedad haya incluido en la denominación elementos significativos de la denominación o del anagrama de otra sociedad o de signo distintivo notorio o registrado a nombre de ésta o de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo. b) Cuando una sociedad haya hecho constar en la documentación o en cualquier clase de publicidad la pertenencia de la misma al grupo" (art. 291-4.2 PCM).

IV. LA EXISTENCIA DE UNA NOCIÓN DE GRUPO EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

A nivel europeo también se puede hablar de la existencia de un Derecho europeo de grupos y ello a pesar de la ausencia de una regulación específica y el fracaso conocido de los intentos por conseguirla⁵⁵. No obstante, se reconoce su

54 En concreto, se refiere a los siguientes supuestos: "a) Cuando posea o pueda ejercer de forma directa, indirecta o en virtud de acuerdos con terceros, la mayoría de los derechos de voto en la junta o asamblea de una sociedad. b) Cuando tenga la facultad de nombrar o de cesar a la mayoría de los miembros del órgano de administración o, en su caso, del órgano de vigilancia. c) Cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dependiente sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dependiente por ésta. A los derechos de voto de la sociedad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la sociedad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona".

55 Hopt, K. J. "Derecho de grupos", cit., 230-232; Grundmann, S., *Europäisches Gesellschaftsrecht*. 2ª ed. Munich (2011); C. H. Beck; Emmerich, V.; Sonnenschein, V.; Habersack, M., *Konzernrecht*. 10ª ed., Munich (2013); C. H. Beck, 21-24; Embid Irujo, J. M. "Pautas para el tratamiento de los grupos de sociedades en el marco de la Unión

presencia en diversas normativas en las que se atiende a la figura de los grupos; entre otros, con ocasión de la regulación de la *Sociedad Anónima Europea* (SAE), del régimen de consolidación de las cuentas anuales, o en el de la supervisión de los operadores financieros.

Por otro lado, y al igual que en el Derecho europeo de sociedades, la atención al fenómeno de los grupos ha pasado por varias fases en su desarrollo⁵⁶. Dejando al margen los intentos de una Directiva sobre la materia (citar), conviene hacer referencia, en primer lugar, a la atención prestada por el *Forum Europaeum* de *Derecho de grupos*.

En el *Forum Europaeum*, se propone un concepto de grupo caracterizado por la mera existencia de una situación de control, dejando de lado la dirección unitaria, como criterio determinante de la existencia de un grupo⁵⁷. En tal sentido, el planteamiento está en consonancia con las directivas comunitarias sobre cuál es el perímetro de consolidación de un grupo (nos referimos, citar a la reformada Directiva 83/349/CE). Desde este planteamiento, como ya hemos indicado, queda al margen de estudio los llamados grupos paritarios por coordinación⁵⁸. Esta opción la justifican los promotores del *Forum Europaeum* por razones eminentemente prácticas, en concreto las dificultades para determinar la existencia de un poder de dirección⁵⁹.

Sin embargo, esta postura favorable al control como criterio único delimitador del grupo queda desvirtuada cuando, más adelante, la misma Propuesta del *Forum* atiende a otras cuestiones referentes al grupo y en las que pretende que el grupo en que concurra determinadas circunstancias pueda tener consecuencias jurídicas. Así, ocurre en un tema tan importante en sede de grupo como el de los presupuestos necesarios para la aceptación del interés del grupo y su tutela. Sirve de base para

europa". *Noticias de la Unión Europea (Not. UE)* (2006), 252º, 57-74.

- 56 Hopt, K.J. "Derecho de grupos", cit., 228-232. El profesor alemán describe las cuatro fases por las que ha pasado el grupo de sociedades a nivel comunitario, resaltando su evolución pareja con la societaria (ello no viene a ser más que un ejemplo del significado de *sedes naturae* que éste desempeña respecto al fenómeno de los grupos). Desde la aprobación legislativa de la Ley alemana de sociedades anónimas (1965) con un intento de regulación *orgánica*, pasando por los intentos de reforma y las regulaciones especiales, las diversas propuestas del *Forum Europaeum* y del *Action Group*, hasta una situación actual en que no está prevista una actuación específica del fenómeno, sino se plantea una discusión sobre las diversas teorías (otro término) que podrían orientar la evolución futura de los grupos (conviene recordar que el artículo es de 2007). Actualmente, la crisis económica ha supuesto, aparentemente, una paralización de la regulación, pero también refleja las consecuencias de una orientación contraria a su regulación.
- 57 La versión española del texto (*Por un Derecho de grupos de sociedades para Europa*), está publicada en la RDM (1999). 232º, 445 y ss.
- 58 El *Forum* no pretende una ordenación sistemática del fenómeno de los grupos, sino abordar los temas que, en su opinión, resultan más conflictivos. Sobre el tema, v. Embid Irujo, J. M. *Introducción al Derecho de grupos*, cit., 226, quien pone de manifiesto esta falta de sistematicidad, reflejada, por lo que nos interesa, en el concepto de grupo, tratado de diferente forma, dependiendo del sector donde nos encontremos. Pero ello no implica una crítica negativa a su tratamiento, sino avanza el papel que desempeña en una futura regulación de grupos, en cuanto aborda desde una perspectiva comprensiva de las diferentes sensibilidades legislativas nacionales y, al mismo tiempo, de la realidad empresarial europea.
- 59 Entre nosotros, v. Embid Irujo, J. M. *Introducción al Derecho de grupos*, cit., 227-228.

su fundamento la doctrina emanada del caso *Rozenblum* en la *Cour de Cassation* francesa (1991)⁶⁰ del interés del grupo (en conexión con la conocida doctrina *Rozenblum*). En tal caso, se puede deducir que la noción de grupo va más allá del control para situarse dentro de lo que es la dirección unitaria. Idéntico resultado tiene lugar con ocasión de la declaración unilateral del grupo, que, como es sabido, representa el sustitutivo al contrato de dominio. Este cambio obedece a un intento por mejorar su acogida por tradiciones jurídicas diferentes, como la francesa, con el fin de superar las dudas que suscitaba la orientación alemana y, de este modo, lograr un mayor atractivo de la regulación de los grupos en los países comunitarios.

En realidad da la impresión de que el legislador hace equiparar el grupo al control cuando el primero se englobaría dentro de lo que es un grupo simple. En cambio, cuando el grupo tiene una alta centralización, una *cuilificación*, ya nos encontraríamos con la dirección unitaria y las consecuencias que se deriva de su existencia conforme indica el *Forum*, en concreto las referencias antes vistas de la doctrina *Rozenblum* y de la declaración del grupo. En mi opinión, creo que sería más acertado cambiar la sistemática. No sería tan importante iniciar describiendo el grupo, sino más bien, iniciar con el control. Luego indicar que cuando el control implique una unidad de dirección es cuando podemos hablar de grupo.

En otro orden, no creo que sea propiamente un supuesto de control el de *interlocking directorates*, creo más bien que se trata de un supuesto de grupo cualificado, en el que –como se ha indicado en la doctrina⁶¹– se pretende *reforzar* el contro de una sociedad sobre otra.

En líneas generales, esta orientación participa del planteamiento en materia de grupos que postula, *a posteriori*, la propuesta del conocido *Informe Winter* (2002) y con el *Plan de Acción de la Unión Europea en materia de Derecho de sociedades* (2003), actualmente existente^{62,63}. Ambas propuestas no postulaban una regulación de los grupos sino que consideraban que bastaba con tratar algunas medidas específicas relativas a la figura de los grupos. En concreto, una de ellas se corresponde con la transparencia en el seno de los grupos y la reforma del régimen de cuentas consolidadas. De ahí deriva el posterior cambio del legislador español respecto del perímetro de consolidación del grupo y, por extensión, de su noción (2007).

60 V. bibliografía citada. En concreto M. Lutter y F. Guyon, citados por J. M. Embid Irujo. *Introducción al Derecho de grupos*, cit., 228, nota 65.

61 J. M. Embid. *Introducción al Derecho de grupos*, cit., 233.

62 Al respecto, v. Garrido García, J. M. "El informe Winter y el gobierno societario en la Unión Europea", *RdS* (2003), 20º, 111; y Embid Irujo, J. M. "Los grupos de sociedades en Derecho comunitario", cit., 36; Hopt, K. J. "Derecho de grupos de sociedades", cit., 230.

63 Grundmann, S., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, cit.

Más recientemente, se ha preocupado por la reforma de la materia el conocido como *Grupo de reflexión sobre el futuro del Derecho europeo de sociedades*⁶⁴. En materia de grupos, tampoco se mostró favorable a su regulación, ni prestó atención a la noción de grupo, sino que su orientación en la materia se sustancia en recomendar el reconocimiento del interés del grupo, porque, de tal modo, se consigue mantener y mejorar la flexibilidad de la dirección del grupo⁶⁵. A través de esta vía, se puede hablar de la existencia –al menos, implícita– de un derecho-deber de la matriz a dirigir el grupo⁶⁶. Asimismo, los administradores de las filiales gozan de una mayor seguridad a la hora de ejecutar determinadas operaciones que proceden de instrucciones de la matriz. En contrapartida, sería conveniente establecer mecanismos de protección de los “stakeholders” de la filial a fin de que no se vean perjudicados por la adopción de tales medidas⁶⁷.

El hasta ahora último paso en las propuestas de reforma del Derecho de grupos se incardina en el Plan de Acción 2012⁶⁸. Conforme al cual, la Comisión considera que es un tema complejo y que, a pesar de las solicitudes recibidas a fin de ofrecer un marco jurídico completo de los grupos, conviene actuar con cautela. Por tal motivo, decide que, entre las diversas iniciativas propuestas en este nuevo Plan de Acción, la regulación de los grupos quede postergada *sine die*. En cambio, sí reconoce la posibilidad de actuaciones puntuales en el marco de los grupos de sociedades, señalando su fecha de actuación⁶⁹. En concreto, se muestra favorable, por un lado, a que se le exija a los grupos de sociedades una mejora de la transparencia, debiendo ofrecer a los inversores una información más completa de las estructuras de grupo. Por otro lado, y de gran importancia, la Comisión propone que, a nivel de la Unión europea, se establezcan mecanismos que permitan el reconocimiento del interés de grupo, y, en consecuencia, entendemos, su legitimidad⁷⁰.

64 El “Grupo de Reflexión”, por iniciativa de la Comisión Europea, elaboró un informe sobre el Derecho de sociedades y su futuro. Uno de los apartados a los que prestó atención es el de los grupos de sociedades (ap.IX). Latorre, N. “Reflexiones sobre el futuro del Derecho de sociedades europeo: Report of the Reflection Group on the future of EU Company Law”. *RDM* (2011). 281, 163-182 (en especial, 178-182).

65 Latorre, N. “Reflexiones”, cit., 178.

66 Sobre la temática del deber de dirección, v. el trabajo de Hommelhoff, P. *Die Konzernleitungspflicht. Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts*. Colonia et al. (1982); Heymanns. Sobre esta cuestión, v. nuestro trabajo *La empresa de grupo*, cit., 360-381.

67 Sobre el significado que esta derecho-deber tiene respecto del fenómeno del gobierno corporativo, v. Chiappetta, F./Tombari, U. “Perspectives on Group Corporate Governance and European Company Law”. *ECFR* (2011). 3º, 261-274.

68 Comisión europea (COM, 2012, 740 al final), 12.12.2012. El documento se titula “Plan de Acción: Derecho europeo de sociedades y gobierno corporativo. Un marco legal moderno para accionistas más comprometidos y para compañías sostenibles” (en adelante, emplearemos sólo *Plan de Acción-2012*).

69 Actuaciones que programa para el presente año 2014.

70 Sobre el tema, v. Sánchez-Calero Guilarte, J. “El nuevo Plan de Acción de la Comisión europea en materia de Derecho de sociedades y gobierno corporativo”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB)* (2013). 130º, 321-322. Sobre el tema desde una perspectiva comparada v. Conac, P-H. “Director’s Duties in Groups of Companies – Legalizing the Interest of the Group at the European Level”. *ECFR* (2013). 2º, 194-226.

Finalmente, cabe prestar atención al Derecho italiano de sociedades, pues ha sido objeto de una reforma muy significativa, con especial interés en la materia de los grupos. En concreto, nos referimos a la nueva redacción del capítulo IX en el Título V (*De la sociedad*) del *Codice civile* italiano, dedicado a la *Direzione e coordinamento de la società* (arts. 2497-2497 septies), e introducida por el *decreto legislativo* del 17 de enero de 2003⁷¹. Desde la perspectiva de nuestro estudio, el legislador italiano, aun reconociendo que el grupo es el objeto de la disciplina, no se interesa por la noción de grupo, ni tampoco en su reforma. La razón de tal modo de proceder reside –según se indica⁷²- en su falta de oportunidad, motivada en un doble sentido:

1º) por un lado, la diversidad de nociones existentes se dedican a resolver problemas específicos del sector al que van destinadas, es decir, son funcionales;

2º) por otro, la constante evolución de la realidad económica implica que la noción dada se convierta en inadecuada en un plazo breve de tiempo.

Así, la reforma del *Codice civile* italiano resalta que el problema jurídico más perentorio de los grupos de sociedades es el relativo a la responsabilidad de la dominante frente a las filiales y a los acreedores. En función de este *leit* motiv de su reforma, no interesa definir qué es un grupo sino prefiere sentar las bases de la disciplina sobre el ejercicio de una actividad de dirección y coordinación de una sociedad por otro sujeto (*attività di direzione e coordinamento*)⁷³. Y esta *attività* -como indica la doctrina italiana⁷⁴- carece de diferencias relevantes respecto del concepto de dirección unitaria, al que se puede equiparar:

En conclusión, podemos destacar que el planteamiento regulatorio europeo en materia de grupos se aleja de su atención legislativa y prefiere orientarse –como hemos visto anteriormente- por el establecimiento de recomendaciones –*standards*-, de seguimiento voluntario, en lugar de la fijación de reglas –*rules*- que han de cumplir los operadores económicos⁷⁵. Esta renuncia a legislar afecta decisivamente al concepto de grupo, que se mantiene en un segundo plano, quedando reservado a su interés en la doctrina, mientras que se prefiere acudir a su equiparación con el fenómeno del control, más sencillo y sin las complejidades derivadas de delimitar el alcance de la dirección unitaria.

71 En general, sobre el Derecho de los grupo en Italia, v. Tombari, U. *Diritto dei gruppi di imprese*, Milán (2010): Giuffrè; y Montalenti, P. "I gruppi di società", cit., 1031-1068.

72 Tombari, U. *Diritto*, cit., 6, siguiendo la *Relazione di accompagnamento alla riforma del diritto societario*, en AA.VV. *La riforma del diritto societario, Lavori preparatori. Testi e materiali* (dir. M. Vietti, F. Auletta, G. Lo Cascio, U. Tombari, A. Zoppini) Milán (2006): Giuffrè, 257.

73 Sobre este último ema, v. más en detalle en Valzer, A. *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*. Turin (Giappichelli): 2011.

74 Montalenti, P. "I gruppi di società", cit., 1038, más en detalle en 1039-1041.

75 Sobre la cuestión, más en detalle v. el trabajo de Denozza, F. "Rules vs. Standards", cit., 327-338.

V. PERSPECTIVAS DE FUTURO

A pesar de las diversas vicisitudes y dificultades que suscita la atención legislativa de un fenómeno tan complejo como el de los grupos de sociedades, cabe destacar -a la vista de lo expuesto- la continuidad, aunque lenta, del proceso regulatorio, iniciado ya hace tiempo.

Por un lado, y desde la perspectiva española, la continuidad en la situación de dispersión legislativa parece haber llegado a un punto en que, a través de diversas propuestas, se recoge una postura favorable a una regulación completa. En este proceso, la noción del grupo ha oscilado entre la opción del control como elemento determinante y la que postula la dirección unitaria como fundamento integrador de todo el grupo. Las últimas propuestas, según hemos indicado, inclinan la balanza sobre esta segunda opción, combinándola con un juego de presunciones de la situación de control. En cualquier caso, aún queda esperar a que el legislador dé el paso definitivo hacia su regulación, ya sea en un nuevo Código mercantil o en un Código de sociedades mercantiles.

Por otro lado, y desde la perspectiva de la Unión europea, las propuestas contempladas en el Plan de Acción 2011 se muestran cautas -un modo más diplomático de oponerse a ella- ante una posible regulación europea de los grupos, lo que implica la postergación *sine die* de una atención completa a tal fenómeno empresarial. No obstante, como se deduce del propio Plan de Acción citado, el grupo no deja de ser objeto de interés si bien con una atención más puntual a determinados asuntos, en concreto, con respecto al reconocimiento del interés del grupo y, además, a una mejora en la transparencia de su estructura grupal a los inversores. En cualquier caso, la legitimidad del grupo queda fuera de duda para el legislador europeo y su proyecto se orienta en establecer mecanismos que mejoren su funcionamiento y su transparencia en el mercado.

LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE
SEGURO Y LA PROTECCIÓN DEL ASEGURADO EN EL
DERECHO ESPAÑOL

GENERAL CONDITIONS INSURANCE CONTRACT
AND PROTECTION OF THE INSURED IN SPANISH LAW

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 98-121



María Rosa
ISERN
SALVAT

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de diciembre de 2013
ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: Uno de los aspectos más destacados de la Ley de Contrato de Seguro es la protección del asegurado. Con este motivo dedica una especial atención a que el asegurado conozca la existencia y el contenido de las condiciones generales que regirán el contrato de seguro, que, en ningún caso, podrán ser lesivas para el asegurado. En este trabajo se estudia el régimen de dichas condiciones establecido en el artículo tercero de la Ley.

PALABRAS CLAVE: Contrato de seguro, condiciones generales, cláusulas abusivas, asegurado, tomador del seguro.

ABSTRACT: One of the highlights of the Insurance Contract Act is the protection of the insured. For this reason, it devotes special attention to make sure that the insured knows the existence and content of the general conditions governing the insurance contract, which by no means, may be harmful to the insured. This paper addresses the study the regulation of these clauses established in the third article of the Act.

KEYWORDS: Insurance contract, general conditions, unfair clauses, insured, policyholder.

SUMARIO: I. Introducción.- II. La regulación de las cláusulas contractuales en el seguro.- 1. La normativa aplicable.- 2. Las condiciones generales.- 3. Las condiciones particulares.- 4. Los requisitos para la incorporación de las condiciones al contrato.- 5. Reglas de interpretación de las condiciones generales y particulares presentes en el contrato.- III. El control del carácter lesivo de las condiciones del contrato.- 1. Las cláusulas lesivas en la Ley de Contrato de Seguro.- 2. Las cláusulas abusivas en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en la normativa de defensa de los consumidores y usuarios.- 3. La apreciación del carácter abusivo de las condiciones particulares y de las cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato.- 4. Distinción entre el tomador consumidor o usuario y el tomador empresario o profesional frente a las cláusulas abusivas.- 5. Las cláusulas abusivas en Derecho comparado y en los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro.- IV. Distinción entre cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado y cláusulas limitativas de los derechos del asegurado.- 1. Las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado.- 2. Las cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado.- 3. El criterio jurisprudencial sobre esta materia.

I. INTRODUCCIÓN

La economía moderna comporta la denominada contratación en masa mediante la incorporación al contrato de unos clausulados prerredactados de forma generalizada. De esta forma, las condiciones generales son un hecho consustancial a la economía de empresa vinculada a la idea de uniformidad y de economía de escala. En el ámbito del seguro la utilización de las cláusulas generales obedece a la propia técnica aseguradora, basada en proporcionar determinada cobertura a una colectividad de personas que desean proteger sus intereses frente a determinados riesgos.

En este sentido, las cláusulas generales permiten perfilar con precisión el contenido y el valor de las prestaciones, y, con ello, la previsión de los costes -que pueden verse disminuidos mediante la oferta de precios unitarios competitivos en beneficio de los consumidores-, a la vez que permiten adaptar la actividad aseguradora a las nuevas necesidades que plantea el mercado asegurador¹. De este modo, por razones de economía y de racionalización de la actividad empresarial, tales cláusulas son incorporadas con un contenido idéntico en cada uno de los contratos referidos a un mismo riesgo, sin la posibilidad de que el tomador del seguro pueda modificar su contenido.

1 Clavería Gosálbez, L. H. *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*. Barcelona (2008): Bosch, 12-15.

• **María Rosa Isern Salvat**

Profesora del área de Derecho Mercantil del Departamento de Derecho Privado, Procesal y Financiero de la Universitat Rovira i Virgili. Doctora en Derecho por la citada Universidad. Sus actividades de investigación se centran en el Derecho de seguros. Es autora de diversas publicaciones en revistas y obras colectivas y de la monografía "El derecho de subrogación en el seguro de transporte terrestre de mercancías por carretera" (2013).

Centrando el tema en la contratación de los seguros privados, debemos tener en cuenta que la manifestación de la voluntad del contratante debe prestarse en el marco de la libertad contractual. Esta libertad debe darse en dos sentidos; así, en la libertad para contratar y en la libertad para intervenir y decidir sobre el contenido del contrato, y, especialmente, en la redacción de aquellas cláusulas que establecen las prestaciones a que quedan obligadas ambas partes². Dicho lo que antecede, no hay duda de que frente a unas condiciones generales impuestas unilateralmente por el asegurador no puede hablarse de la existencia de una voluntad plena del tomador del seguro en la contratación, dado que carece de libertad de intervenir en la formulación del contenido del contrato³.

II. LA REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES EN EL SEGURO

I. La normativa aplicable

Es notorio que en la realidad el asegurado no tiene la oportunidad de negociar o de discutir el contenido de las cláusulas generales del contrato de seguro⁴. Por ello, surge la necesidad de regular la incorporación al contrato, no sólo de las cláusulas generales, sino también de las particulares. Del mismo modo, es preciso controlar que el contenido de las cláusulas no resulte lesivo para el asegurado, a quien, generalmente, debe considerarse como la parte débil del contrato.

A tal efecto se ocupa con carácter específico el art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980⁵ (en adelante, LCS), que será el objeto de análisis de este trabajo⁶. Por otra parte, el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 2004⁷ (en adelante, TRLOS RP), determina en el art. 25 que el contenido de las pólizas deberá ajustarse a cuanto en ella se establece y a la LCS. En este sentido, regula supervisión y la vigilancia de la Administración sobre las

- 2 Vázquez de Castro, E. *Determinación del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*. Valencia (2002): Tirant lo Blanch, 72-74, subraya que el principio de la libertad contractual comprende, por un lado, la libertad de decisión, es decir, la posibilidad de optar entre contratar o no hacerlo; y por otro lado, la libertad de configuración, que se traduce en la posibilidad de reflejar libremente en el contrato la voluntad de los contratantes para determinar el contenido de éste.
- 3 Rosillo Fairén, A. *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*. Madrid (2010): Wolters Kluwer, 35-36, observa que no puede afirmarse que en estos casos no exista la libertad de contratar, o incluso de que el contrato no exista, porque efectivamente “en este caso se ha celebrado un contrato, aunque de carácter peculiar”.
- 4 Garrigues, J. *Contrato de seguro terrestre*. 2ª ed. Madrid (1982): Imprenta Aguirre, 8, pone de relieve que “las condiciones generales constituyen cláusulas del contrato, pero de una naturaleza *sui generis*, porque excluyen el derecho de discusión precontractual”.
- 5 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
- 6 Desde hace unos años, se ha iniciado un proceso de reforma del régimen jurídico del contrato de seguro. Dicho proceso de reforma de la Ley de Contrato de Seguro de 1980 ha quedado subsumido en la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, que se hizo pública el 20 de julio de 2013 y fue editada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. En la Propuesta se introducen cambios significativos en el régimen de las condiciones del contrato de seguro.
- 7 Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

pólizas de seguro estableciendo que los modelos de las pólizas no estarán sujetos a autorización administrativa ni deberán ser objeto de remisión sistemática a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. A lo cual se añade que este organismo podrá requerir la presentación, siempre que lo entienda pertinente, de los modelos de las pólizas para controlar si respetan las disposiciones técnicas y sobre contrato de seguro, y, que podrá prohibir la utilización de las pólizas que no cumplan con lo establecido en la normativa indicada.

De forma supletoria, la Ley sobre las Condiciones Generales de la Contratación, de 1998⁸ (en adelante, LCGC), será aplicable a los contratos de seguro celebrados con todo tipo de adherentes, y el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, de 2007⁹ (en adelante, TRLGDCU), cuando el adherente en el contrato de seguro tenga la condición de consumidor conforme a la definición dada en el propio texto normativo.

2. Las cláusulas generales

La LCS significó un importante avance en la protección y tutela de los intereses de los asegurados. Con carácter pionero, reguló de forma sustantiva la contratación en el ámbito de los seguros privados mediante la predisposición por parte de los aseguradores de unas cláusulas generales que, sin posibilidad de ser discutidas por los asegurados, regirán los contratos que éstos suscriban¹⁰.

El art. 3 LCS se ocupa de establecer los requisitos de formulación e incorporación de las cláusulas generales y particulares en el contrato a fin de éste sea vinculante para el tomador o asegurado. De este artículo cabe destacar, en referencia a la protección del adherente, el interés de que éste conozca la existencia y el contenido de las condiciones generales, incluso en la fase previa a la contratación. A tal efecto, en su apartado primero determina que las condiciones generales deberán estar incluidas por el asegurador “en la proposición del seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo”. Es decir, se establece formalmente

8 Ley 7/1989, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

9 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

10 El art. 3 LCS no define el significado de condiciones generales, cosa que sí hace el art. 1 LCGC al manifestar que son “las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”. Por su parte, el art. 80 TRLGDCU utiliza la expresión “cláusulas no negociadas individualmente” en los contratos celebrados con consumidores. El concepto de cláusula no negociada individualmente lo encontramos en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, determinando en el artículo 3 párrafo segundo, que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente “cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión”.

un control de inclusión¹¹ de las condiciones generales con la finalidad de que puedan ser conocidas por el futuro tomador del seguro antes de la perfección del contrato.

El redactado del art. 3.1 LCS está inspirado en el *Codice Civile* italiano. Concretamente, el art. 1341 de esta norma disciplina las condiciones generales de los contratos estableciendo la regla de que cuando estas condiciones son predispuestas por uno de los contratante vinculan al adherente si en el momento de la conclusión del contrato éste las ha conocido o las ha debido conocer empleando una diligencia ordinaria. Del mismo modo, el § 305 del *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán dispone que las condiciones generales de la contratación sólo formarán parte del contrato si el predisponente, en la conclusión del contrato, advierte de ellas expresamente a la otra parte, y, si la otra parte contractual está conforme con su validez¹². Esta misma línea es la que se siguió en el art. 5.1 LCGC al establecer que las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando su incorporación sea aceptada por el adherente, entendiéndose que no ha habido aceptación de su incorporación cuando el predisponente no le haya informado expresamente acerca de su existencia y no le haya facilitado una copia de ellas.

En este sentido, la protección del tomador o asegurado se sustenta en la transparencia contractual, facilitándole la información sobre aquellas cláusulas generales que regirán el contrato. La pretensión de la LCS es que el asegurado tenga constancia por escrito de las condiciones generales, bien sea en la misma póliza o en un documento aparte que el asegurado deberá suscribir; y, al mismo tiempo, de que éste disponga de una copia del documento en cuestión.

A este respecto, y con la finalidad de procurar una efectiva protección del asegurado, consideramos que tanto las cláusulas generales como las particulares deberían incorporarse obligatoriamente por escrito siempre en la póliza, prescindiendo de la utilización a tal efecto de cualquier otro documento complementario a ésta. Si la póliza es el documento que en el que se redacta el contrato, entendemos que carece de sentido que en ella no consten las cláusulas que regirán la vida de dicho contrato. Por otro lado, el que dichas condiciones consten en un documento separado de la póliza puede representar una medida disuasoria para su lectura de manera que en la práctica el tomador se limite simplemente a estampar su firma en él sin haber tenido conocimiento efectivo de aquéllas.

Asimismo, no cabe duda de la importancia de que estas cláusulas ya estén incluidas, en su caso, en la proposición del seguro efectuada por el asegurador. En

11 Clavería Gosálbez, L. H. *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, cit., 36, indica que el control de inclusión o incorporación “es el conjunto de medidas impuestas por la ley, encaminadas a posibilitar y facilitar el conocimiento, por el adherente, de la existencia, el contenido y el alcance de las cláusulas predispuestas y no negociadas”.

12 Traducción de Lamarca Marquès, A. (Dir.). *Código Civil alemán y Ley de introducción al Código Civil*. Madrid (2008): Marcial Pons, 88.

primer lugar, porque en esta fase previa de reflexión el conocimiento de dichas cláusulas permitirá al futuro tomador comparar entre productos y aseguradoras y podrá tomar una decisión más equilibrada sobre la conveniencia o no de contratar el seguro que se le propone. En segundo lugar, porque de conformidad con el art. 6.1 LCS la propuesta realizada por el asegurador vincula a éste por un plazo de quince días¹³, de manera que dicha vinculación sólo se verá materializada cuando el tomador manifieste su voluntad en el sentido de aceptar la propuesta, voluntad que en todo caso deberá expresarse desde el efectivo conocimiento de la existencia y el contenido de las condiciones generales a las que se va adherir.

3. Las cláusulas particulares

Junto con las condiciones generales, el art. 3 LCS también regula la incorporación de las cláusulas particulares al contrato. La función de estas últimas es individualizar el contrato, de forma que no están impresas con carácter general sino que se redactarán para cada caso en concreto “determinando las circunstancias que concurren en el contrato de que se trate (por ejemplo, límites del valor asegurado, personas que intervienen en la relación, descripción de los bienes sobre los que recae el interés asegurado, etc.”¹⁴). Por consiguiente, las condiciones particulares, a diferencia de las generales, cumplen la función de subjetivar el contrato adaptándolo a las peculiaridades y necesidades específicas del asegurado. De ahí que las condiciones particulares puedan ser redactadas de común acuerdo entre el tomador del seguro y el asegurador¹⁵.

No obstante, las condiciones particulares también pueden estar prerredactadas e impuestas por el asegurador, aunque no para la generalidad de los contratos, sino redactadas adaptándolas a cada caso en concreto. De esta forma, a diferencia de las condiciones generales, “lo que caracteriza a las condiciones particulares es que no han sido predisuestas con carácter general y no, simplemente, que no hayan sido predisuestas, es decir, que lo que falta en ellas es el elemento de la *uniformidad* o *generalidad* y no el de la *predisposición*”¹⁶. En este mismo sentido, se indica que en la práctica, del conjunto de condiciones particulares, una parte se corresponden con

13 El art. 6 LCS determina que la proposición de contrato, u oferta para concluir el contrato, realizada por el asegurador vinculará a éste por un plazo de quince días, mientras que la solicitud de seguro realizada por el futuro tomador carece de eficacia vinculante.

14 Sánchez Calero, F. “Artículo 3. Condiciones generales”, en Sánchez Calero, F. (dir.). *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. Cizur Menor (2010): Aranzadi, 111.

15 Díaz Alabart, S. “Comentario artículo 6. Reglas de interpretación”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Cizur Menor (1999): Aranzadi, 295, manifiesta que, a diferencia de las condiciones generales, las condiciones particulares son aquellas que carecen de las notas de predisposición y generalidad; precisamente, son particulares por que no se redactan para ser incluidas sin modificaciones en una pluralidad de contratos.

16 Pagador López, J. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*. Madrid (1999): Marcial Pons, 356.

las declaraciones que realiza el asegurado, pero otra parte de aquellas son cláusulas impuestas por el asegurador sin posibilidad de intervención del asegurado¹⁷.

Hemos de subrayar que, incomprensiblemente, la norma dispensa un trato distinto a las condiciones particulares, excluyéndolas del deber de su inclusión en la propuesta del contrato si la hubiera. En este punto no compartimos la decisión del legislador por las razones expuestas acerca de la necesaria incorporación de las cláusulas generales en la propuesta de seguro. En efecto, tanto las cláusulas particulares como las generales una vez incorporadas al contrato constituyen la *lex contractus* de obligado cumplimiento por las partes. Consecuentemente, si las primeras quedan fuera de la propuesta difícilmente podrá el tomador del seguro formarse una comprensión correcta acerca de a qué se está obligando en caso de manifestar su aceptación ya que no dispone de toda la información que precisa para ello. Por otro lado, si la oferta carece de las condiciones particulares surge la duda de cómo se concretará la vinculación del asegurador ante la aceptación del adherente. Es decir, en este caso se abre el interrogante acerca de cuál es la cobertura real que está garantizando el asegurador cuando su oferta "incompleta" es aceptada por el tomador dentro de los quince días de plazo estipulados por el art. 6 LCS.

4. Los requisitos para la incorporación de las condiciones al contrato

A efectos de su inclusión en el contrato, el art. 3 LCS disciplina unas reglas de interpretación comunes a las condiciones generales y particulares con la finalidad de hacerlas inteligibles y comprensibles para el contratante¹⁸. En este sentido, dispone que "las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa". El objeto de la norma es que el asegurado conozca y entienda el contenido de las condiciones que se incorporan al contrato. Se hace por ello necesario exigir que el lenguaje empleado sea el que se utiliza habitualmente en la generalidad de las relaciones sociales. Asimismo, que el redactado sea efectivamente legible, inteligible y comprensible para cualquier contratante no familiarizado con la idiosincrasia propia del ámbito asegurador. Ello significa que debería abandonarse el empleo excesivo de palabras técnicas sólo comprensibles para los expertos en la materia y pasar a la utilización de un lenguaje habitual y de fácil comprensión para la generalidad de los contratantes¹⁹.

17 Larraya Ruiz, L. J. "Las cláusulas limitativas de los Derechos de los Asegurados. Artículo 3.1 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro". Elcano (2001): Aranzadi, 54-55, indica que las cláusulas particulares también pueden estar prerredactadas e impuestas para un cierto número de contratos que tienen las mismas características, pero no para la generalidad de contratos.

18 Del mismo modo, el art. 1006 del Código de comercio boliviano de 1977, tras la modificación introducida por el art. 58 de la Ley 1883 (promulgada el 25/06/1998) determina que "se entiende por póliza de seguro las Condiciones Generales, las Condiciones Particulares y los Anexos". Al mismo tiempo, se exige que su redacción se haga "en forma clara y fácilmente legible", debiéndose entregar el original de la póliza al asegurado.

19 A este respecto, Illescas Ortiz, R. "El lenguaje de las pólizas de seguro", en Verdera y Tuells, E (dir.). *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*. Madrid (1982): Colegio Universitario de Estudios Financieros, 360, señala que la imposibilidad de la sustitución de los términos técnicos haría necesaria la incorporación de "un glosario inteligible por el profano".

Ahora bien, la sencillez y claridad en los términos utilizados no basta para garantizar el efectivo conocimiento del contenido del clausulado. A ello debe de aunarse también la claridad del documento en que se disponen las cláusulas. Es preciso que éste se presente correctamente sistematizado, que sea breve, conciso y legible, en aras, precisamente, a favorecer su efectiva lectura y comprensión. En efecto, de poco serviría la utilización de términos que puedan ser en sí mismos inteligibles si el contratante encontrase frente a él un documento excesivamente largo y farragoso, escrito con letra pequeña o borrosa, con frases intrincadas y plagado de continuas remisiones a otras partes del contrato y a una variedad de normativa aplicable, que hiciera, en definitiva, totalmente incomprensible y rechazable su lectura.

El incumplimiento de la exigencia de redactar las cláusulas generales y particulares de forma clara y precisa trae como consecuencia su no inclusión en el contrato. Este mismo efecto es el que determina el art. 7 LCGC respecto a las condiciones generales que sean “ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles”. No obstante, este precepto añade como salvedad a la no incorporación, que tales cláusulas “hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”. La remisión a una norma específica nos traslada a las normas de transparencia del contrato de seguro y con ello al art. 3 LCS que exige de forma imperativa claridad y precisión en la redacción de sus cláusulas. Por lo tanto, en el ámbito del seguro no se incorporarán al contrato aquellas cláusulas que contravengan el requisito legal de transparencia, incluso si han sido expresamente aceptadas por el adherente.

Por lo que respecta a las cláusulas particulares, y teniendo en cuenta que pueden ser objeto de negociación por las partes que intervienen en el contrato, hay autores que estiman que habiendo sido especialmente negociadas pierden su carácter de predisuestas e impuestas por lo que deja de aplicarse la exigencia del art. 3 LCS de ser redactadas de forma clara y sencilla, “por muy compleja que resulte finalmente la cláusula”²⁰. Nuestra opinión al respecto es que la claridad y sencillez en el redactado también debe reivindicarse en las cláusulas particulares, inclusive cuando han estado especialmente redactadas. En primer lugar, porque el citado artículo no hace ninguna distinción en este punto. Por otro lado, debido a la particular complejidad del contrato de seguro, la finalidad de esta norma es mantener al contratante debidamente informado durante todo el proceso de la contratación, de ahí que la exigencia de una redacción clara y sencilla sea predicable para todo tipo de cláusulas que se incluyan en el contrato.

20 Pagador López, J. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, cit., 356.

Sin embargo, surge la duda respecto a la posibilidad de no incorporar al contrato una cláusula particular que ha sido especialmente negociada por el tomador pero que adolece de falta de claridad y sencillez en su redacción. El art. 3 LCS no dice nada al respecto. Por otro parte, la no incorporación de las cláusulas ambiguas, oscuras e incomprensibles señalada por el art. 7 b) LCGC sólo es aplicable a las cláusulas generales. De ahí que quepa deducir que la cláusula particularmente negociada no será excluida del contrato a pesar de no estar redactada con claridad. Ahora bien, en este caso, no obstante la cláusula haya sido negociada, si el asegurador la incorpora al contrato con una redacción poco clara o con términos confusos se aplicará el art. 1288 CC, que establece la regla *contra proferentem*. De conformidad con esta regla las dudas surgidas con motivo de la interpretación de la cláusula oscura han de ser resueltas a favor de la parte contratante que no provocó la oscuridad, en este caso, a favor del tomador o asegurado.

5. Reglas de interpretación de las condiciones generales y particulares presentes en el contrato

A falta de regulación específica en la LCS, cuando el contrato incluya condiciones generales y particulares, el art. 6.1 LCGC establece una regla de prevalencia, para el caso de que exista contradicción entre ellas, a favor de las condiciones particulares²¹. A este respecto, parece claro que la finalidad de la norma no es establecer una preferencia absoluta o en todo caso de las condiciones particulares sobre las generales sino la protección del adherente, de forma que se aplicará la condición que en el caso concreto resulte más beneficiosa para él.

En un primer momento, cabe pensar que una cláusula especialmente redactada para individualizar y personalizar el contrato de seguro pueda resultar más favorable para el asegurado que las condiciones generales predispuestas para una generalidad de contratos. Si a ello añadimos que una cláusula particular, a diferencia de las generales, puede ser negociada por el tomador del seguro, nos reafirma en la creencia de que, efectivamente, en tal caso, la cláusula particular expresa la voluntad de las partes para regular el contenido del contrato de forma diversa a las cláusulas generales. Este es el motivo que se aduce para la redacción del § 305b del *Bürgerliches Gesetzbuch* en el que se establece que los acuerdos contractuales individuales tienen preferencia sobre las condiciones generales²².

21 El art. 6.1 LCGC dispone que “cuando exista una contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para este contrato, prevalecerán éstas sobre aquellas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente”.

22 V. Herberguer, M./Martinek, M./Rüßmann, H./Weth, S. “§ 305b”, en Junker, M. (edit.). *Juris-Praxiskommentar*. Saarbrücken (2013): Juris, 548, en el que se indica que la preferencia de las cláusulas particulares sobre las generales en caso de contradicción entre ambas obedece al principio de la libertad contractual. A este respecto, se señala que las condiciones generales cumplen la función de completar las lagunas existentes en los acuerdos celebrados entre las partes. Por lo tanto, si existe una contradicción entre una cláusula particular y una cláusula general, esta última carecerá de eficacia. Así, mediante la cláusula particular se tendrá en consideración la voluntad de las partes. La prioridad de la cláusula particular sobre las cláusulas generales rige en beneficio de las dos partes contratantes, pudiendo dirigirse ambos a dicha primacía.

Del mismo modo, el art. 1342 del *Codice Civile* dispone que en los contratos celebrados mediante la suscripción de formularios predispuestos para regular de forma uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas añadidas al formulario prevalecen sobre las cláusulas predispuestas cuando sean incompatibles con ellas, aunque estas últimas no hayan sido anuladas. En este sentido, se indica que la introducción de adiciones o correcciones manuscritas a un documento escrito a máquina, y debidamente firmado por las partes, comporta una presunción *iuris tantum* de que con dicha inclusión o corrección las partes han dispuesto una ulterior y diversa regulación de la relación contractual respecto a las cláusulas originales predispuestas²³.

Sin embargo, hemos de tener presente que las condiciones particulares que no han sido especialmente negociadas por el asegurado también tienen el carácter de predispuestas e impuestas por el asegurador, de ahí la conveniencia de interpretar en este supuesto la cláusula general y la particular en relación al conjunto del contrato y optar por la que otorgue un mayor beneficio al asegurado.

En este sentido, entendemos que el art. 6.1 LCGC no se limita a establecer un mero criterio jerárquico entre los dos tipos de cláusulas, sino que ofrece una verdadera regla de interpretación en pro del adherente. Por consiguiente, la contradicción entre una cláusula particular y una cláusula general se resolverá interpretando cada una de ellas, conforme a una interpretación general del contrato, desde la perspectiva de la protección del adherente y, como resultado de esa labor de interpretación, prevalecerá la cláusula que sea más beneficiosa para él. De ahí que la aplicación del art. 6.1 LCGC otorgue una mayor protección al asegurado que la normativa contenida en los regímenes de algunos países de nuestro entorno, como los anteriormente citados²⁴.

Prosiguiendo con el análisis de las reglas de interpretación de las cláusulas generales, el art. 6 LCGC señala en su apartado segundo que "las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente"²⁵. Por otro lado, dada la naturaleza contractual de las cláusulas generales y particulares, les es aplicable las disposiciones del Código Civil en materia de interpretación de los contratos²⁶. En concreto, como ya dijimos anteriormente, el art. 1288 CC, que

23 V. Zaccaria, A. "Art. 1342", en Cian, G. (dir.). *Comentario breve al codice civile*. Padua (2011): Cedam, 1532.

24 Piénsese en aquellos supuestos en los que una cláusula ha sido objeto de negociación, pero, debido al escaso o nulo conocimiento del tomador respecto al funcionamiento del seguro en cuestión, dicha cláusula acaba resultando menos beneficiosa para él de lo que sería la aplicación de las cláusulas generales.

25 La Directiva europea 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece en el art. 5 que "en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o alguna de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor".

26 Así lo dispone igualmente el último apartado del art. 6 LCGC.

establece el principio *contra proferentem* conforme al cual la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.

Consecuentemente, en el ámbito asegurador el principio *contra proferentem* regirá para cualquiera de las cláusulas oscuras insertadas en el contrato, es decir, para las que contengan condiciones generales y para las que contengan condiciones particulares, y la oscuridad se resolverá a favor del tomador o asegurado con independencia de que éste sea un usuario o un profesional, y, en este último caso, de que contrate en ejercicio de su actividad profesional. En concreto, la aplicación del art. 6.2 LCGC será preceptiva en aquellos supuestos en que la oscuridad sea debida a una cláusula general que haya sido predispuesta por el asegurador. Para el caso de que la oscuridad provenga de una cláusula individual que efectivamente haya podido ser negociada por el tomador, sería aplicable el art. 1288 CC.

III. EL CONTROL DEL CARÁCTER LESIVO DE LAS CONDICIONES DEL CONTRATO

I. Las cláusulas lesivas en la Ley de Contrato de Seguro

Atendiendo a la vocación tuitiva del asegurado que caracteriza a la LCS, se prohíbe en el artículo tercero de esta norma que las condiciones generales resulten lesivas para el asegurado. No obstante, el citado artículo no precisa el significado del término "lesiva" referido a las cláusulas generales del contrato de seguro. Entiende la doctrina que "las cláusulas lesivas no sólo son aquellas que son contrarias a la ley, que serían propiamente ilegales y nulas en virtud del artículo 2, sino que entrarían en su concepto aquellas cláusulas que aun sin ser contrarias a la ley gravan o perjudican excesivamente al asegurado"²⁷. Por lo tanto, se considerará cláusula lesiva aquella que comporte una excesiva onerosidad para el asegurado²⁸. En esta misma línea se indica que a pesar de no ser ilegales, porque no contravienen frontalmente las disposiciones legales imperativas, su carácter inicuo, desproporcionado o injusto sería determinado por las consecuencias que comporta en la posición negocial del asegurado²⁹. Consecuentemente, el carácter lesivo de una cláusula general no vendría determinado por ser contraria a las normas imperativas, dado que en tal caso se trataría de una cláusula nula por ser ilegal, sino por causar un desequilibrio importante en las prestaciones derivadas del contrato en perjuicio del asegurado³⁰.

27 Paredes Guisasaola, A. *Cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro*. Madrid (2000): Edersa, 104.

28 Sánchez Calero, F. "Artículo 3. Condiciones generales", cit., 127.

29 Pagador López, J. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, cit., 367, añade que serían cláusulas lesivas las que "sucumben a la práctica del control de lesividad o control de contenido en que consiste en último término la prohibición de las mismas por el art. 3.1 LCS".

30 Pérez-Serrabona, J. L. *El contrato de seguro. Interpretación de las condiciones generales*. Granada (1993): Comares, 260, señala que "la cláusula lesiva sería la que vulnera el principio general *alterum non laedere*, referido, en nuestro caso concreto, a un contratante específico, al asegurado"

En este sentido, la cláusula lesiva derivará de la aplicación de las normas dispositivas de la LCS o de otras normas con este carácter que no entren en conflicto con las disposiciones imperativas de la LCS.

2. Las cláusulas abusivas en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en la normativa de defensa de los consumidores y usuarios

Al objeto de transponer la Directiva europea 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, la Directiva 93/13/CEE), y de regular las condiciones generales de la contratación, se dictó la LCGC. Esta ley es de aplicación a las relaciones de profesionales entre sí y de éstos con los consumidores mediante la celebración de contratos con condiciones generales de la contratación. Al mismo tiempo, la LCGC introdujo en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 29 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en el art. 10 bis de la misma Ley, un listado de cláusulas contractuales claramente abusivas conforme a la citada Directiva y a nuestro Derecho³¹.

De esta forma, mediante la transposición de la normativa europea en materia de tutela del consumidor, se introdujo en nuestro ordenamiento la terminología de cláusulas abusivas para referirse al carácter lesivo de las cláusulas predispuestas por los profesionales frente a los consumidores. Conforme a la Exposición de Motivos de la LCGC, "cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares". Al respecto, el art. 82.1 TRLGDCU establece que se considerarán cláusulas abusivas "todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas que, en contra de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor o usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"³². Consecuentemente, la referencia al carácter lesivo de las cláusulas del contrato de seguro que hace el art. 3 LCS queda superada por el carácter abusivo de tales cláusulas cuando se trate de un contrato de seguro en que el asegurado tenga la condición de consumidor conforme al TRLGDCU³³.

31 La Ley 26/1984, de 29 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

32 El art. 82.1 TRLGDCU incorpora la definición de cláusula abusiva dada por el art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE.

33 Tapia Hermida, A. J. "Condiciones generales, cláusulas limitativas y cláusulas abusivas ante la reforma de la Ley de Contrato de Seguro". *Revista Española de Seguros* (2013). 155, 311-336, 322.

3. La apreciación del carácter abusivo de las condiciones particulares y de las cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato

A pesar de que el art. 3 LCS parece limitar la apreciación del posible carácter lesivo sólo respecto de las cláusulas generales, cabe entender que tal carácter también puede predicarse de las cláusulas particulares³⁴. La Directiva 93/13/CEE se limita a aplicar la prohibición de cláusulas abusivas a las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, sin diferenciar entre cláusulas generales o particulares³⁵. Inclusive aquellas condiciones particulares que han sido especialmente pactadas deberían ser consideradas abusivas cuando comporten una excesiva onerosidad para el asegurado³⁶.

Del mismo modo, el art. 14 de la *Arrête Royal* belga de 22 de febrero de 1991, por la que se establecen las normas generales relativas al control de las empresas de seguros, dispone con carácter general que "las condiciones de los contratos no pueden contener ninguna cláusula de naturaleza tal que atente contra la equivalencia entre los compromisos del asegurador y del tomador". De conformidad con la norma citada, la consideración de cláusula abusiva en el contrato de seguro puede atribuirse a cualquier cláusula contractual, con independencia de su naturaleza general o particular; y, en este último caso, de que se trate de una cláusula que haya sido negociada individualmente por el tomador.

No obstante, un sector de la doctrina considera que la prohibición del carácter lesivo contenida en el art. 3 LCS se refiere únicamente a las condiciones generales, quedando excluida su aplicación a las condiciones particulares, por ser éstas habitualmente negociadas, de forma que "no es válido aplicar, sin más, esa prohibición" cuando la cláusula particular haya sido especialmente negociada entre el tomador del seguro y el asegurador³⁷.

34 Embid Irujo, J. M. "Artículo 3", en Boquera Matarredona, J., Bataller Grau, J., Olavarría Iglesia, J. (coords.). *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*. Valencia (2002): Tirant lo Blanch, 79; Pagador López, J. Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación, cit. 379. En este mismo sentido Veiga Copo, A. B. *Tratado del contrato de seguro*, 2ª ed. Cizur Menor (2012): Aranzadi, 766-767, considera que la lesividad de una cláusula también puede ser extrapolable incluso a una cláusula particular que ha sido especialmente negociada por las partes, aunque lo más usual y frecuente sea que las estipulaciones lesivas puedan encontrarse redactadas y ubicadas en el condicionado general.

35 Al respecto, Bosch Capdevila, E.; Giménez Costa, A. "Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores". *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, (2005). 692, 1757-1816, 1760, señalan que la condición para merecer el calificativo de abusiva, por comportar en contra de las exigencias de la buena fe un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, es que la cláusula no se haya negociado individualmente, de ahí que no queden excluidos los supuestos de "cláusulas elaboradas unilateralmente por el profesional para cada consumidor en particular". No obstante, indican los autores, el (actual) art. 82.4 TRLGDCU utiliza la expresión "en todo caso son abusivas" para referirse a un listado de cláusulas (la denominada lista negra) que cumplan o no los requisitos del primer apartado del art. 82 serán abusivas, hayan sido negociadas individualmente o no.

36 Lambert-Favre, Y. *Droit des assurances*. París (1999): Dalloz, 124, señala que en el contrato de seguro el carácter abusivo de una cláusula puede ser denunciado tanto respecto de las condiciones particulares "negociadas libremente" como de las condiciones generales preestablecidas por el asegurador. Así lo establece de forma expresa el art. L 132-1 *Code de la consommation* francés.

37 Sánchez Calero, F. "Artículo 3. Condiciones generales", cit., 128.

Por otro lado, el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE establece que no se apreciará el carácter abusivo de aquellas cláusulas que hagan referencia a los elementos esenciales del contrato, como son las referidas al objeto principal del contrato, o a la adecuación entre precio y retribución, y, tampoco, a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. A su vez, en el Considerando diecimonoveno de la Directiva se especifica que en los contratos de seguro no se apreciará el carácter lesivo de aquellas cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador; ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor. Por lo tanto, podría parecer que, en principio y como regla general, a pesar de que una cláusula comporte en perjuicio del asegurado un desequilibrio excesivo o desproporcionado, no será sometida al control de contenido por abusiva si se trata de una cláusula, por ejemplo, delimitadora del riesgo cubierto por el seguro.

Sin embargo, en este punto debemos tener presente que nuestro legislador, a diferencia de los legisladores de otros países de nuestro entorno³⁸, no ha traspuesto el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de ahí que no aparezca ni en la LCGC ni en el TRLGDCU exclusión alguna en la regulación del control de contenido del carácter abusivo de las cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato³⁹. Por otra parte, el art. 9.2 LCGC admite expresamente el control de contenido y la correspondiente nulidad de las cláusulas que afecten a elementos esenciales del contrato, cuando especifica que la sentencia estimatoria de la nulidad de las cláusulas de condiciones generales “declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquéllas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil”. Consecuentemente, en relación con el dictado del art. 3 LCS que prohíbe el carácter lesivo de las condiciones generales y teniendo el asegurado la condición de consumidor; cuando

38 Este es el caso de Francia, que sí transpuso el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. Así el art. L 132-1 del *Code de la consommation* establece en el epígrafe sétimo que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no afectará a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio o la remuneración al bien vendido o al servicio prestado, siempre que las cláusulas hayan sido redactadas de forma clara y comprensible”. Igualmente, en Bélgica se transpuso el art. 4.2 de la citada Directiva en el art. 31 § 3 de la Ley de 14 de julio de 1991 sobre las prácticas comerciales. Del mismo modo, se recoge la transposición en el artículo 43.2 del *Codice del consumo* italiano.

39 González Pacanowska, I. “Libro II: Título II (Introducción)”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R (coord.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Cizur Menor (2009): Aranzadi, 911-912, señala que las normas sobre cláusulas no negociadas contenidas en la LCGC y en el TRLGDCU no discriminan entre cláusulas referidas al objeto y a la adecuación económica, y cláusulas referidas a aspectos complementarios o accesorios. Al respecto, Bosch Capdevila, E. y Giménez Costa, A. “Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, cit., 1768-1769, observan que la mayoría de la doctrina española rechaza la idea de llevar un control de precios en los contratos no negociados celebrados con consumidores, esencialmente, por ser contrario al modelo comunitario que preconiza la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y al régimen de economía de mercado consagrado por el art. 38 CE. En esta cuestión indican que son dos los requisitos que permiten sustraer del control de contenido a las cláusulas referentes al objeto del contrato y al precio: la transparencia en la formulación de las cláusulas y la existencia de un sistema de libre competencia real; de manera que, señalan los autores citados, “todo dependerá de si funciona o no el sistema de libre competencia”.

una cláusula cause en perjuicio de dicho asegurado un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, podría someterse a la aplicación de las reglas de control de contenido de los arts. 82 y ss.TRLGDCU, incluso si tal cláusula hiciera referencia a elementos esenciales del contrato de seguro⁴⁰.

En este sentido, algunos autores consideran que están sujetas al control de contenido aquellas cláusulas que contengan limitaciones o modificaciones de los acuerdos relativos a las prestaciones principales; "así, en los contratos de seguro, la delimitación del riesgo que no se corresponda con el tipo de seguro o imagen que del mismo se haya podido legítimamente representar el adherente"⁴¹. En efecto, el control de contenido debe abarcar aquellas cláusulas que de forma tácita o expresa alteren el contenido esencial y determinante del contrato de tal forma que desvirtúen la confianza manifestada por el consumidor en el momento de celebrar el contrato, sobre el alcance de la prestación que recibe y el coste total de la operación⁴².

La posibilidad de extender el control de la condición abusiva a las cláusulas reguladoras de los elementos esenciales del contrato también ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia menor en relación al pago de intereses aplicables a contratos de préstamo. Así, la SAP Barcelona 11 julio 2007⁴³ admite la posibilidad de analizar en carácter abusivo de aquellas cláusulas que determinan los intereses moratorios en un préstamo bancario a pesar de que estas cláusulas inciden sobre uno de los elementos esenciales del contrato como lo es el precio⁴⁴. Ello se fundamenta en la norma de defensa de consumidores y usuarios en la que se considera una cláusula abusiva la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones.

Del mismo modo, la SAP Asturias 9 julio 2004⁴⁵ justifica la extensión del control de contenido sobre los intereses remuneratorios de un préstamo bancario conforme a la normativa sobre la defensa de los consumidores y usuarios. A este respecto, la Audiencia resalta que la Directiva 93/13/CEE deja a salvo en su Exposición de Motivos la posibilidad de que los Estados miembros garanticen "una protección más elevada el consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva".

40 Contrariamente, Pagador López, J. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, cit., 375.

41 Carrasco Perera, A. *Derecho de los contratos*. Cizur Menor (2010): Aranzadi, 802-903.

42 A este respecto, González Pacanowska, I. "Libro II: Título II (Introducción)", cit., 911, señala que la labor fiscalizadora se dirige "fundamentalmente, a comprobar el conocimiento efectivo del consumidor en el momento de celebrarse el contrato de lo que es típicamente determinante para su decisión de contratar y sus razonables expectativas teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso en concreto".

43 SAP Barcelona 11 julio 2007 (AC 2007, 2199).

44 Sobre la posibilidad de revisar el carácter abusivo de las cláusulas referentes a intereses moratorios en los contratos de préstamo, v. entre otras, SAP Barcelona 9 septiembre 2009 (JUR 2009, 462782) y SAP Madrid 21 noviembre 2011 (JUR 2012, 22415).

45 SAP Asturias 9 julio 2004 (AC 2004, 1163).

Este es el criterio expresado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 3 de junio de 2010, en el asunto C-484/08, por medio de la cual se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el TS sobre este respecto. La cuestión versaba sobre si un Estado miembro, de conformidad con el art. 8 de la citada Directiva, puede establecer en su legislación y en beneficio de los consumidores un control del carácter abusivo de aquellas cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre el precio y la retribución, que queda excluido en virtud del art. 4.2 de la misma Directiva, aunque dichas cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible. A tal cuestión responde el Tribunal europeo confirmando lo que se indica en el considerando duodécimo de la Directiva en el sentido de que ésta sólo ha realizado una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales relativas a las cláusulas abusivas, por lo que se reconoce a los Estados miembros la posibilidad de garantizar al consumidor una protección mayor que la prevista en la Directiva. En virtud de lo cual declara que los citados artículos de la Directiva “deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque éstas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible”. Por lo tanto, la normativa española no es incompatible con la normativa comunitaria sobre el control de las cláusulas abusivas.

4. Distinción entre el tomador consumidor o usuario y el tomador empresario o profesional frente a las cláusulas abusivas

La inclusión de una cláusula general lesiva en el contrato de seguro implicará una violación del mandato del art. 3 LCS y por ello será nula y se tendrá por no puesta. En este punto debemos subrayar el distinto trato normativo que se establece en relación a la nulidad de las condiciones generales abusivas cuando el asegurado es un empresario o profesional que se asegura como tal, o cuando es un consumidor o usuario. A este respecto, a pesar de que en la regulación del control de inclusión de las cláusulas generales la LCGC no hace distinción cuando el adherente es un consumidor o un profesional o empresario, tratándose de cláusulas abusivas el control de contenido se reserva a la legislación sobre protección de consumidores y usuarios.

Así, el art. 8.1 LCGC dispone que “serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva [...]”. Pero en el segundo apartado, al abordar propiamente el control de contenido, indica que “en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato de haya celebrado

con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios⁴⁶.

De la redacción de este segundo apartado se deduce que el control de contenido de las condiciones generales abusivas definidas de forma específica en la norma de protección de los consumidores y usuarios, no se aplicará a aquellos contratos con cláusulas generales abusivas cuando el adherente sea un empresario o un profesional. De esta forma, la LCGC, aplicable a cualquier contrato con cláusulas generales, descarta establecer un control de contenido de las condiciones generales en aquellos celebrados entre profesionales, a través de la nulidad de las cláusulas abusivas y su correspondiente exclusión del contrato, similar al empleado a los contratos con consumidores⁴⁷.

Consecuentemente, y de conformidad con nuestra legislación, cuando se trate de un contrato de seguro en el que el asegurado tenga la condición consumidor o usuario y se vea afectado por una cláusula general abusiva, se aplicarán las reglas generales de la LCGC en la medida de que se trata de condiciones generales, y las normas específicas de control de validez de los arts. 82 a 90 TRLGDCU, por tratarse de un consumidor. En el supuesto de que el asegurado afectado por una cláusula general abusiva sea un empresario o profesional, se aplicará la regla general de control de contenido sobre cláusulas generales del art. 8.1 LCGC que, en definitiva, nos remite a la aplicación de las reglas generales de nulidad contractual⁴⁸. No obstante, existe la opinión de que el art. 3 LCS dispone un control de contenido de cláusulas lesivas del asegurado con independencia de que éste sea un consumidor o un profesional, de manera que, a falta de especificaciones suplementarias en la ley, el concepto de lesividad "debe ser retrospectivamente interpretado a la luz de la normativa vigente de consumidores, y dotarse de un contenido coincidente con la cláusula general de control de abusividad del artículo 82.1 TRLGDCU"⁴⁹.

46 Actualmente, la referencia ha de entenderse efectuada al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y en concreto, a los arts. 82 al 90, ambos inclusive, de dicho texto normativo, que contienen la denominada "lista negra" de cláusulas consideradas abusivas.

47 A este respecto, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. "Comentario artículo 8. Nulidad", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Cizur Menor (1999): Aranzadi, 266, señala que de la lectura completa de la Exposición de Motivos de la Ley (en especial, los párrafos 6.º, 7.º, 8.º y 9.º) resulta claro la voluntad de nuestro legislador de aceptar la existencia de las cláusulas generales lesivas en los contratos celebrados entre profesionales y aplicar la misma sanción para excluirlas del contrato. Del mismo modo, queda claro que el concepto de condiciones generales abusivas es el mismo para los contratos con consumidores y para los contratos celebrados entre profesionales y es el que contiene el (actual) art. 82 TRLGDCU. También resulta de la Exposición de Motivos que donde se rechaza la equiparación entre el adherente consumidor y el profesional es en la aplicación común de la lista de condiciones generales que se consideran abusivas contenida en los (actuales) arts. 85 a 90, ambos inclusive.

48 El art. 9.1 LCGC remite las acciones de control de inclusión y de contenido de las condiciones generales de la contratación a las reglas generales de la nulidad contractual previstas en el Código Civil. Con lo cual, tales reglas se aplicarán a toda cláusula contractual, sea general o particular, negociada o impuesta.

49 Carrasco Perera, A. *Derecho de los contratos*, cit., 781-782. Análogamente, Cámara Lapuente, S. *El control de las cláusulas "abusivas" sobre elementos esenciales del contrato*. Cizur Menor (2006): Aranzadi, 122 considera que el

No faltan autores que se muestran discrepantes con la exclusión de la contratación entre empresarios de las reglas de control de contenido propias de la contratación con consumidores. En este sentido, se subraya que la "ratio" del control de contenido específico de la contratación con consumidores "no se agota en el hecho de la consideración "personal" de consumidor, sino que se extiende al hecho de la asimetría en el proceso de la formación del contrato, que tanto suele darse con consumidores como con adherentes en general"⁵⁰. Del mismo modo, se indica que ya antes y después de la entrada en vigor de la LCGC la jurisprudencia ha venido admitiendo que cabía la aplicación analógica de las reglas de control de contenido propias de la contratación con consumidores a la contratación entre empresarios y que este proceder cuenta con el apoyo entre los autores⁵¹.

A este respecto, se subraya que los efectos de calificar una cláusula como lesiva o abusiva son sustancialmente los mismos aplicando las cláusulas generales de la nulidad contractual o aplicando los estándares especializados de los arts. 82 y siguientes del TRLGDCU, ya que la aplicación de éstos últimos no puede llevar a resultados de control de contenido distintos de aplicar aquellos preceptos del Código Civil⁵². Siguiendo este razonamiento se advierte que las listas negras-grises del TRLGDCU no han servido para hacer un control de contenido más riguroso que las reglas generales, "sino para ilustrar la regla general con subreglas de concreción de nulidad que hacen más predecible y homogéneo el que hacer de los Tribunales"⁵³.

5. Las cláusulas abusivas en Derecho comparado y en los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro

En el Derecho francés, de conformidad con el art. L 132-1 del *Code de la consommation*, el control del carácter abusivo se establece respecto de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados entre profesionales y no profesionales o consumidores. De esta forma, queda fuera de la aplicación del listado de cláusulas

carácter lesivo de una cláusula, en el sentido de ser abusiva por causar un perjuicio objetivo desproporcionado al asegurado, debe ser apreciado con independencia de que sea o no un consumidor.

- 50 A este respecto, Pasquau Liaño, M. "Comentario Arts. 9 y 10. Régimen aplicable y Efectos", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Cizur Menor (1999): Aranzadi, 275-276, añade que la contratación entre profesionales habrá de hacerse con infinidad de matizaciones y distinciones, como la inadecuación de aplicar una lista negra de cláusulas prohibidas y el contenido de ésta.
- 51 Carrasco Perera, A. *Derecho de los contratos*, cit., 777-778, observa que parte de la doctrina y alguna resolución judicial mantienen que la cláusula general de la buena fe del art. 82.1 TRLGDCU es aplicable a la contratación entre empresarios, aunque ésta quedaría excluida de la lista específica de control de contenido de los arts. 85 a 90 TRLGDCU. Sin embargo, señala este autor, es irreal mantener que los "nichos" de lesividad singulares de los arts. 85 a 90 TRLGDCU no resulten de aplicación a la contratación entre empresarios, señalando especialmente las cláusulas de arbitrio discrecional del predisponente, las de conductas injustificadas, las de deficiencia causal, las impuestas a destinatarios indiscriminados, y las de abuso concurrencial.
- 52 Sánchez Calero, F. "Artículo 3. Condiciones generales", cit., 130.
- 53 Carrasco Perera, A. *Derecho de los contratos*, cit., 810, incide en que la deseada razonabilidad en la que deberán instalarse la doctrina y los tribunales llevará a aplicar el control de contenido a toda cláusula no negociada individualmente.

presumiblemente abusivas, así como del listado de aquéllas consideradas en todo caso abusivas, el clausulado de los contratos alebrados entre profesionales.

En cambio, la aplicación del control de contenido de las cláusulas abusivas con independencia de que el adherente sea un consumidor o un profesional se admite en otras disposiciones legales, como el *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán, cuyos § 305 a 310 están dedicados a la configuración de las relaciones obligatorias negocials mediante condiciones generales de la contratación. Su regulación se extiende tanto a los contratos celebrados con consumidores como a los celebrados entre empresarios, aunque en este último caso con la exclusión de ciertos párrafos. Así, respecto del control de contenido, el § 307 (1) determina con carácter general la ineficacia de las cláusulas abusivas que afecten a la contraparte contractual del predisponente, comprendiendo en este caso tanto al adherente consumidor como al empresario. Ahora bien, cuando las condiciones generales de la contratación se empleen frente a un empresario, no se aplicarán ni el § 308 que contiene un listado de cláusulas prohibidas con posibilidad de valoración (lista gris), ni el § 309 que recoge el listado de cláusulas prohibidas sin posibilidad de valoración (lista negra). Así, cuando el afectado por una cláusula general abusiva sea un profesional o empresario, podrá acogerse a la tutela de la cláusula general de control de contenido; mientras que en el supuesto de que el adherente sea un consumidor, podrá aplicarse los listados específicos de cláusulas abusivas para declarar la nulidad de aquellas cláusulas que causen un perjuicio desproporcionado a dicho consumidor.

Del mismo modo, el art. 1341 del *Codice Civile*, referente a las condiciones generales de los contratos, determina la ineficacia de las cláusulas señaladas como abusivas cuando el adherente no las haya aceptado expresamente por escrito, con independencia de que dicho adherente sea un consumidor o usuario o un profesional. Análogamente, en referencia al control de contenido de las cláusulas del contrato de seguro, el mencionado art. 14 de la *Arrête Royal* belga de 22 de febrero de 1991, determina, con carácter general, la nulidad de aquellas cláusulas que atenten contra la equivalencia entre los compromisos del asegurador y del tomador. Es decir, establece de forma general la posibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas que resulten abusivas para el tomador del seguro sin diferenciar entre el contratante consumidor y el contratante empresario. Adicionalmente, tratándose de un consumidor el control de contenido se ve reforzado mediante la aplicación del listado de las cláusulas consideradas abusivas contenido en el art. 32 de la Ley belga de 14 de julio de 1991 sobre las prácticas comerciales.

De modo similar, los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro no establecen ninguna distinción entre el tomador o asegurado consumidor y el tomador o asegurado profesional cuando consagran la ineficacia de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente que merezcan la calificación de abusivas.

IV. DISTINCIÓN ENTRE CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO ASEGURADO Y CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LOS DERECHOS DEL ASEGURADO

I. Las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado

Dentro del ámbito protector de los asegurados que distingue a la LCS es destacable la referencia que hace a las denominadas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, exigiendo un doble requisito formal para su válida incorporación al contrato. A tal efecto, el art. 3 LCS dispone que dichas cláusulas “se destacarán de forma especial” y “deberán ser específicamente aprobadas por escrito”. Ahora bien, el citado artículo no define el concepto de cláusula limitativa, siendo la doctrina y, mayoritariamente, la jurisprudencia, quienes se han ocupado de la labor de perfilar su concepto y de proceder a su distinción con las cláusulas delimitadoras del riesgo. Por cláusulas limitativas debe entenderse aquellas que, bien de forma directa, cercenando aquellos derechos que normalmente le confieren la ley y el contrato, o bien de forma indirecta, imponiéndole obligaciones más allá de las generalmente exigidas para una modalidad de seguro, limitan los derechos de los asegurados.

Consecuentemente, el concepto de cláusula limitativa debe apreciarse en un sentido amplio, dado que abarca la supresión para el asegurado de cualquier derecho derivado del ámbito de la autonomía privada de los contratantes en la formalización del contrato. Por ello, no toda cláusula limitativa de los derechos de los asegurados debe concebirse referida exclusivamente a la limitación del riesgo objeto de la obertura aseguradora⁵⁴.

De conformidad con el redactado del art. 3 LCS las cláusulas limitativas pueden encontrarse tanto entre las cláusulas generales como en las particulares. Por lo tanto, aunque la limitación de los derechos del asegurado provenga de una cláusula particular que haya sido específicamente negociada por el asegurado, sólo podrá ser opuesta por el asegurador, si se ha destacado de forma especial en la póliza y si el asegurado la ha aceptado expresamente con su firma.

2. Las cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado

Las cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado son aquellas que acotan o delimitan para cada modalidad de seguro el riesgo que será objeto de la cobertura y cuyo acaecimiento dará lugar al derecho del asegurador a reclamar la prestación y al recíproco deber del asegurador de realizar su cumplimiento. El delimitar y concretar el riesgo permite determinar la correspondiente prima, de forma que “la

⁵⁴ Veiga Copo, A. B. *Tratado de contrato de seguro*, cit., 348.

cláusula que delimita el riesgo cumple la función esencial de alcanzar el propósito de la equivalencia de las prestaciones en el contrato de seguro"⁵⁵. La delimitación del riesgo definido en el marco de una específica modalidad de seguro se lleva a cabo mediante la inclusión de determinados riesgos, y, con ello, el correlativo no aseguramiento de otros, con el fin de adecuar la cobertura del seguro a la voluntad de las partes contratantes⁵⁶. Dentro de estos parámetros, las cláusulas delimitadoras del riesgo no deben ser consideradas como cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados dado que las primeras son las que hacen nacer el derecho del asegurado a la prestación, mientras que las segundas actúan para limitar y restringir ese derecho.

No obstante, en la práctica hay la tendencia a formular, dentro del apartado de la delimitación del riesgo, una serie de exclusiones expresas en referencia al riesgo inicialmente garantizado que van más allá de lo que normalmente se espera el tomador cuando decide contratar esa modalidad de seguro. Por lo tanto, una vez delimitada la cobertura en el caso concreto y dentro de lo habitualmente esperable, aquella estipulación que adicionalmente introduzca exclusiones, mermando la cobertura aseguradora que cualquier contratante espera obtener para esa modalidad de seguro, entendemos razonable que sea calificada de limitativa de derechos, y, por tanto, deba ser realmente conocida y expresamente aceptada por el tomador del seguro⁵⁷.

3. El criterio jurisprudencial sobre esta materia

La compleja distinción entre cláusulas delimitativas del riesgo cubierto y las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado ha propiciado la elaboración de una exhaustiva doctrina jurisprudencial al respecto. La STS (Pleno) 11 septiembre 2006⁵⁸ sentó como doctrina que "las cláusulas delimitadoras del riesgo son aquellas mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando que riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla". En la sentencia se añade que la jurisprudencia mayoritaria ha declarado que "son cláusulas delimitativas aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial". A su vez, señala el Tribunal, las cláusulas delimitativas "no están sujetas a los requisitos impuestos por la Ley a las limitativas

55 Sánchez Calero, F. "Artículo 3. Condiciones generales", cit., 138.

56 A este respecto, Groutel, H. *Traité du contrat d'assurance terrestre*. París (2008): Lexis Nexis, 233, señala que uno de los problemas más delicados del derecho de seguros es la determinación del objeto del contrato llevada a cabo por la doble operación complementaria de la definición de la esfera contractual, que implica el no aseguramiento de lo que queda fuera de ella y la correlativa garantía de lo que en ella se incluye.

57 Lambert-Faivre, Y. *Droit des assurances*, cit., 177, indica que la exclusión de riesgos constituye, por definición, la cláusula de no ganaría por excelencia, sobre la que la atención del asegurado deber ser siempre rigurosamente atraída, y, por ello, deben ser resaltadas de forma especial en las pólizas.

58 STS 11 septiembre 2006 (RJ 2006, 6576)

conforme al art. 3, puesto que la exigencia de este precepto no se refiere a una condición general o a sus cláusulas excluyentes de responsabilidad de la aseguradora, sino aquellas que son limitativas de los derechos de los asegurados⁵⁹. A su vez, la STS 16 octubre de 2000⁶⁰ indica que “la cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido, y la cláusula de exclusión de riesgo la que especifica qué clase de ellos se ha constituido en objeto del contrato”. Por consiguiente, conforme al criterio expuesto por el Tribunal Supremo las cláusulas en las que se establecen exclusiones en la cobertura de la póliza no deben ser consideradas *per se* cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, sino cláusulas delimitadoras del riesgo por cuanto concretan qué riesgos en concreto quedarán fuera de la cobertura del contrato.

59 Esta doctrina ha sido recientemente recogida en otras sentencias como la STS 27 junio 2013 (RJ 2013, 4685) y la STS 5 marzo 2012 (RJ 2012, 4997). En esta última se determina que las cláusulas delimitadoras del riesgo “establecen exclusiones objetivas de la póliza o restringen su cobertura en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato (...) o en coherencia con el uso establecido y no puede tratarse de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza, o de manera no frecuente o inusual”.

60 STS 16 octubre 2000 (RJ 2000, 9195).



LOS DEBERES INFORMATIVOS DE DECLARACIÓN DEL RIESGO Y DE DECLARACIÓN DEL SINIESTRO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

INFORMATION DUTIES REGARDING PRE-CONTRACTUAL INFORMATION AND STATEMENT OF CLAIM IN SPANISH LEGISLATION

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 122-139

Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto MCIN DER2010-21314, "Reforma y armonización de la normativa reguladora de los seguros privados y su adecuación a las Directivas europeas y a los *Principles of European Insurance Contract Law*".



Paola N.
RODAS
PAREDES

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de noviembre de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: Dentro de los deberes que se imponen al asegurado sin duda son de importancia capital para el mantenimiento del equilibrio en las prestaciones recíprocas, el cabal cumplimiento del deber de proporcionar información relativa al riesgo objeto de cobertura, pues de ella deriva la apreciación, por parte del asegurador, del riesgo asegurado. Por otra parte, una vez hubiera acaecido el hecho dañoso, informar del mismo corresponde también al asegurado, pues de otra manera se impide que el asegurador cumpla con su obligación de pago de la indemnización. Así pues, este trabajo aborda ambos eventos esperando que la proyectada reforma de su régimen jurídico permita una mejora del mismo.

PALABRAS CLAVE: Deberes del asegurado, declaración del riesgo, declaración del siniestro, Propuesta de Código Mercantil

ABSTRACT: The duties imposed on the insured certainly are of paramount importance for the maintenance of balance in the reciprocal duties of the insurance contract. Consequently full compliance with the duty to provide pre-contractual information related to the risk is relevant, since from it derives the assessment, by the insurer, of the scope of the insured risk. On the other hand, once the loss has occurred, the duty to report it also corresponds to the insured, otherwise the insurance company could be prevented to fulfill its obligation to pay the agreed compensation. Thus, this paper addresses both events hoping the projected reform allows for improvement.

KEY WORDS: Duties of the insured, pre-contractual information duties, statement of claim, Proposed Business Code

SUMARIO: I. Introducción.- II. La declaración del riesgo.- 1. Antecedentes.- 2. Regulación actual.- A) Fundamento.- B) Sujetos.- C) Contenido del deber de declaración.- D) Momento de la declaración.- E) Efectos del incumplimiento.- 3. Tendencias legislativas.- 4. La regulación del Código de Comercio de 1977.- III. La declaración del siniestro.- 1. Antecedentes.- 2. Regulación actual.- A) Fundamento.- B) Sujetos.- C) Contenido del deber de declaración.- D) Plazo para el cumplimiento.- E) Efectos del incumplimiento.- F) La información complementaria a la declaración del siniestro.- 3. Tendencias legislativas.- 4. La regulación del Código de Comercio de 1979.

I. INTRODUCCIÓN

En el contrato de seguro existen obligaciones accesorias atinentes al asegurado, cuya regulación tiene importantes consecuencias en la relación contractual. Nos referimos a los llamados *deberes¹ informativos* que se imponen al asegurado y que permiten que el asegurador pueda conocer las circunstancias y características del riesgo a momento de inicio del contrato y que, con posterioridad, le habilitaran a dar cumplimiento a lo pactado. Así, estos deberes permiten que el asegurador pueda adoptar las decisiones pertinentes en orden a su relación contractual con el asegurado y, una vez ocurrido el siniestro, dar cumplimiento eficaz a sus obligaciones de reparación del daño causado o de indemnizar al asegurado².

Efectivamente, antes de la auténtica formación del contrato, la declaración del asegurado en relación con el riesgo que es objeto de cobertura, cumple la función de determinar el alcance de la misma. En consecuencia, el contenido de

- 1 Así pues, a nuestro entender, la declaración inicial que realiza el solicitante del seguro en relación con el riesgo objeto de cobertura y, una vez suscrito en contrato de seguro, la posterior declaración del siniestro, son *deberes jurídicos* en tanto cargas que se imponen al tomador del seguro o asegurado en orden a defender la comunidad de riesgos sobre la que se constituye la explotación económica de la actividad aseguradora, pero cuyo cumplimiento no puede ser exigido coactivamente por el asegurador, razón por la cual no corresponde utilizar el término *obligación* en sentido jurídico para referirse a estas conductas. V. Garrigues, J. *Contrato de seguro terrestre*. Madrid (1973) 220; Gómez Segade, J.A. “La declaración del siniestro y la información complementaria”, en Verdura y Tuells, E. *Comentarios a la Ley de Contrato de seguro*. Madrid (1982): CUNEF 435, Uria, R., Menéndez, A., Alonso Soto, R. “El contrato de seguro y la actividad aseguradora” en Uria, R., Menéndez, A. *Curso de Derecho Mercantil 2º*. Ed. Madrid (2006): Civitas, 620.
- 2 Dentro de estos deberes también se encuentra el deber del asegurado de comunicar al asegurador la *agravación del riesgo*, que nuestra legislación trata en el art. 11 LCS y que corresponde, en la legislación boliviana a los Arts. 1000 a 1004 del Código de Comercio de 1977. Sin embargo al circunscribirse este trabajo a los deberes informativos necesarios para iniciar la relación contractual y, al momento de culminación de la misma, obviaremos el estudio de la *agravación del riesgo*.

• Paola N. Rodas Paredes

Profesora Lectora del Área de Derecho Mercantil en la Universidad Rovira i Virgili. Doctora en Derecho con mención europea por la Universidad de Valencia (2010). Sus principales líneas de investigación atañen al Derecho del contrato de seguro y también al Derecho de sociedades. Es autora de diversas publicaciones científicas en estas materias, además de haber contribuido con ponencias a Congresos internacionales especializados en ambas materias. Ha realizado estancias de investigación pre- y post-doctorales en el Reino Unido y Alemania.

este *deber* del asegurado es fundamental para las partes pues es instrumento clave en la formación de la voluntad por parte del asegurador de iniciar una relación contractual con el asegurado. Este trabajo pretende realizar un breve análisis de la regulación española en esta materia, pues consideramos que un estudio de los principios instaurados por la Ley del Contrato de Seguro (LCS) española puede resultar en una modernización de la legislación vigente en Bolivia y por lo tanto traer como consecuencia el robustecimiento de la actividad aseguradora en una economía en crecimiento.

El mismo propósito persigue nuestro análisis del deber de informar al asegurador de la producción del siniestro, pues en estos casos el asegurado también debe cumplir con el mismo. En este caso, el asegurado no solo deviene obligado a comunicar el siniestro, sino también a brindar al asegurador toda la información atinente a los hechos ocurridos para que éste pueda cumplir eficazmente con sus obligaciones contractuales en aras a la reparación del daño o proceder al pago de la indemnización pactada, según sea el caso. En este sentido, los principios vigentes en España en esta materia son ciertamente mucho más benévolos con el asegurado y prevén un mayor grado de protección, cuestión que a nuestro entender ha traído como consecuencia una mayor implantación de la industria aseguradora, razón por la cual creemos que es posible que, también en este caso, la experiencia española en orden a proteger en mayor medida al asegurado, puede inspirar a la industria aseguradora implantada en Bolivia y conseguir así un beneficio general para los usuarios y consumidores, además de un fortalecimiento del mercado asegurador en general

II. LA DECLARACIÓN DEL RIESGO

I. Antecedentes

Históricamente, la declaración realizada por parte del solicitante del seguro, en relación con el riesgo asegurado comportaba una importante carga para el *futuro* tomador/asegurado. Debido a que de la misma depende la valoración que el asegurador ha de realizar del riesgo y, en nuestro caso, debido a la influencia de la legislación francesa en materia de seguros, nuestro Código de Comercio (CCom) imponía al solicitante del seguro un riguroso deber de declaración que comprendía no solamente la declaración veraz y exhaustiva de todas las circunstancias por él conocidas y relacionadas con el riesgo, sino que penaba incluso la declaración inexacta involuntaria con la sanción máxima de nulidad del contrato.

Así, la regulación vigente con anterioridad al art. 10 LCS (art. 381 del CCom³) exigía al asegurado a comunicar al asegurador *espontáneamente*, todo aquello

3 “Será nulo todo contrato de seguro: 1º Por la mala fe probada de alguna de las partes al tiempo de celebrarse

que supiera y que estuviera relacionado con el riesgo, para que de esta manera el asegurador pudiera determinar la prima correspondiente al riesgo realmente asumido⁴. El fundamento de esta exigencia partía de la base de considerar al tomador del seguro como la persona directamente relacionada con el riesgo objeto de cobertura y que por tanto éste debía conocer todos los pormenores que pudieran afectar al mismo. Razón por la cual la falta de información o la información incompleta se articulaba como una falta al deber de colaboración, por parte del asegurado, en la evitación del error del asegurado en la formación del contrato⁵. De ellos se infería que cuando el asegurado faltaba a este deber, incumplía con el principio de buena fe, motivo que justificaba la anulación del contrato⁶.

Ante tal situación la práctica aseguradora se veía en la necesidad de adaptar los clausulados generales con el fin de contener los efectos negativos de la norma, cuestión que derivaba en frecuentes problemas interpretativos que, a su vez, ocasionaban un alto grado de judicialización de las disputas entre asegurado y entidad aseguradora⁷.

2. Regulación actual

A) Fundamento.

Visto el panorama previo, la adopción de la Ley del Contrato de Seguro sin duda significó una clara opción legislativa en favor de la tutela del contratante más débil, en este caso el tomador/asegurado⁸. En el caso del deber de declaración del riesgo, la LCS introdujo en nuestra legislación una concepción *diversa*⁹ de su contenido, no solamente en relación con las consecuencias de la infracción a este deber de declaración, sino también en materia de iniciativa de la declaración y exoneración

el contrato; 2° Por la inexacta declaración del asegurado, aun hecha de buena fe, siempre que pueda incluir en la estimación de los riesgos; 3° Por la omisión u ocultación, por el asegurado, de hechos o circunstancias que hubieran podido influir en la celebración del contrato”.

- 4 De acuerdo con Rubio Vicente, P.J. *El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro*. Madrid (2003): Ed. Mapfre, 28, se partía de la premisa de que el asegurado era el único sujeto encargado de realizar este cometido sin necesidad de asistencia o intervención previa del asegurador; de manera que aspectos como la valoración de las circunstancias que podían influir en el riesgo quedaban en manos del asegurado.
- 5 Al respecto sobre el *error* en la formación de la voluntad del asegurador de iniciar la relación contractual, Ruiz Muñoz, M. “Deber de declaración del riesgo del tomador en el contrato de seguro y facultad rescisoria del asegurador”. *Revista Española de Seguros* (1991) núm. 65, 16.
- 6 Garrigues, J. *Contrato de seguro* cit., 61.
- 7 Así lo pone de relieve Sánchez Calero, F. “Art. 10. Deber de declaración del riesgo”, en Sánchez Calero, F. *Ley del Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*. 4ª Ed., Cizur menor (2010): Aranzadi, 282.
- 8 Como señalaba Embid Irujo, J. M. “Aspectos institucionales y contractuales de la tutela del asegurado en el Derecho español”. *Revista Española de Seguros* (1997) 91, 19, la protección del asegurado consumidor tal cual se configura en la actualidad conoce dos vertientes, la institucional destinada a regular el ejercicio de la actividad aseguradora, y la contractual que determina el marco normativo del contrato de seguro, una visión integrada de ambos aspectos permite reconocer las diversas opciones de política legislativa destinadas a fortalecer la posición jurídica del asegurado.
- 9 Sánchez Calero, F. “Art. 10. Deber de declaración del riesgo”, cit., 282.

del asegurado del deber de realizar una declaración fuera de aquella a la que le someta – mediante cuestionario - el asegurador:

Efectivamente, el deber de declaración *espontánea* fue sustituido por un criterio que toma en cuenta los elementos subjetivos que forman parte del contrato de seguro. Así, la LCS al considerar la naturaleza del contrato que, como todo contrato de adhesión, subordina al contratante a las condiciones generales unilateralmente preparadas por la empresa aseguradora, reconoce en ésta a un profesional del sector, con medios y conocimientos técnicos superiores a los del asegurado, razón por la que le transfiere la responsabilidad de dar a conocer al asegurado – mediante un cuestionario – cuáles son los hechos o circunstancias que le interesa conocer a los efectos de realizar una valoración efectiva del riesgo, articulándose, de esta manera, un deber de contestación o respuesta en lugar de la declaración espontánea del asegurado¹⁰.

Este nuevo paradigma busca, sin duda, un mayor equilibrio en las prestaciones de las partes del contrato, en la medida que la situación anterior exigía del asegurado la aplicación de unos conocimientos cuasi profesionales de las circunstancias objetivas y subjetivas que determinan la existencia del riesgo¹¹.

Siguiendo esta argumentación, la declaración a realizar por el asegurado será, en todo caso, una declaración *de ciencia* o saber¹², de manera que no puede ser impugnada por los vicios del consentimiento, y que tiene, además, carácter recepticio en tanto que los datos consignados en el cuestionario habrán sido preparados por el asegurador, quien será el que deba soportar la carga de su elaboración.

B) Sujetos

Hasta ahora nos hemos referido al sujeto obligado a cumplir con el deber de declaración del riesgo, utilizando indistintamente los términos asegurado y tomador del seguro. Sin embargo, lo cierto es que, debido al momento contractual en el cual se lleva a cabo la declaración, la persona que ha de realizarla no es sino un *solicitante* del seguro¹³.

Por esta razón, y teniendo en cuenta la regla del art. 7 LCS en relación con los sujetos llamados a cumplir con las obligaciones derivadas del contrato, creemos acertado señalar que el deber de declaración atañe no solamente al solicitante/

10 Rubio Vicente, P.J. *El deber precontractual de declaración*, cit., 33, Sánchez Calero, F. "Art. 10. Deber de declaración del riesgo", cit., 282, Latorre Chiner, N. "Art. 10" en Bataller Grau, J. Boquera Matarredona, J., Olavarria Iglesia, J. *Comentarios a la Ley del Contrato de seguro*. Valencia (2002): Tirant lo Blanch, 164.

11 También en este sentido Rubio Vicente, P.J. *El deber precontractual de declaración*, cit., 35.

12 Sánchez Calero, F. "Art. 10. Deber de declaración del riesgo", cit., 289.

13 Latorre Chiner, N. "Art. 10", cit., 164, Sánchez Calero, F. "Art. 10. Deber de declaración del riesgo", cit., 286, Rubio Vicente, P.J. *El deber precontractual de declaración*, cit., 47.

tomador del seguro, sino que, según las necesidades del caso, también puede corresponder dar cumplimiento al deber de declaración al asegurado o titular del interés que se intenta proteger¹⁴.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que en la formalización del contrato, es habitual que el asegurador actúe a través de agentes independientes o dependientes directos suyo. En estos casos, merced a la normativa vigente en materia de mediadores de seguros, será necesario tener en cuenta que la comunicación hecha al agente surte los mismos efectos que si el solicitante la hubiera efectuado a la aseguradora. En particular, en los seguros de personas, hará las veces de representante de la empresa aseguradora, el médico o médicos, llamados a realizar el preceptivo examen al solicitante del seguro, pues en estos casos éstos actúan como representantes de la misma¹⁵. Por otra parte, no será admisible que sea el agente quien rellene los datos del formulario y el declarante se limite a firmar dicha declaración, pues en esos casos la jurisprudencia entiende que no puede hablarse de una auténtica "presentación del cuestionario" al solicitante¹⁶.

C) Contenido del deber de declaración

Como ya hemos adelantado, la configuración actual del deber pre-contractual de declaración del riesgo por parte del solicitante de cobertura, descansa en la figura del cuestionario que el asegurador deberá presentar al solicitante. De manera que serán las respuestas a las interrogantes planteadas en dicho cuestionario las que determinen el contenido, extensión y límites de la declaración¹⁷. Ello conlleva a que las omisiones que el asegurador pudiera realizar en las preguntas incluidas en el cuestionario, liberan al solicitante/tomador de la necesidad de manifestarse sobre las mismas, pues mientras responda con claridad a las preguntas formuladas, habrá dado cumplimiento cabal a su deber de declaración¹⁸. En este sentido, nace la obligación del tomador de emplear la diligencia necesaria para conocer los hechos que son objeto de cuestión¹⁹, de manera que los hechos que son objeto de declaración

14 Piénsese en los seguros de vida, en los que la persona asegurada no corresponda con el tomador del seguro, el cuestionario deberá responderse por quien está, efectivamente, expuesto al riesgo objeto de cobertura, problemática extensible a todos los contratos de seguro realizados por cuenta ajena.

15 Rubio Vicente, P.J. *El deber precontractual de declaración*, cit., 53.

16 Al respecto, Sánchez Calero, F. "Art. 10. Deber de declaración del riesgo", cit., 289, y la jurisprudencia allí citada. Crítica con esta interpretación, Latorre Chiner, N. "Art. 10", cit., 165.

17 De ello no hay lugar a dudas si tenemos en cuenta que la redacción actualmente vigente del art. 10, fue objeto de modificación con posterioridad a la adopción de la LCS. Así, la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, de adaptación a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, incluyó en el primer párrafo de dicho artículo la clarificación de que "quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él".

18 Rubio Vicente, P.J. *El deber precontractual de declaración*, cit., 67, Sánchez Calero, F. "Art. 10. Deber de declaración del riesgo", cit., 292.

19 Latorre Chiner, N. "Art. 10", cit., 167, Sánchez Calero, F. "Art. 10. Deber de declaración del riesgo", cit., 295.

comprenderían, también, aquellos que el tomador *debería* conocer²⁰ pues de otra manera el precepto ampararía una conducta de mala fe del declarante al equiparar una omisión en la conducta del tomador con la auténtica ignorancia que éste pudiera tener respecto de aquello que se le pregunta.

Por otra parte, los hechos notorios o datos cuyo contenido se encuentre implícito en otras respuestas del cuestionario forman parte de la información que se presume ya en manos del asegurador y que por tanto no forma parte del deber de declaración del tomador del seguro. En este sentido, se asimilará al papel del asegurador a aquellos sujetos que ostenten la representación del mismo –agentes vinculados, personal médico, etc. – pues en estos casos, serán estos quienes deben transmitir sus conocimientos sobre el riesgo al asegurador²¹.

En el caso de que el asegurado hubiera dejado preguntas sin responder dentro del cuestionario al que le ha sometido la aseguradora, puede plantearse la incógnita de saber el grado de incumplimiento de la declaración. A nuestro entender, éste dependerá de la trascendencia de los datos que se intentaba conocer con las preguntas no respondidas. Un asegurador prudente exigirá la contestación completa del cuestionario, sin embargo, si a pesar de este incumplimiento, siguiera adelante con la tramitación del contrato, equivaldría a una derogación tácita de las preguntas no respondidas en el cuestionario pues las preguntas sin respuesta se asimilarían a hechos que el asegurador ha considerado irrelevantes para su apreciación del riesgo que se le presenta²².

D) *Momento de la declaración*

Como ya hemos adelantado²³, la declaración del riesgo se ha de realizar con anterioridad a la conclusión del contrato, motivo por el cual se instituye como un deber pre-contractual cuyo fundamento deriva, por tanto, no del contrato, sino de las negociaciones previas al mismo²⁴, razón por la que se articula como una manifestación más de la voluntad del solicitante de iniciar dicho proceso negocial que, en condiciones normales, culminará con la conclusión del contrato.

Sobre el particular es importante señalar que esta “declaración”, no necesariamente habrá de realizarse en un acto único, sino que puede ser objeto de

20 Rubio Vicente, P.J. *El deber precontractual de declaración*, cit., 76.

21 *Ídem*, 83.

22 Cuestión distinta será la existencia de *mala fe* del tomador a la hora de realizar la declaración, pues como señala Latorre Chiner, N. “Art. 10”, cit., 167, la finalidad del legislador no es la de cubrir la reticencia fraudulenta del tomador sino la de orientarle en la determinación del contenido de la declaración.

23 *Supra* B de este mismo apartado.

24 Rubio Vicente, P.J. *El deber precontractual de declaración*, cit., 55, propone su clasificación dentro de los *actos preparatorios* o *tratos preliminares*.

declaraciones complementarias – cuando así lo estime conveniente el asegurador – que pueden sucederse a lo largo de todo el proceso de negociación previa.

D) Efectos del incumplimiento

La infracción del deber de declaración representa la concatenación de dos hechos distintos, por una parte, que la información obtenida con la declaración no ofrece una visión auténtica del riesgo existente; y por otra, que esta discrepancia de los hechos declarados con la realidad, tienen la entidad suficiente como para –de haberse conocido en el momento contractual adecuado – alterar la decisión del asegurador de iniciar la relación contractual, o las condiciones impuestas por éste en el contrato.

Así pues, la LCS al contemplar los supuestos de infracción parte de un hecho objetivo, cual es la diferenciación entre la situación riesgosa representada por la declaración y la situación real. En estos casos, resulta evidente la imposibilidad de valorar el riesgo por parte del asegurador y por tanto la frustración de la finalidad buscada por la norma.

En caso, no ya de la declaración inexistente sino de que ésta se hubiera hecho con inexactitudes o reservas, será necesario que la misma hubiera sido voluntaria. Como ya señalamos con anterioridad, el solicitante del seguro sólo puede declarar sobre aquello que conoce, por lo tanto no existirá reserva o inexactitud en la declaración cuando el declarante *no sea consciente* de su ignorancia de los hechos reales²⁵. Esta apreciación es de importancia capital en los seguros de personas en los cuales el declarante/asegurado puede desconocer el auténtico estado de salud en que se encuentra, lo cual le exime de la sanción prevista para las conductas dolosas²⁶.

Por último, el incumplimiento del deber de declaración se manifiesta claramente cuando por parte del tomador del seguro existe una *conducta* que se externaliza en la manifestación inexacta. Al respecto, basta la existencia del estado subjetivo de conocimiento del declarante, siendo innecesaria la auténtica realización de maquinaciones insidiosas, pues la norma prevé la misma consecuencia jurídica a aquella conducta del declarante que buscara la lesión del asegurador como a la que no buscándolo conlleva una consecuencia de idéntico resultado²⁷.

La consecuencia de la infracción dependerá del momento de su manifestación y de la gravedad de la misma. En estos casos, la LCS ha previsto un sistema que toma en cuenta el origen de la infracción, pero que también busca mantener la vigencia del contrato.

25 Sánchez Calero, F. "Art. 10. Deber de declaración del riesgo", cit., 296, Latorre Chiner, N. "Art. 10", cit., 169.

26 A modo ilustrativo, véase la STS 12 abril 2004 o más recientemente la STS 17 octubre 2007.

27 En detalle Rubio Vicente, P. J. *El deber precontractual de declaración*, cit., 103.

En efecto, si la reticencia o inexactitud de la declaración es conocida por el asegurador, este contará con el plazo de un mes para manifestar su voluntad de rescindir el contrato. La opción por el término empleado denota la opción legislativa en aras a considerar que en estos casos el contrato habrá sido válidamente celebrado, pero con consecuencias lesivas a una de las partes, en este caso al asegurador²⁸. Así, esta facultad de denuncia del contrato se reconoce con límites – el plazo de caducidad de un mes – en interés de la protección de los asegurados. Cuestión distinta es la aplicación práctica de dicho plazo, ya que en este caso, corresponderá al asegurado/tomador; demostrar el momento en que el asegurador adquirió el conocimiento de la inexactitud para, con posterioridad, alegar la caducidad del mismo. El tema no es baladí pues de otra manera las consecuencias económicas para el asegurado podríán llegar a ser especialmente gravosas, como veremos a continuación.

Efectivamente, entre los efectos económicos del ejercicio de la facultad rescisoria del asegurador, una vez conocida y ponderada la inexactitud de la declaración, se encuentra la previsión legal del derecho del asegurador a retener las primas percibidas, incluyendo aquellas *en curso*²⁹, ello obedece, a nuestro entender a la voluntad del legislador de aplicar una sanción pecuniaria al tomador reticente, a su vez que cumple la función de reparar el perjuicio causado al asegurador. Evidencia de ello es que la conducta dolosa o culpa grave del asegurador en relación con el ejercicio de su facultad rescisoria le privan del derecho a retener las primas percibidas en el periodo en curso³⁰.

Prueba de la voluntad legislativa de mantener la vigencia del contrato, es sin duda la regulación del supuesto de acaecimiento del siniestro con anterioridad a la declaración de denuncia del contrato por parte del asegurador. En estos casos, la LCS no permite el ejercicio de dicha facultad, sino que regula la *reducción* de la prestación debida por el asegurador; en proporción a la diferencia entre la prima efectivamente convenida y aquélla que se habría aplicado si el asegurador hubiera conocido la auténtica naturaleza del riesgo objeto de cobertura. A pesar de ello, esta vis benevolente con el tomador del seguro conoce un límite: la conducta dolosa o la culpa grave del asegurado, de manera que será solamente la conducta *negligente* del asegurado la que le permita reclamar al asegurador el pago de la indemnización –

28 Sánchez Calero, F. “Art. 10. Deber de declaración del riesgo”, cit., 299, sobre la incardinación de este derecho del asegurador como una causa de *anulabilidad* del contrato, Ruiz Muñoz, M. “Deber de declaración del riesgo del tomador”, cit., 31.

29 Como explica acertadamente Latorre Chiner, N. “Art. 10”, cit., 169, para comprender el contenido de este derecho es necesario distinguir el período de duración del contrato y el periodo en curso, pues el primero contiene a los segundos que, normalmente corresponden a unidades de tiempo anualizadas utilizadas para fijar la prima que ha de pagar el tomador del seguro. Dado que nuestro derecho de seguros adopta el criterio de *indivisibilidad* de la prima, en cuanto que ésta no puede fraccionarse en periodos inferiores a la anualidad – cuestión distinta al prorrateo de la misma en pagos mensuales, o trimestrales – a momento de rescindirse el contrato, si quedaran fracciones de la prima anual sin pagar, devendrían inmediatamente exigibles al tomador.

30 Sánchez Calero, F. “Art. 10. Deber de declaración del riesgo”, cit., 302.

mediando la reducción de la misma en los términos ya referidos – pues en los otros casos, se presupone que la actuación del tomador requiere la sanción máxima al incumplimiento, esto es la liberación del asegurador del pago de la prestación. Sobre este particular, se ha discutido doctrinalmente si ambas circunstancias – el dolo y la culpa grave – deberían tener la misma sanción³¹.

3. Tendencias legislativas

El Proyecto de Código Mercantil presentado en junio de 2013 al Ministerio de Justicia por parte de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, se ha visto fuertemente influenciado – en lo que atañe a la regulación del contrato de seguro – por el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro presentado ante el mismo Ministerio en 2010.

En relación con la regulación del deber de declaración del riesgo, el texto legal propuesto elimina el *dolo* del asegurador como causa de inaplicabilidad de su derecho a retener la prima en curso. Cuestión que sin duda busca una mayor congruencia y claridad en la tramitación de dicha facultad rescisoria. Sin embargo, a nuestro entender, el dolo como causa de exclusión de las facultades del asegurador no debería predicarse de la facultad de retener la prima, sino de la facultad de resolver el contrato por incumplimiento del deber de declarar del tomador del seguro. Es decir, en caso de que haya dolo del asegurador, no es que éste no pueda retener la prima, es que no puede resolver el contrato, justamente porque habría suscrito el contrato con dolo.

En este sentido, hubiera sido deseable, y esperamos que en la versión definitiva quede corregido este extremo, que el PCM hubiera explicitado en el Artículo 591-9.2 (primera frase) que la concurrencia de dolo en la persona del asegurador es una causa que le imposibilita para resolver el contrato de seguro, por mucho que hubiera habido una reserva o inexactitud del tomador en la declaración del riesgo³².

Esta interpretación concuerda con la otra modificación introducida por los textos pre-legislativos en el apartado tercero del referido artículo. La regulación propuesta elimina la *culpa grave* en la declaración del solicitante como supuesto de exoneración del asegurador del pago de la indemnización. Una reforma en estos términos denota una clara tendencia a la protección del asegurado y que ha tomado en cuenta la constante litigiosidad de la interpretación de su alcance en el texto vigente,

31 Los problemas interpretativos de asimilar una misma consecuencia jurídica tanto a conductas abiertamente contrarias a la buena fe contractual como a aquellas que denotan una imprudencia grave ha traído como consecuencia un alto grado de judicialización de su alcance, como ponen de relieve Latorre Chiner, N. "Art. 10", cit., 171, y con mayor abundancia Sánchez Calero, F. "Art. 10. Deber de declaración del riesgo", cit., 310.

32 Es decir "yo, asegurado, he sido inexacto" pero "tú, asegurador, conocías esa inexactitud" por lo tanto no procede la resolución del contrato.

como ya hemos resaltado en apartados anteriores de este trabajo, y cuya principal consecuencia será la limitación de los supuestos de liberación del asegurador de la obligación del pago de la indemnización cuando el asegurado hubiera desarrollado un conducta *intencionada* de engañar al contestar el cuestionario³³.

4. La regulación del Código de Comercio de 1977

La regulación en materia de declaración del riesgo vigente en el Código de Comercio boliviano, descansa sobre principios similares a aquellos vigentes en España anteriores a la LCS. Así, el deber de declaración contempla el recurso a los cuestionarios preparados por el asegurador pero, a diferencia de nuestra normativa, no parece haberse decantado por limitar el contenido del deber de declaración a la respuesta a dichos cuestionarios, sino que, en todo caso, el asegurado deberá dar cumplimiento a la declaración *espontánea* de todos los pormenores que puedan afectar al riesgo, ello se deduce del tenor de los arts. 992 y 993.

Por otra parte, la fundamentación de la facultad rescisoria del asegurador – conocida ya la inexactitud de la declaración – opta por descansar en la anulabilidad del contrato, cuestión, a nuestro entender, que a efectos del cálculo de la prescripción de la acción puede dar lugar a mayores problemas de los que pretende solucionar. En este punto, se ha de hacer notar que, a diferencia de la legislación española, el CCom de 1977 no ha optado por aplicar el principio de indivisibilidad de la prima, pues el art. 994 prevé expresamente que, ejercida la acción de anulabilidad del contrato, el asegurador deberá restituir al asegurado las primas que este hubiera cancelado y que correspondieran al periodo no cubierto. Sin duda esta opción legislativa se adapta mejor a las necesidades del mercado asegurador de destino, pues se prevé que solo en caso de que las declaraciones del asegurado fueran dolosas, se vería éste privado de recuperarlas (art. 999).

Para finalizar este breve análisis comparativo y a modo de sugerencia destinada a disminuir los casos litigiosos, quizás sería conveniente regular aquellos casos en los que, conocida la reticencia o inexactitud por el asegurador, este todavía no hubiera ejercido la acción de anulabilidad que prevé el CCom de 1977. A nuestro entender en estos casos, podría aplicarse un criterio similar al empleado por la LCS española en aras al mantenimiento de la relación contractual pero a su re-adecuación forzosa como señala nuestro art. 10.3, concediendo el derecho, al asegurador a determinar la diferencia entre la prima convenida y la que debería haberse aplicado si éste hubiera conocido la auténtica entidad del riesgo objeto de cobertura.

33 También en este sentido Muñoz Paredes, M. L. "El contrato de seguro en la Propuesta de Código Mercantil", *Revista Española de Seguros* (2013) 155, 347.

III. LA DECLARACIÓN DEL SINIESTRO

I. Antecedentes

A pesar de que en países de nuestro entorno existía regulación en materia de los deberes informativos del asegurado cuando el siniestro se hubiera producido³⁴, la regulación vigente en España con anterioridad a la Ley del contrato de seguro, no contemplaba ninguna norma específica respecto de manera que debía llevarse a cabo la comunicación del acaecimiento del hecho dañoso. De esta manera, el deber de información al asegurador tenía su fundamento en la libertad contractual y estaban, por tanto incluidas en las condiciones generales fijadas en las pólizas. Así, era habitual que se determinara un plazo concreto para realizar la declaración de siniestro, pero que éste fuera distinto según el riesgo asegurado³⁵. En relación con la sanción por incumplimiento de la declaración del siniestro, la mayoría de las pólizas solían prever como tal, la pérdida del derecho a la indemnización, recurso que encontraba sustento legal en el art. 1796 CC entonces vigente³⁶, al ser esta una sanción gravísima el índice de litigiosidad que generaba era considerable³⁷.

2. Regulación actual

A) Fundamento

De acuerdo con la vigente LCS, los deberes informativos posteriores a la producción del hecho dañoso se imponen a los diversos sujetos relacionados con el objeto asegurado, y el tipo de sanciones previstas por el incumplimiento de los mismos, impuesto por Ley, resulta proporcional al cumplimiento del objeto del contrato, introduciéndose una adecuación de los deberes inherentes al contrato a la pericia técnica y conocimientos de los contratantes, de manera que la *uberrima bona fidei* que con la legislación anterior se predicaba casi siempre en favor del asegurador. Así, la norma atribuye el deber de comunicar el siniestro tanto al tomador del seguro como al asegurado o incluso al beneficiario del mismo. Con ello el legislador resalta la importancia de la comunicación del hecho en interés de la consecución de la finalidad del contrato razón por la que asigna este deber a todos los sujetos relacionados directamente con el interés asegurado³⁸.

34 Véase a modo ilustrativo el art. 1913 del Código Civil italiano, o el art. 113-2, 4to. del Código de Seguros francés.

35 Señala Gómez Segade, J.A. "La declaración del siniestro", cit., 428, que lo habitual era establecer un plazo de cuarenta y ocho horas en los casos de pólizas de incendios y de ocho días en la mayoría de los restantes ramos de seguros.

36 De acuerdo con el sistema de fuentes anterior a la aprobación de la LCS, la regulación del contrato de seguro se encontraba regulada en los arts. 380-438 del Código de Comercio (CCom), aunque el carácter mercantil del contrato de seguro no era óbice para que, merced a la previsión del art. 50 CCom, la regulación en materia de contratos aleatorios prevista en el Código Civil (CC) en los arts. 1791-1797 completara la ya señalada en el CCom.

37 Gómez Segade, J.A. "La declaración del siniestro", cit., 428.

38 Así también Olavarría Iglesia, J. "Art. 16", en Bataller Grau, J., Boquera Matarredona, J., Olavarría Iglesia, J. *Comentarios a la Ley*, cit., 235.

La regulación del deber de declarar el acaecimiento del siniestro responde, sin duda, a la percepción del asegurado, tomador y/o beneficiario como *gestores* del riesgo, en tanto que serán éstos, o por lo menos uno de ellos quienes estén en contacto directo con el interés expuesto al riesgo objeto de cobertura, dado que el asegurador no está en esta situación, es necesaria la imposición de estos deberes a aquellos sujetos que sí tienen influencia decisiva sobre la prestación del asegurador además de sobre la misma existencia del contrato.

B) Sujetos

Así, en relación con el autor de la declaración hay que considerar incluidos entre tales no solamente a las personas ya mencionadas como parte del contrato – tomador del seguro y asegurado – sino también a sus respectivos representantes legales además de a terceros relacionados directamente con el riesgo asegurado. En el primer caso, es fácil deducir que los representantes del tomador o asegurado persona física están perfectamente legitimados para, en interés de su representado, cumplir con la carga impuesta por la norma. En cuanto al asegurado o tomador persona jurídica, la declaración siempre corresponderá realizarla a quienes ostenten su representación legal u orgánica – si se trata de una sociedad mercantil – pero también podrá ser llevada a cabo por cualquier otro representante voluntario o persona que hubiera recibido mandato para ello. Por otra parte, en relación a terceros relacionados directamente con el riesgo asegurado, creemos necesaria la distinción entre aquellos que al igual que el tomador y asegurado *deben* declarar el acaecimiento del hecho dañoso. Entre éstos se encontrarían no solamente el beneficiario, sino también el tercero perjudicado en los seguros de responsabilidad civil³⁹ y, en caso de fallecimiento de cualquiera de los llamados al cumplimiento de este deber, de sus herederos en tanto subrogados en los derechos y obligaciones de su causante⁴⁰. En relación a los acreedores hipotecarios, pignoratícios y privilegiados, a nuestro entender no correspondería atribuirles el deber, sino más bien la facultad de comunicar el siniestro⁴¹ en tanto que al no formar directamente parte del contrato sería desproporcionado imponer esta carga contractual a quienes no necesariamente estarán en relación constante con el objeto asegurado.

C) Contenido del deber de declaración

El cumplimiento de este deber de información genera, en realidad, la necesidad de realizar dos conductas activas por parte de los obligados a su cumplimiento. Por una parte la declaración del siniestro, cuestión que conlleva la realización de tres

39 Así lo señala el art. 76 LCS en cuanto requisito previo al ejercicio de la acción directa del tercero perjudicado.

40 Ello en cumplimiento de lo previsto en el art. 34 LCS.

41 También en este sentido Sánchez Calero, F. "Art. 16. Comunicación del siniestro", en Sánchez Calero, F. *Ley del Contrato de Seguro. Comentarios*, cit., 401, y Olavarría Iglesia, J. "Art. 16", cit., 236, cfr. Gómez Segade, J.A. "La declaración del siniestro", cit., 438.

presupuestos más o menos sucesivos: que se hubiera producido el hecho dañoso, que el tomador, asegurado o beneficiario tuvieran conocimiento del mismo, y por último, que el asegurador no conociera de dicho acontecimiento. Y por otra, al mismo tiempo, o con posterioridad a la realización de la declaración del siniestro, corresponde también proporcionar al asegurador, todos los datos *complementarios* al acaecimiento del hecho dañoso, pues de otra manera no podría, el asegurador, dar cumplimiento cabal a sus obligaciones de reparación y/o indemnización al asegurado.

La producción del hecho dañoso o siniestro supone la realización del evento cuyo riesgo es objeto de cobertura. Por ello, según la naturaleza del objeto asegurado y el alcance de la cobertura contratada, este podrá ser un hecho concreto de producción instantánea – robo, fallecimiento, accidente, etc. – o tratarse de un hecho que tiene una existencia más bien prolongada en el tiempo – enfermedad, incendio, asistencia sanitaria, etc. – en cuyo caso será necesario determinar con mayor precisión el momento en que nace el deber de declaración del siniestro⁴².

Por otra parte, una vez producido el siniestro será relevante, a efectos del momento que nace el deber de información, que los sujetos obligados a realizar la comunicación tengan conocimiento de la producción del siniestro. A estos efectos será irrelevante la manera de adquirir dicho conocimiento, pero no así el hecho de que éstos tengan conocimiento de que el hecho acontecido constituye un riesgo cubierto por el contrato de seguro⁴³. Por esta razón puede afirmarse la voluntad del legislador de configurar la adquisición de este conocimiento como una conducta pasiva por parte de los sujetos llamados a cumplir con la declaración del siniestro⁴⁴.

Todo ello parte del presupuesto del desconocimiento, por parte del asegurador, de la producción del hecho dañoso. Siendo este una persona jurídica, y teniendo la declaración de siniestro naturaleza recepticia, será necesario que los sujetos llamados a cumplir con este deber de información, la efectúen ante los representantes del asegurador que en la mayoría de los casos serán agentes del mismo o dependientes directos⁴⁵. En el caso de pluralidad de aseguradores, será necesaria la comunicación de los hechos a cada uno de ellos, pues se entiende que todos ellos forman parte

42 De acuerdo con Atienza Navarro, M. L., Evangelio Llorca, R. “Art. 73” en Bataller Grau, J., Boquera Matarredona, J., Olavarría Iglesia, J. *Comentarios a la Ley del Contrato de seguro*. Valencia (2002): Tirant lo Blanch, 818, en el caso de los seguros de responsabilidad civil, será necesario que nazca a cargo del asegurado, una obligación indemnizatoria.

43 En este sentido Olavarría Iglesia, J. “Art. 16”, cit., 233, Sánchez Calero, F. “Art. 16. Comunicación del siniestro”, cit., 402.

44 Gómez Segade, J. A. “La declaración del siniestro”, cit., 433, quien además señala acertadamente en apoyo de esta postura, que nuestra legislación, de haber preferido imponer una conducta activa, podría haber empleado una expresión adecuada a ese fin, mientras que la regulación vigente señala que la obligación nace cuando “se ha conocido” el acaecimiento del siniestro.

45 Téngase en cuenta que, merced a la regulación en materia de mediadores de seguros (art. 26.3 de la Ley 26/2006 de mediación de seguros privados), la comunicación al *corredor* de seguros no produce efectos liberatorios en los sujetos llamados a cumplir con el deber de declaración del siniestro dado el carácter *independiente* de este tipo de mediadores de seguros.

de la comunidad de riesgos⁴⁶. Por otra parte, la norma también prevé la posibilidad de que el asegurador conozca de los hechos por otros medios. Ello toma en cuenta los casos en los que, según el objeto asegurado y las circunstancias del caso, la comunicación del mismo se realice por medios prensa – caso de siniestros de especial gravedad – o en aquellos casos de daños entre dos asegurados del mismo asegurador, o cuando el asegurador participa en el salvamento del objeto asegurado, etc.

D) Plazo para el cumplimiento

El art. 16 LCS señala, como plazo para efectuar la declaración del siniestro, que el mismo habrá de realizarse dentro de los siete días desde que los sujetos llamados a cumplir con el deber de declaración hayan conocido de su acaecimiento. De esta manera, la norma introduce un período de tiempo exacto que además de ser susceptible de ampliación convencional, evita la ambigüedad de un término indeterminado como podría ser la expresión “a la menor brevedad posible” y que está llamado a proporcionar a los obligados el tiempo suficiente como para realizar la comunicación del siniestro, cuestión que pone una vez más de relieve la vis protectora de los derechos del asegurado, en tanto que otras legislaciones de nuestro entorno han establecido un plazo inferior:

El inicio del cómputo de los siete días comenzará, de acuerdo con la regulación en la materia⁴⁷, al día siguiente del momento en que los sujetos obligados hubieran conocido de la realización del evento dañoso, y finalizará a las veinticuatro horas del séptimo día

E) Efectos del incumplimiento

La LCS en concordancia con su espíritu protector de los intereses del contratante más débil, introdujo de manera expresa como única sanción posible ante la falta de declaración del siniestro, la facultad del asegurador de reclamar los daños y perjuicios causados por este incumplimiento. La doctrina en nuestro país ha criticado severamente que ni siquiera en los casos de conductas dolosas el asegurado o tomador del seguro no se reconozca el derecho del asegurador a ser liberado de su obligación de pago⁴⁸, a pesar de ello, los tribunales se han pronunciado reiteradamente en contra de la validez de cláusulas que prevean como sanción del incumplimiento la liberación del asegurador⁴⁹.

46 Excepción hecha de los coaseguros, donde bastará la comunicación al asegurador que ostente la calidad de “abridor”.

47 Art. 5 CC.

48 Así, Gómez Segade, J.A. “La declaración del siniestro”, cit., 448; Olavarría Iglesia, J. “Art. 16”, cit., 241.

49 V. Sánchez Calero, F. “Art. 16. Comunicación del siniestro”, cit., 406 y la jurisprudencia reseñada en el mismo.

F) La información complementaria a la declaración del siniestro

En relación con la comunicación de los datos complementarios al siniestro, la extensión del deber de declaración del siniestro a la información complementaria del mismo cumple la función de otorgar al asegurador datos relacionados con la naturaleza, características, causas y efectos del hecho dañoso, así como de la participación de terceras personas en su realización, cuestiones todas ellas que le permitirán no solamente acumular conocimientos a efectos de la celebración de contratos futuros, sino que también son relevantes a la hora de calcular la cuantía de la indemnización al asegurado y, por ende a la suma que el asegurador podrá reclamar al causante del hecho dañoso. Por todo ello, es necesario tener en cuenta que en este caso, el deber alcanza a una conducta activa ya no sólo de declaración, sino que también puede conllevar la entrega de documentación relevante e incluso de cosas u objetos directamente relacionados con el siniestro acontecido⁵⁰.

La sanción por el incumplimiento de este deber distingue entre la conducta dolosa del asegurado o tomador y la conducta culposa. En el primer caso se prevé la sanción más grave cual es la de liberar al asegurador de su obligación de pago de la indemnización⁵¹. Mientras que en el segundo caso sólo se reconoce el derecho a reclamar los daños y perjuicios que se le pudieran haber causado. En ambos casos, corresponderá al asegurador probar la existencia de uno u otro al mismo tiempo que establecer la existencia de los daños causados y la cuantía a la que ascienden los mismos.

En todo caso, como ya ha sido señalado, la reclamación de daños y perjuicios por parte del asegurador no puede llevarse a cabo a través de una *compensación* de créditos entre las partes obligadas

G) Tendencias legislativas

Sin duda la principal novedad en relación en materia de declaración del siniestro corresponde a la unificación del tratamiento que debe darse a los sujetos llamados a cumplir con el deber de declaración del siniestro. En efecto, el art. 591-15 PCM, aúna el tratamiento de la declaración inicial del siniestro a las informaciones complementarias que pudiera otorgar el tomador o asegurado.

Además de ello, el PCM suprime el derecho del asegurador a liberarse del pago de la indemnización en caso de incumplimiento doloso del deber de comunicar las consecuencias del siniestro, plasmando en la norma una situación más equilibrada

50 Olavarría Iglesia, J. "Art. 16", cit., 248.

51 Al respecto, Sánchez Calero, F. "Art. 16. Comunicación del siniestro", cit., 411, señala que esta sanción debe interpretarse en forma restrictiva, en particular; señala que la falta al deber de información de las circunstancias y otros detalles del siniestro, deben ser relevantes para el cálculo de la indemnización.

en relación a las sanciones por incumplimiento de este deber⁵² que, en todo caso demuestran la vis legislativa favorable al asegurador en materia de este deber informativo⁵³

H) La regulación del Código de Comercio de 1979

La legislación boliviana en materia de declaración del siniestro parece seguir unos principios más conservadores que aquellos en vigor en España. Sin duda ello tiene su fundamento en la limitada implantación de la cultura aseguradora. Así, observamos que si el fundamento de la comunicación del siniestro obedece a términos similares, en seguida se observan divergencias en ambos sistemas, pues la regulación boliviana, en materia de plazo de comunicación, mantiene, al igual que otras legislaciones, un plazo relativamente corto – tres días – aunque a continuación aplica, al igual que la regulación española, el criterio de la pasividad del sujeto llamado a realizar la declaración, pues tampoco exige que el asegurado o beneficiario realice ninguna *conducta activa* en aras a conocer del acaecimiento del siniestro. Por otra parte, incluye el CCom 1979 la posibilidad de que el mismo cuerpo normativo amplíe el plazo de comunicación.

Por último, señalar que en materia de sanciones al incumplimiento del deber, ambas regulaciones divergen absolutamente, pues si bien la legislación española parece encaminada a eliminar por completo la posibilidad del asegurador de liberarse de la obligación de pago, por falta de declaración del riesgo, la regulación prevista en el CCom 1979 (art. 1030) señala que esta sanción es admisible en la regulación boliviana, cuestión que sin duda será fuente de continua litigiosidad, pues los términos en que está redactada la norma, señalan que para que se produzca la liberación de la obligación del asegurador el asegurado o beneficiario tendrán que haber omitido la declaración del acaecimiento del siniestro *con el fin de impedir la comprobación oportuna de las circunstancias del siniestro o el de la magnitud de los daños*, reacción que, a nuestro entender abre la puerta a la interpretación de las causas que pueden motivar la falta de declaración por parte del asegurado o beneficiario.

52 Así también lo entiende Vérguez, M. "Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes de la reforma de la Ley de contrato de seguro", en Fernández de la Gándara, L; Embid Irujo, J. M. et al. *Liber amicorum prof. José María Gondra Romero*. Madrid (2012): Marcial Pons, 300.

53 Muñoz Paredes, M. L. "El contrato de seguro", cit., 349.

LA RESPONSABILIDAD DEL *HOST PROVIDER* POR VULNERACIÓN
DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL
POR PARTE DE LOS PROPIOS USUARIOS

HOST PROVIDER'S LIABILITY FOR INFRINGEMENT OF
INTELLECTUAL AND INDUSTRIAL PROPERTY BY OWN USERS

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 140-159



Giovanni
BERTI DE
MARINIS

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de enero de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 23 de febrero de 2014

RESUMEN: El trabajo tiene como finalidad el examen de las especialidades que caracterizan la responsabilidad civil del provider por los contenidos que los usuarios publican sobre las plataformas informáticas por él gestionadas. En particular; se profundiza sobre la cuestión de la posible vulneración de la propiedad intelectual e industrial a través de internet, evidenciando que el provider sólo será responsable, si ha tenido un papel activo en la colocación en la red de los contenidos ilícitos.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil, internet, host provider, propiedad intelectual, propiedad industrial, vulneración.

ABSTRACT: The work analyzes the peculiarities that characterize the provider's civil liability for contents that users post on the platforms managed from the same. In particular, the study investigates the specific issue of intellectual property and industrial property infringements through internet highlighting that the provider will be liable only if he have an active role in the placement on internet of the illegal contents.

KEY WORDS: Civil liability, internet, host provider, intellectual property, industrial property, infringement.

SUMARIO: I. Comercio electrónico y normativa aplicable.- II. La responsabilidad del provider en la disciplina comunitaria e italiana.- III. Análisis jurisprudencial: el caso Google France.- IV. El caso El oréal vs. Ebay.- V. La prohibición de imponer controles preventivos y generales en los pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo.- VI. La jurisprudencia italiana.

I. COMERCIO ELECTRÓNICO Y NORMATIVA APLICABLE.

El surgimiento de nuevos instrumentos electrónicos que caracteriza a la sociedad moderna, cada vez más orientada hacia una informatización masiva, ha generado nuevos problemas que no pueden dejar indiferente al jurista¹. La globalización que la difusión de los instrumentos informáticos lleva consigo hace de *internet* un instrumento que, por un lado, ofrece nuevas y relevantes oportunidades, tanto desde un punto de vista social, como económico; pero, por otro, reclama una regulación uniforme, que, a través del establecimiento de normas comunes, se preocupe de evitar que, mediante el uso de las nuevas tecnologías, puedan lesionarse los derechos de terceros².

De hecho, si bien *internet* puede ser considerado un relevante instrumento de desarrollo en diversos órdenes de la vida³, la posibilidad de acceder a una masa "mundial" de destinatarios multiplica las circunstancias en las que pueden producirse daños. La llegada de la *new economy* ha modificado completamente el escenario de la responsabilidad civil, creando, no sólo nuevos daños, sino también nuevos ámbitos en los que éstos pueden producirse. El *cyberspazio* es uno de ellos y, teniendo peculiares características, requiere de una disciplina particular⁴.

- 1 Bessone, M. "Economy e commercio elettronico. Quale diritto per i tempi di internet?". *Dir. Inf.* (2002), 43 ss., analizando las novedades tecnológicas ligadas a los problemas del Derecho, habla de nuevos desafíos para el jurista.
- 2 La doctrina, ya desde hace tiempo, ha hecho notar cómo en tales sectores se asiste a la desaparición del carácter de la territorialidad del Derecho. En este sentido, Irti, N. "Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)". *Contr. Impr.* (2000), 668 ss.
- 3 V. el considerando n. 2 de la Directiva 2000/31/CE: "El desarrollo del comercio electrónico en la sociedad de la información ofrece importantes oportunidades para el empleo en la Comunidad, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, que facilitará el crecimiento de las empresas europeas, así como las inversiones en innovación, y también puede incrementar la competitividad de la industria europea, siempre y cuando Internet sea accesible para todos.". En la doctrina, v. Ricolfi, M. "On-line e of-line". *AIDA* (2007), 226.
- 4 En general, sobre las cambiantes funciones asignadas a la responsabilidad civil, v. Di Majo, A. *Profili della responsabilità civile*. Turín (2010): UTET, 19 ss.; Perlingieri, P. "Le funzioni della responsabilità civile". *Rass. dir. civ.* (2011), 116 ss.; Busnelli, F.D. y Patti, S. *Danno e responsabilità civile*. 3ª ed. Turín (2013): UTET, 148 ss.

• Giovanni Berti de Marinis

Licenciado y Doctor en Derecho por el programa de doctorado "Il diritto civile nella legalità costituzionale"; en la Universidad de Camerino (Italia). Es autor de una monografía, que lleva por título *La forma del contratto nel sistema di tutele del contraente debole*. Nápoles (2013): Edizioni Scientifiche Italiane; así como de numerosos artículos, publicados en revistas nacionales e internacionales en materia de contratos, consumo, mercados financieros, derecho deportivo y responsabilidad civil. Ha impartido conferencias y ponencias en diversas Jornadas científicas.

En este sector se constata la necesidad de la presencia de sujetos (*providers*) que, suministrando sus servicios en el seno de la sociedad de la información, hagan materialmente posible el flujo de datos que componen la *web*. El *provider* es, así, el sujeto profesional que ofrece servicios consistentes en la transmisión y/o almacenamiento de datos e informaciones de todo tipo (comerciales, o no) por parte de los usuarios⁵.

Debe señalarse que la actividad del *provider* puede ser muy variada: la mera circulación de informaciones (*mere conduit*); el momentáneo alojamiento de informaciones por el periodo estrictamente necesario para la transmisión de las mismas (*caching*); y, por último, el suministro a los usuarios de *internet* de un específico espacio en el propio *server*, en los que aquéllos puedan alojar de manera estable datos e informaciones, que de este modo serán accesibles a quienes utilicen la red (*c.d. hosting*)⁶.

A través de *internet*, como se ha dicho, pueden realizarse materialmente hechos ilícitos, de los cuales podrían ser llamados a responder, en calidad de intermediarios, los *providers* que suministran soporte informático para el envío y la recepción de datos⁷. La dificultad de controlar la licitud de la excepcional cantidad de datos que constantemente circulan en *internet* expondría a los *providers* a formas de responsabilidad particularmente gravosas, tales de disuadirles de la prestación de dichas actividades, que, sin embargo, son indispensables para una utilización plena de las nuevas tecnologías⁸.

Precisamente, partiendo de estas consideraciones, se ha sentido la necesidad de crear una normativa comunitaria que, ocupándose del “comercio electrónico”, aproxime los ordenamientos de los singulares Estados miembros, estableciéndose una regulación común, orientada a dotar de certeza a un sector; que, a menudo,

- 5 Sobre la definición de *provider*, v. Leocani, P. “La direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi”. *Eur. dir. priv.* (2000), 652; De Magistris, F. “La direttiva europea sul commercio elettronico”, en Rognetta, G. (coord.). *Informatica giuridica*. Nápoles (2001): ESI, 173; Pierucci, A. “La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della rete”. *Riv. crit. dir. priv.* (2003), 158.
- 6 Sobre las diferencias que existen entre tales actividades, también desde el punto de vista del régimen de la responsabilidad del *provider*, v. D’Arrigo, R. “La responsabilità degli intermediari nella nuova disciplina del commercio elettronico”. *Danno resp.* (2004), 249 ss. Como se tendrá ocasión de ver a continuación, es, precisamente, esta última actividad la que, determinando una implicación más estable del *provider*, le expone a un mayor grado de eventual responsabilidad.
- 7 En general, sobre la problemática, v. Gambini, M. *Le responsabilità civili dell’Internet Service Provider*, Nápoles (2006): ESI, *passim*; Tesaro, M. “La responsabilità dell’internet provider nel d.lg. n. 70/2003”. *Resp. civ.* (2010), 166 ss.
- 8 Sobre el punto, v. Bocchini, R. “La responsabilità extracontrattuale del provider”, en Valentino, D. (coord.), *Manuale di diritto dell’informatica*. 2ª ed. Nápoles (2011): ESI, 127, el cual constata como “si la responsabilidad es excesiva los intermediarios no pueden operar, porque resultan demasiado gravados por la misma. El mercado europeo se ralentizaría, porque ningún empresario aceptaría ‘el riesgo de prestar el servicio de intermediario’ con la consecuencia de que los operadores económicos del sector buscarían un mercado en el que el régimen jurídico de la responsabilidad fuera más liberal. El régimen de responsabilidad constituye, por lo tanto, un elemento de la estructura del mercado”.

escapa a la acción de los derechos nacionales y, en consecuencia, a aumentar la confianza de los usuarios de la red hacia este instrumento informático⁹.

Este objetivo se ha alcanzado con la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000¹⁰, la cual ha sido recibida en el ordenamiento jurídico italiano a través del d.lg. de 9 de abril de 2003, n. 70¹¹, con el propósito de poner orden entre las múltiples fuentes del Derecho, que han regulado el instrumento informático¹².

Según se ha observado, son muchas las cuestiones que plantea la difusión del instrumento informático¹³, las cuales derivan de su ya completa y total accesibilidad¹⁴, siendo necesario proteger, no sólo al llamado contratante débil (el consumidor en el ámbito informático), sino también a los sujetos profesionales, susceptibles de ser perjudicados por una inadecuada utilización de la red *internet*¹⁵.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL PROVIDER EN LA DISCIPLINA COMUNITARIA E ITALIANA.

En el contexto descrito surge la necesidad de valorar la posible responsabilidad de un *provider* por lesión de los derechos conexos a la propiedad intelectual e industrial (principalmente, por utilización ilegítima de marcas registradas y por violación del *copyright*)¹⁶.

- 9 V. en tal sentido el considerando n. 7 de la Directiva citada en nota precedente: "Es fundamental para garantizar la seguridad jurídica y la confianza de los consumidores que la presente Directiva establezca un marco claro y de carácter general para determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior".
- 10 Sobre este punto, v. Sarzana Di Sant'Ippolito, F. "Approvata la direttiva sul commercio elettronico, n. 2000/31/CE". *Corr. giur.* (2000), 1275 ss.; Leocani, P. "La direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi". *Eur. Dir. Priv.* (2000), 617 ss.; Zeno-Zencovich, V. "La tutela del consumatore nel commercio elettronico". *Dir. Inf.* (2000), 447 ss.
- 11 Zeno-Zencovich, V. "Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal D. lgs. n. 70/03". *Dir. Inf.* (2003), 505 ss.; Tripodi, E.M. "Alcuni interrogativi sul d.lgs. n. 70 del 2003 di recepimento della direttiva sul commercio elettronico". *Corr. giur.* (2004), 829 ss.
- 12 Ruggeri, L. "Mercato telematico ed autonomia privata un nuovo ruolo per la "lex mercatoria"". *Rass. Dir. Civ.* (2002), 303 ss.; Rossello, C. "La governance di internet tra diritto statale, autodisciplina, soft law e lex mercatoria". *Dir. Comm. Int.* (2006), 45 ss. Sobre la necesidad de proponer una reglamentación del Derecho de la informática fundado en una perspectiva axiológica valorativa en función de los principios de razonabilidad, adecuación y proporcionalidad, v. Perlingieri, P. "Metodo, categorie, sistema nel diritto del commercio elettronico", en Sica, S. y Stanzione, P. (coord.), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*. Milán (2002): Giuffrè, 10 ss.
- 13 Reflexiona sobre la expansión del instrumento informático como medio a través del cual concluir intercambios comerciales, Morelli, M. *Il commercio elettronico. Scenari prospettive e tecniche per vendere in rete*. Milán (2000): Giuffrè, 6.
- 14 Sica, S., en Sica, S. y Stanzione, P. (coord.), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, cit., 3.
- 15 Sobre estos aspectos, v., ampliamente, Sandulli, P. "Analisi delle normative a tutela dell'impresa e del consumatore in materia di commercio elettronico". *Giust. Civ.* (2000), 243 ss.
- 16 Sobre las intervenciones comunitarias encaminadas a reforzar la tutela en el ámbito de la propiedad intelectual, v. las aportaciones de Nivarra, L. "Profili giurisdizionali della tutela del diritto d'autore", en Nivarra, L. y Ricciuto, V. (coord.). *Internet e il diritto privato. Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*. Turin (2002): UTET, 139 ss.; Autieri, P. "Iperprotezione dei diritti di proprietà intellettuale". *AIDA*, 2007, 155 ss.; Libertini, M. "Contraffazione e pirateria". *Ibidem*, 208 s.; Galli, C. "I marchi nella prospettiva del diritto comunitario: dal diritto dei segni distintivi al diritto della comunicazione di impresa". *Ibidem*, 250.

La facilidad de acceder a *internet* como un instrumento a través del cual poder llegar a un potencial mercado mundial y la posibilidad de compartir *files* que tengan contenidos protegidos por *copyright* pone de manifiesto la importancia de indagar acerca de los mecanismos de tutela que pueden ser utilizados por los sujetos perjudicados¹⁷. Es claro que tales sujetos pueden hacer valer sus propios derechos, directamente, frente al usuario de *internet*, que materialmente haya hecho un uso ilegítimo de una marca o que haya permitido el libre acceso a los datos protegidos por *copyright*. Pero es más compleja la posibilidad de afirmar la responsabilidad del *internet service provider*, a través de cuyas plataformas informáticas han sido cometidos los actos ilícitos.

El problema surge por la gran cantidad de comportamientos ilícitos que pueden ser llevados a cabo a través de *internet* y, al mismo tiempo, por el anonimato que caracteriza a los instrumentos informáticos. De hecho, mientras la localización del *provider* es fácil, no lo es tanto la del usuario de la plataforma informática que, materialmente, ha desarrollado dicho comportamiento¹⁸.

La Directiva 2000/31/CE, en sus arts. 12 a 14, ha previsto una disciplina de favor del *provider* denominado "neutral"¹⁹, estableciendo una exención de responsabilidad del mismo, por los contenidos que son puestos a disposición de la colectividad a través de las plataformas informáticas por él gestionadas²⁰. Del mismo modo, el art. 15 de la misma confirma que, en los supuestos regulados por los preceptos anteriormente mencionados, los Estados miembros no pueden imponer a los *providers* obligaciones generales de vigilancia y control sobre las informaciones publicadas sobre las propias plataformas informáticas²¹.

17 Rodean, N. "Responsabilità del gestore del mercato online per violazione ai diritti di marchio altrui". *Dir. pubbl. comp. eur.* (2011), 1595, la cual, reflexionando sobre las potencialidades y sobre los riesgos de la red, afirma: "El desarrollo de la red telemática de comunicación ha permitido la aparición del mercado electrónico, en el que las empresas, tuteladas con derechos de propiedad intelectual, pueden vender sus propios productos, directa o indirectamente, a través de mercados virtuales creados por los intermediarios. Prácticamente *internet* ha creado la posibilidad de utilizar lícitamente la propiedad intelectual, pero también puede constituir un instrumento para operar ilícitamente en daño de las obras tuteladas por el derechos de autor. El uso de *internet* como instrumento de comunicación comercial comporta la aplicación de las reglas prescritas para la protección del derecho de marcas o de las reglas sobre competencia desleal".

18 V., para alguna reflexión preliminar, Nivarra, L. *La tutela del diritto d'autore in internet*. Milán (2001): Giuffrè, 97 s.; Id. "Diritto d'autore e responsabilità del provider", en Palazzo, A. y Ruffolo, U. (coord.). *La tutela del navigatore in internet*. Milán (2002), 195 ss.; Pietrucci, A. "La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della rete". *Riv. Crit. Dir. Priv.* (2003), 152 ss.; Tosi, E. "Le responsabilità civili", en Id. (coord.). *I problemi giuridici di internet*. Milán (2003): Giuffrè, 516 ss.

19 Sobre el concepto de "neutralidad" del *provider* v. *infra*.

20 V., al respecto, Bond, R. "Business trends in virtual worlds and social networks – en overviews of the legal and regulatory issues relating to intellectual property and money transaction". *Entertainment Law Review* (2009), 20, 123; Sica S. "Responsabilità del provider: per una soluzione «equilibrata» del problema". *Corr. giur.* (2013), 505 ss.; Bugiolacchi L. "Evoluzione dei servizi di hosting provider, conseguenze sul regime di responsabilità e limiti all'attuale approccio case by case". *Resp. civ. prev.* (2013), 1997 ss.

21 El art. 15.1 dice así: "Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14."; añadiendo, sin embargo, el 15.2 que "Los Estados miembros podrán establecer obligaciones tendentes a que los prestadores de servicios de la sociedad de la información comuniquen con prontitud a

Una parte de la doctrina ha explicado la exención de responsabilidad del *provider* en la objetiva dificultad del prestador de servicios para efectuar un control total de las informaciones contenidas en las plataformas informáticas y en la circunstancia de que, de no existir dicha exención, se desincentivaría una actividad de “intermediación”, que es de extrema importancia para el desarrollo de dichas plataformas²².

En general, tales explicaciones han sido hechas propias por el legislador italiano, al recibir la mencionada Directiva. El d.lg. de 9 de abril de 2003, n. 70, de hecho, en los arts. 14 a 17, recibe íntegramente el principio de la falta de responsabilidad del *provider* y, simultáneamente, rechaza la existencia de una genérica obligación del mismo de proceder a la vigilancia y al control de los materiales publicados en la plataforma²³.

No plantea dificultades la responsabilidad de los pretadores que desarrollan un actividad de *mere conduit* o de *caching*, que, en la práctica, es inexistente. Los problemas surgen en el caso del *hosting*, desde el momento en que a través de esta actividad es el mismo *provider* quien aloja de manera estable en las propias plataformas datos que lesionan los derechos ajenos²⁴.

Por cuanto concierne al sistema de *hosting*, es el art. 16 del d.lg. n. 70 del 2003 el que, en primer lugar, confirma el principio de la irresponsabilidad del *provider*, principio, que, sin embargo, se excepciona cuando concurren dos circunstancias específicas.

La primera de dichas circunstancias es la descrita en el art. 16.1 a), que, con una formulación un tanto intrincada, afirma la ausencia de responsabilidad del *host provider*, a menos que el mismo “no haya tenido conocimiento efectivo del hecho de que la actividad o la información es ilícita y, por cunato se refiere a las acciones resarcitorias, no esté al corriente de hechos o de circunstancias que hagan mafiesta la ilicitud de la actividad o de la informacion”. La doctrina ha visto en la disposición dos partes bien diferenciadas: mientras la primera se referiría a aspectos penales,

las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento”.

22 Así, Nivarra, L. “La responsabilità degli intermediari”. *AIDA* (2002), 307 ss.

23 Va de suyo; y en tal sentido, dispone el art. 16. 2 del d.lg. n. 70 del 2003, que tal régimen de ausencia de irresponsabilidad se aplica sólo al *provider* que no resulta ser autor material de la transmisión de datos. En el caso en el que el mismo *host provider* sea a la vez *content provider*, resulta evidente su responsabilidad directa en la causación del daño. En tal sentido, Gambini, M. “Colpa e responsabilità nella fornitura di servizi internet”, en Clarizia, R. (coord.). *I contratti informatici, in Tratt. Rescigno y Gabrielli*. Turin (2006): UTET, 628; Riccio, G.M. “Responsabilità civile degli internet providers”, en Stanzione, P. y Sica, S. (dir.). *Professioni e responsabilità civile: professioni legali, tecniche e mediche*. Turin (2007): UTET, 758; Bocchini, R. “La responsabilità extracontrattuale del provider”, en Valentino, D. (cur.). *Manuale di diritto dell'informatica*, cit., 132.

24 Sobre la definición de *host provider*, Sarzana di Sant'Ippolito, F. “Approvata la direttiva sul commercio elettronico”. cit., 1294. Sobre la naturaleza de la relación que liga al *host provider* con el usuario, v. De Nova, G. “I contratti per l'accesso ad internet”. *Ann. it. dir. autore* (1996), 39, el cual reconduce el supuesto al arrendamiento de servicios.

respecto de los cuales la responsabilidad del *provider* requeriría que el mismo tuviera un conocimiento efectivo de la ilicitud de los materiales alojados; en la segunda, atinente a las acciones resarcitarias, estaría llamado a responder de eventuales daños el *provider* que, simplemente, estuviera "al corriente de hechos o de circunstancias que hicieran manifiesta la ilicitud de la actividad o de la información"²⁵.

En este punto, la norma italiana reproduce literalmente el art. 14.1.a) de la Directiva 2000/31/CE, lo que no puede decirse del art. 16.1.b) del d.lg. n. 70 del 2003. Este último precepto, de hecho, da lugar a una derogación del principio de irresponsabilidad del *provider* en los casos en que este último, habiendo conocido la ilicitud de los contenidos "a través de comunicación de las autoridades competentes", no se hubiera apresurado a removerlos o a deshabilitar el acceso a los mismos. La normativa italiana, contrariamente a la comunitaria, que calla sobre este punto, parece requerir una intervención de las "autoridades competentes", requiriendo al *provider* para intervenir, removiendo las informaciones ilícitas o deshabilitando el acceso al portal por él gestionado sin que, a estos efectos, sea suficiente que tal comunicación provenga del sujeto lesionado²⁶.

Tal recepción parece alejar la disciplina italiana de lo previsto en la Directiva²⁷. Otros Países miembros, aun procediendo a una enunciación de los medios a través de los cuales es posible apreciar la existencia de un conocimiento por parte de *provider* de la ilicitud de los contenidos publicados sobre las propias plataformas, realizan una aproximación más abierta y flexible a la cuestión, más en consonancia con el dictado comunitario. Así, por ejemplo, el art. 16.1 y 2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio²⁸, a través de la cual se ha recibido en España la Directiva 2000/31/CE, no obstante su tenor literal, es interpretado por la doctrina²⁹ y la jurisprudencia³⁰ en el

25 Manna, L. *La disciplina del commercio elettronico*. Padua (2005): Cedam, 202.

26 Menichino, C. "Art. 16", en Cuffaro, V. (coord.). *Codice del consumo*, 3ª ed. Milán (2012): Giuffrè, 1270.

27 Esta discordancia ha llevado a una parte de la doctrina a sugerir la no aplicación de la disciplina nacional, sino la comunitaria, y a legitimar por esta vía la idea de que también una comunicación que no provenga de una autoridad competente pueda integrar el requisito del conocimiento por parte del *provider* de la actividad ilícita. En este caso, Troiano, O. "L'impresa di content, host ed access providing". *AIDA* (2007), 355 ss. Debe, sin embargo, señalarse que en el Considerando n. 46 de la Directiva, se afirma que "La retirada de datos o la actuación encaminada a impedir el acceso a los mismos habrá de llevarse a cabo respetando el principio de libertad de expresión y los procedimientos establecidos a tal fin a nivel nacional. La presente Directiva no afecta a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan requisitos específicos que deberán cumplirse con prontitud antes de que retiren los datos de que se trate o se impida el acceso a los mismos". Por lo tanto, tal Considerando parece legitimar a los Estados miembros para prever procedimientos que comporten el surgimiento de la obligación de remoción o de deshabilitación del acceso.

28 Sobre la misma, en general, Lobato, M. y Porcuna, F. "La responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información". *La Ley* (16 de diciembre de 2009), 5 ss.

29 Márquez Lobillo, P. "Prestadores de servicios de información: algunas especialidades de su estatuto jurídico". *RCE* (2007), 28 ss.; Carnero Sobrado, J.I. "Consideraciones en torno a la responsabilidad civil de los prestadores de servicios por comentarios alojados en sus páginas web". *La Ley* (24 de enero de 2012), 10 ss.; Chaparro Matamoros, P. "La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información en los supuestos de vulneración del derecho al honor en internet". *Revista práctica de derecho* (2013), 68 ss.

30 Así se ha expresado la jurisprudencia española que, si bien en relación con la vulneración del derecho al honor a través de *internet*, ha confirmado que, conforme a lo expresado en la disciplina comunitaria, cualquier comunicación que sea idónea para hacer conocer al *provider* la ilicitud de los contenidos será suficiente para

sentido de no contener una eumeración exhaustiva, de modo que en el número 2 del precepto, es posible incluir cualquier modalidad de comunicación que sea idónea para determinar el efectivo conocimiento de la ilicitud de los materiales publicados por parte del *provider*.

La orientación italiana, por el contrario, parece ser más rígida, haciendo problemática esta interpretación³¹, creando un evidente contraste entre las letras a) y b) del art. 16 del d.lg. n. 70 del 2003. Así, si la letra a) afirma la responsabilidad del *provider* que está al corriente de hechos o circunstancias que evidencien el carácter ilegítimo de la actividad desarrollada o de las informaciones registradas, la letra b) considera al *provider* responsable sólo si el mismo no se apresta a remover los datos, sobre la base de la existencia de una comunicación en este sentido por parte de la autoridad competente. Parece, entonces, que el *provider* que tuviera información de la ilicitud de los materiales publicados en el sitio, por un lado, sería responsable ex art. 16.1.a), pero, por otro, no debería actuar sin mediar una intervención de la autoridad competente³².

La composición del conflitto podría quizás encontrar respuesta en el último apartado del art. 17 del d.lg. n. 70 del 2003. Dicho precepto, después de haber afirmado en su número 1 la ausencia de una obligación de vigilancia a cargo del *provider* acerca de las informaciones que transmite o aloja y, parejamente, la ausencia de una obligación de búsqueda activa de la presencia de eventuales ilícitos³³; después de haber sancionado en su número segundo obligaciones de colaboración del mismo con las autoridades competentes (señalación de ilícitos o suministro de informaciones a requerimiento de las propias autoridades³⁴); en el número tercero y último, afirma que "El prestador es civilmente responsable del contenido de tales servicios en el caso en el que, requerido por la autoridad judicial o administrativa que tuviera por objeto funciones de vigilancia no hubiera actuado rápidamente para

general la obligación del mismo de proceder a retirarlos. En tal sentido STS 9 diciembre 2009, n. 773, STS 4 diciembre 2012, n. 742, STS 26 febrero 2013, n. 128, y STS 4 marzo 2013, n. 144. Para un análisis de la jurisprudencia sobre la materia, v. Peguera Poch, M. "«Sólo sé que no sé nada (efectivamente)»: la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI". *Revista de internet, derecho y política* (2007), 10 ss.; Rubí Puig, A. "Derecho al honor online y responsabilidad civil del ISPs". *InDret* (4/2010), 8 ss.

- 31 Delfini, F. "Il commercio elettronico", en Picozza, E. y Gabrielli, E. (dir.). *Trattato di diritto dell'economia*. Padua (2004): Cedam, 191; Menichino, C. "Art. 16", en Cuffaro, V. (coord.). *Codice del consumo*. cit., 1270. En la doctrina, sin embargo, hay quien ha señalado que el *provider*, que, conociendo la ilicitud de algunos contenidos se active automáticamente para remover los datos ilícitos sin una previa denuncia judicial, incurriría en responsabilidad, sea contractual o extracontractual. Así, Manna, L. "La disciplina del commercio elettronico", cit., 222 ss.
- 32 Sin embargo, para un diverso planteamiento seguido por la jurisprudencia italiana de instancia, propensa a considerar responsable al *provider* que no lleva a cabo un comportamiento activo para la remoción de contenidos ilícitos o para impedir la persistencia del ilícito, también sobre la base del simple impulso de la parte lesionada, v. *infra*, VI.
- 33 Nivarra, L. "Responsabilità del provider". *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.* (2003), I 198.
- 34 Medida esta, necesaria para combatir el anonimato que caracteriza a las redes informáticas. A este respecto, Riccio, G.M. *La responsabilità civile degli internet providers*. Turín (2002): UTET, 134; Sica, S. "Le responsabilità civili", en Tosi, E. (coord.). *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*. Milán (2003): Giuffrè, 299 ss. Sin embargo, para la ponderación que requiere la tutela de los derechos exclusivos con la tutela de la *privacy* en *internet*, Pirruccio, P. "Diritto d'autore e responsabilità del provider". *Giur. merito* (2012), 2608 ss.

impedir el acceso a dicho contenido o bien, si habiendo tenido conocimiento del carácter ilícito o perjudicial para un tercero del contenido de un servicio al cual asegura el acceso, no haya procedido a informar a la autoridad competente”³⁵.

Parece, entonces, que en la normativa italiana de trasposición el provider que está al corriente de actividades ilícitas sólo será civilmente responsable, cuando no informe de las mismas a las autoridades competentes, quienes serán las autorizadas para tomar las medidas que resulten procedentes. Por lo tanto, sólo estará obligado a intervenir activamente, en presencia de un pronunciamiento, en tal sentido, de la autoridad competente.

III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: EL CASO GOOGLE FRANCE.

A pesar del principio de irresponsabilidad del *provider* sancionado, tanto por la normativa comunitaria, como por la italiana, es conveniente el análisis de la casuística jurisprudencial, con el fin de precisar con mayor exactitud los límites dentro de los cuales no es posible reprochar al *provider* la violación de derechos de propiedad intelectual o industrial llevadas a cabo por terceros mediante la utilización de plataformas informáticas que aquél gestiona.

En este sentido tiene gran relevancia la STJUE (Gran Sala) 23 marzo 2010³⁶, la cual resuelve un litigio que concernía al célebre motor de búsquedas *Google* y a una serie de conocidas marcas comerciales, que habían denunciado ante el juez nacional francés la vulneración de sus derechos de marca a través del referido motor de búsqueda. En particular, se quejaban de que con el sistema de *AdWords*³⁷ era posible usar *advertising words*, que, escritas en el campo de búsqueda, atraían la atención del consumidor y, automáticamente, identificaban *links* publicitarios (bien sobre los resultados de la búsqueda, bien a la izquierda de la pantalla), que redireccionaban al usuario hacia los páginas *web* de quienes comercializaban en *internet* productos semejantes o, incluso, a veces, falsificados.

El problema fue planteado por la *Court de Cassation* francesa como una cuestión prejudicial, en la que preliminarmente se preguntaba si el *provider* (en este caso, el motore de búsqueda *Google France*) podía ser considerado civilmente responsable por la utilización fraudulenta de las marcas.

El Tribunal de Luxemburgo califica la actividad desarrollada por *Google* en el caso enjuiciado como una actividad de *hosting* y confirma que la aplicación del

35 Ponzanelli, G. “Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers”, en Sica, S. y Stanzione, P. (coord). *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, cit., 377.

36 STJUE (Gran Sala) 23 marzo 2010, C-236/08, C-237/08 y C-238/08, *Dir. Inf.* (2010), 707.

37 Sobre este punto me remito a Chaparro Matamoros, P. “Infracciones marcarias en la red: responsabilidad de las empresas gestoras de anuncios y mercados de internet”. *La Ley* (25 de diciembre de 2011), 11 ss.

régimen de exención de responsabilidad del art. 14 de la Directiva 2000/31/CE se limita a los casos en los cuales el *provider* asuma un papel meramente pasivo en la inserción de los mensajes publicitarios. El solo hecho de tomar parte activa en la determinación de las *advertising words* y en la redacción de los relativos *links* publicitarios podría justificar la responsabilidad civil del *provider* por vulneración de la propiedad industrial ajena. Sólo este caso, sería posible considerar que el *provider* está al tanto de los contenidos insertados en la plataforma electrónica y, por consiguiente, es corresponsable de la lesión llevada a cabo³⁸.

La constatación de tal circunstancia, obviamente, corresponde al juez nacional, quien, además, de verificar la actividad desarrollada por el *provider*, habrá de ponderar los beneficios económicos que él mismo haya obtenido como consecuencia del uso ilegítimo de la marca ajena.

Por supuesto, la responsabilidad del *provider* surgirá en todos los casos en que, siendo sabedor de la ilegítima utilización de la marca, no adopte un comportamiento dirigido a remover el *link* y las palabras claves, a través de las cuales haya tenido lugar la actividad ilícita³⁹.

IV. EL CASO EL ORÉAL VS. EBAY.

Los principios enunciados en la sentencia antes mencionada han constituido un precedente de particular relevancia para los posteriores pronunciamientos sobre la materia, que han seguido y desarrollado la doctrina fijada en aquella⁴⁰.

Es caso que ha permitido al Tribunal de Luxemburgo volver a pronunciarse sobre la problemática que es obbleto del presente trabajo es que ha enfrentado al productor de cosméticos *El Oréal* y a *eBay*, gestor del más famoso sitio de ventas *on line*⁴¹.

En este caso, el TJUE se pronuncia sobre una cuestión prejudicial planteada por la *Hight Court of Justice* del Reino Unido, que tenía por objeto la correcta interpretación de la Directiva 2000/31/CE, en la parte que prevé la exoneración de responsabilidad

38 V., en este sentido, Petruso, R. "Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato". *Eur. Dir. Priv.* (2012), 1187, quien, comentando el fallo, afirma: que, "si pudiera encontrarse un papel activo en la redacción del mensaje que acompaña al *link* publicitario o en la determinación y en la selección de las palabras clave, dichos servicios pondrían de manifiesto el conocimiento y el control de los datos alojados".

39 Como se ha dicho precedentemente, para que ello fuese posible en Italia, parece que sería necesario el previo pronunciamiento en una sentencia que impusiera al *provider* la remoción de los contenidos ilícitos. La mera comunicación por parte de terceros de la ilicitud de algunos contenidos no parece suficiente para permitir al *provider* remover contenidos presuntamente ilícitos.

40 Rizzuto, F. "The liability of on line intermediary service providers for infringement of intellectual property rights". *Computer and telecommunications Law review* (2012), 8; Bonadio, E. "Trade mark in online marketplaces: the CJEU's stance in *L'Oreal v. ebay*". *ibidem*, 40.

41 STJUE 12 julio 2011, C-324/09. *De jure on line*.

civil de los *providers* por el disfrute ilegítimo de las marcas por parte de los usuarios del *provider* mismo⁴².

La controversia entre los dos colosos comerciales surgió por el hecho de que algunos usuarios de eBay habían puesto en venta, a través de la plataforma por él gestionada, una serie de productos falsificados, lesivos de la marca registrada *El Oréal* y, además, algunas muestras destinadas a regalo como obsequio, y no, a la venta.

La *Hight Court of Justice* se dirige al TJUE, preguntando acerca de la correcta interpretación de la Directiva del comercio electrónico: en primer lugar, sobre la aplicabilidad a un *provider*, que se ocupa de subastas *on line*, del régimen de exoneración de responsabilidad del art. 14 de la Directiva; y, en segundo lugar, sobre las circunstancias en las que puede considerarse que el *provider* conocía el carácter ilícito de los comportamientos llevados a cabo a través de la propia plataforma informática. En particular, la *Hight Court of Justice* señala que las idénticas conductas ilícitas habían sido repetidamente perpetradas en el pasado por los usuarios de la misma plataforma.

El TJUE ha afirmado la posibilidad de extender la cualidad de *host provider* también al gestor de una plataforma informática a través de la cual se desarrollan actividades de comercialización *on line* de bienes⁴³, pero, adhiriéndose a la doctrina expuesta por la sentencia mencionada en el epígrafe precedente, señala que las limitaciones de responsabilidad aplicables en virtud del art. 14 de la Directiva 2000/31/CE a los sujetos que ofrecen servicios de *host providing* dependerá de la concreta actividad desarrollada por el gestor de la plataforma. Por lo tanto, también aquí se confirma la necesidad de que el *provider* sea ajeno y neutral respecto de la actividad ilícita perpetrada por el usuario a través de la plataforma informática. El *host provider* ha de ofrecer, pues, exclusivamente, un servicio de alojamiento a las ofertas formuladas por terceros y, como tal, ser ajeno a los ilícitos eventualmente realizados, sin que sobre el mismo pese una obligación de controlar la regularidad de los productos puestos a la venta.

Esta exención de responsabilidad no se excluye por la circunstancia, como sucede en este caso, de que el *provider* ofrezca tales servicios con ánimo de lucro. Esta finalidad no tiene por qué incidir sobre la actividad concretamente desarrollada por el gestor de la plataforma informática: cuando sea neutral e indiferente respecto de los contenidos publicados a través del sitio de *internet*, no podrá ser reputado como responsable civilmente del ilícito cometido. En tales circunstancias, pues, el *provider* no puede ser considerado como un usuario de la marca, sino como un mero

42 Sobre este punto, v. Roy, B. "L'Oreal's pan-European campaign against eBay: the latest instalment". *Computer and telecommunications Law Review* (2009), 154.

43 Sobre la naturaleza jurídico-informática de eBay, v. Perri, P. "Sospensione dell'account del venditore dalla piattaforma eBay a seguito di feedback negativi: profili civilistici e informatico-giuridici". *Giur. merito* (2011), 1810 ss.

intermediario neutral que ofrece un producto a través de la plataforma informática a quien, acudiendo a ella, lo compra⁴⁴.

Si el hecho de llevar a cabo la actividad de *host providing* no parece que sea un obstáculo para mantener intacta la exención de responsabilidad del *provider*, no puede afirmarse lo mismo en el supuesto en que el gestor del sitio suministra asistencia para la venta a quienes inserten los anuncios u ofrezca servicios publicitarios con el fin de optimizar la venta de un determinado bien.

Estas últimas actividades truncan la neutralidad del gestor de la plataforma informática respecto a los materiales publicitados y vendidos a través de la misma, haciéndole asumir un papel activo en la venta de los bienes, por lo que debará ser considerado corresponsable del disfrute ilícito de los signos distintivos en los que materialmente ha participado⁴⁵.

Así pues, concurriendo tales circunstancias, no será de aplicación el régimen de favor del art. 14 de la Directiva 2000/31/CE y el titular de la marca registrada lesionada a través de los servicios de venta ofrecidos por la plataforma informática eBay podrá también dirigir sus pretensiones resarcitorias contra ella⁴⁶.

El TJUE precisa, no obstante, que el trato de favor del *provider* quedará excluido, cuando, aun habiendo asumido un papel neutro respecto a la utilización ilícita de la marca, pueda considerarse que el gestor del sitio está al corriente de las actividades ilícitas desarrollada y, conociéndolas, no se haya apresurado a evitar la perpetuación del ilícito⁴⁷.

Por consiguiente, los jueces de instancia no deberán limitarse a verificar el papel –activo o pasivo– llevado a cabo por el *host provider*, sino que también habrán de comprobar que el mismo no estuviese “efectivamente al corriente”, lo que implica examinar su conducta sucesiva.

44 Rodean, N. “Responsabilità del gestore del mercato online per violazione ai diritti di marchio altrui”. cit., 1597, constata que “sólo suministrado un servicio que ha permitido a los propios clientes visualizar sobre su plataforma productos registrados por parte de terceros, eBay no hace ‘uso’ de la marca en cuestión. El uso del marca es hecho sólo por el vendedor (por ejemplo, los clientes de eBay)”. Cfr. en la jurisprudencia, además, del caso *Google France*, también la STJUE 11 septiembre 2007, C-17/06. *Raccolta* (2007) I, 7041.

45 V, sobre este punto, las reflexiones de Chaparro Matamoros, P. “Infracciones marcarias en la red: responsabilidad de las empresas gestoras de anuncios y mercados de internet”. cit., 14.

46 Rodean, N. “Responsabilità del gestore del mercato online per violazione ai diritti di marchio altrui”. cit., 1598, que, comentando esta sentenciam afirma: “Aunque el Tribunal no tenga la última palabra en la cuestión frente a eBay, hay que observar que eBay aloja los datos insertados por sus vendedores, que las ventas se realizan de conformidad a las condiciones establecidas por eBay y que, en algunos casos, eBay suministra también asistencia destinada a optimizar o promover determinadas ofertas. Estas observaciones sugieren que el Tribunal considera que los operadores como eBay en general no entran en el ámbito de exoneración de responsabilidad. Según el Tribunal, el juez proponente debe negar tal neutralidad si el provider asiste al cliente en la presentación y en la promoción de las ofertas en venta, por ejemplo, optimizando su prestación”.

47 Por cuanto concierne a los problemas emergentes sobre tal cuestión en el sistema italiano, v. lo dicho al respecto *supra*.

Respecto a la cuestión del efectivo conocimiento del carácter ilícito de la actividad, de acuerdo con el Derecho comunitario, se señala que dicha situación podrá entenderse producida, no sólo cuando por razón del control que él mismo realice de manera autónoma sobre los contenidos de los datos alojados se de cuenta de su ilicitud, sino también (esto será lo más frecuente) cuando haya comunicación por parte de un tercero (habitualmente el sujeto lesionado)⁴⁸.

Verificado el efectivo conocimiento de la violación de derechos de terceros, se requiere, pues, al *host provider* que tenga una conducta diligente para remover los contenidos ilícitos presentes en el sitio *internet*⁴⁹.

V. LA PROHIBICIÓN DE IMPONER CONTROLES PREVENTIVOS Y GENERALES EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO.

Es claro que al *provider* no se le puede imponer obligaciones generales y difusas de vigilancia sobre los materiales alojados en las propias plataformas⁵⁰. Este principio ha sido reafirmado por el propio Tribunal de Luxemburgo, el cual se ha pronunciado a propósito de un litigio entre la Sociedad belga de autores, compositores y editores (SABAM) y un *provider*, que, a través de la propia plataforma, permitía a terceros intercambiar *files* mediante programas *peer-to-peer*, violándose derechos de autor sobre las obras intercambiadas⁵¹. La SABAM obtuvo del Tribunal de *primiér Instance* de Bruxelles la condena del *provider* a establecer filtros que excluyeran la posibilidad de intercambiar fraudulentamente *files* protegidos por *copyright*. Recurrida dicha

48 Pertuso, R. "Fatto illecito degli intermediari tecnici della rete e diritto d'autore: un'indagine di diritto comparato". cit., 1191, que se refiere al art. 14.a) de la Directiva 2000/31/CE, en la que se condiciona la exención de responsabilidad del *provider* a la circunstancia de que el mismo "no esté efectivamente al corriente del hecho de que la actividad o la información es ilícita", afirma que, "a través de la locución 'en algún modo, el Tribunal europeo se ha referido tanto a la hipótesis en que sea el mismo gestor de mercado *online* quien descubra – como consecuencia de eventuales controles llevados a cabo por su propia iniciativa – la existencia de actividades o de informaciones ilícitas, como a las hipótesis en que tal conocimiento derive de la comunicación efectuada por terceros".

49 Rodean, N. "Responsabilità del gestore del mercato online per violazione ai diritti di marchio altrui". cit., 1598, según la cual "aunque eBay es una especie de 'intermediario', el coloso de las subastas online no puede eximirse de la obligación de bloquear la venta de productos falsos e de la de identificar a los vendedores que comercializan dichos productos. Además, los gestores como eBay deben asumir un papel más activo en el contraste de las falsificaciones, si no quieren ser considerados responsables, al igual que los vendedores de las mercancías falsas". En el mismo sentido, Rühmkorf, A. "EBay on the European Playing Field: A Comparative Case Analysis of L'Oréal v eBay". www.2.law.ed.ac.uk, que afirma: "At the same time, eBay and other Internet intermediaries have to accept that they have become powerful companies. It is possible for them to dedicate teams of employees to ensure that only a minimum of counterfeits are sold. It is also hard to believe eBay's contention in the High Court case that no filter software (however flawed) exists which could be applied more coherently and consequently than before. Article 14 (1) (b) which provides that a host provider upon obtaining knowledge of illegal activity on its site has to 'act expeditiously to remove or disable access to the information' to be exempted from liability has led to a system of Notice-and-Take-Down. However, in this system the trade mark proprietors are burdened with the cost of web 2.0 by having to detect the infringements. Instead, given that some intermediaries are highly profitable, they could be required to do more within the limits of Article 15, E-Commerce Directive". Respecto de la diligencia requerida al *provider*, una vez que haya llegado a conocer la ilícita utilización de la propiedad industrial ajena, v. también *infra*.

50 Ribas, J. "La neutralidad de los servicios de publicidad en buscadores de internet". *LaLey* (16 de diciembre de 2009), 2.

51 STJUE 24 novembre 2011, C-70/10. *Foro it.* (2012). IV, 302.

sentencia en apelación, la *Cour d'Appel* de Bruxelles elevó una cuestión prejudicial acerca de la compatibilidad con el Derecho comunitario de un pronunciamiento que impusiera al *provider* el establecimiento de mecanismos de bloqueo y filtrado de los *files peer-to-peer* que violaran derechos de propiedad intelectual⁵².

El TJUE, partiendo de la prohibición establecida por el art. 15 de la Directiva 2000/31/CE de establecer obligaciones generales de vigilancia a cargo del *provider*, afirma que la imposición de un complejo sistema de vigilancia y de control preventivo con carácter general y temporalmente ilimitado a costa del *provider* es contraria a dicha prohibición. Observa, además, que tal sistema de control, dadas las características que habría de tener para ser eficaz, aun tutelando los derechos de autor, sin embargo, vulneraría la libertad de empresa del *provider*⁵³ y, por otro, también el derecho a la protección de datos de carácter personal de los usuarios, quienes, para que el sistema de filtrado funcionara, deberían ser controlados y vigilados de manera preventiva⁵⁴. La iltitud de la imposición de tales sistema de filtrado y control, por lo tanto, ha llevado a los jueces europeos a realizar una labor de ponderación entre los derechos de autor, la tutela de la iniciativa económica y los datos personales de los usuarios, estableciendo la preferencia de la tutela de estos últimos sobre los primeros.

Las mismas consideraciones han sido reiteradas por el TJUE en otro caso análogo al precedente, en el que la misma SABAM había dirigido a los tribunales nacionales una pretensión idéntica en relación con un *host provider*, gestor de una red social en línea mediante la cual era asignado a cada usuario un espacio reservado para intercambiar informaciones⁵⁵. La SABAM argumentaba que a través del *provider* los usuarios intercambiaban materiales protegidos por *copyright* y, por tanto, en vía inhibitoria, pedía al juez que condenara al *provider* a que cesara de poner a disposición general en *internet* los contenidos ilícitos. El *provider* se defendió, afirmando que la estimación de dicha pretensión equivaldría sustancialmente a imponer un sistema de filtrado preventivo y permanente, contrario al art. 15 de la Directiva 2000/31/CE, que vulneraría los derechos del *provider* a la libertad de iniciativa económica y el derecho de los usuarios a la protección de sus datos de carácter personal.

52 Cfr., punto 27 del fallo.

53 En este sentido, puntos 47 y 48 de la sentencia, en los que se insiste sobre el hecho de que tal sistema de control, por su onerosidad y complejidad, gravaría de manera temporalmente ilimitada al *provider*, penalizándolo excesivamente.

54 Así, los puntos 49, 50 y, especialmente, 51, en el cual se afirma que "es pacífico que la imposición del sistema de filtrado controvertido implicaría un análisis sistemático de todos los contenidos, además, de la recogida e identificación de las direcciones IP de los usuarios que estuvieran en el origen del envío de los contenidos ilícitos sobre la red, direcciones que constituyen datos personales protegidos, en la medida en que permiten identificar de modo preciso dichos usuarios".

55 STJUE 16 febrero 2012, C-360/10. *Foro it.* (2012). IV, 298.

También en este caso, con los mismos argumentos empleados en el fallo anterior, el TJUE reitera que no es legítimo establecer la obligación de sistemas de filtrado incompatibles con el Derecho comunitario⁵⁶.

VI. LA JURISPRUDENCIA ITALIANA.

La jurisprudencia italiana ha aplicado los principios expuestos en el caso de violación de la propiedad intelectual a través *internet*.

Confirmando la regla general de la ausencia de responsabilidad del *provider* por los materiales publicados y por las actividades desarrolladas en la plataforma informática por él gestionada, los jueces han precisado que la exención de responsabilidad no opera en los casos en los que el *provider*, avisado del ilegítimo disfrute de marcas o de bienes protegidos por *copyrights*, no se haya apresurado a poner fin al ilícito perpetrado a través de la *web*.

En la jurisprudencia nacional existe un caso relativo a la violación de los derechos de autor de una obra cinematográfica realizada con el conocido motor de búsquedas *Yahoo*. El problema resuelto por el Tribunal de Roma⁵⁷ es muy semejante al caso, ya expuesto, *Google France*. En particular, a través de *AdWorlds* algunos usuarios habían asociado a las palabras claves "*About Elly*" *links* piratas, que permitían el *download* o la visión no autorizada en *streaming* del film homónimo, cuyos derechos de autor pertenecían a PFA Films.

Escribiendo dichas palabras, los usuarios del motor de búsqueda eran redireccionados a los sitios en los que se perpetraba la violación de los derechos de autor sobre la propiedad intelectual. El *provider* no había respondido positivamente a los reiterados requerimientos de la empresa titular de los derechos de autor sobre la obra cinematográfica "*About Elly*", para que removiera los *links* que permitían la visión o el *download* del film.

El Tribunal aplica los principios expuestos en las precedentes sentencias comunitarias y, en particular, calificada *Yahoo* como *host provider*, confirma que en el sentido del art. 16 del d.lg. 70 del 2003 sobre el comercio electrónico (que reproduce el art. 14 de la Directiva 2000/31/CE), el *provider* no puede ser considerado responsable de los materiales publicados sobre la plataforma informática por él gestionada en el caso en que sea neutral respecto a la inserción de las informaciones, actuando como un mero intermediario, extraño a ellas. Sin embargo, también se confirma la necesidad de que el *provider* tenga una conducta basada en los principios

56 V., a este respecto, el punto 36 de la sentencia. Conforme, en tal sentido, la doctrina. V. Bellia, M., Bellomo, G.A.M. y Mazzoncini, M. "La responsabilità civile degli internet service provider per violazione del diritto d'autore". *Dir. ind.* (2012), 362.

57 Se trata de la ordenanza, del Trib. Roma 22 marzo 2011 (juez único). www.leggioggi.it.

de corrección, por lo que sobre él pesa la obligación de proceder a remover los *links* que permitan un disfrute ilegítimo de una obra intelectual que viole los derechos de autor de terceros; y ello, con la sola comunicación de la parte lesionada⁵⁸. Si bien los sitios que ofrecen servicios de *hosting* no están obligados a efectuar una vigilancia general y preventiva sobre los contenidos alojados en las plataformas que gestionan, ello no obsta a que, en los casos en los que le sean comunicadas actividades ilícitas llevadas a cabo a través de ellas, el *provider* tenga una obligación de vigilancia sucesiva, que, fundada en los principios de corrección y diligencia, le impone reaccionar a fin de remover los ilícitos perpetrados⁵⁹. En el supuesto contemplado el Tribunal considera corresponsable al *host provider* de la violación de los derechos de autor, por su comportamiento omisivo, a pesar de las comunicaciones del titular de dichos derechos acerca del carácter ilegítimo de los *links* asociados a las palabras “About Elly”⁶⁰.

Hay que reiterar que la exención de responsabilidad prevista en las normativas comunitaria e italiana se aplican, exclusivamente, cuando el *provider* sea totalmente pasivo y neutral respecto a la inclusión de contenidos ilícitos en las propias plataformas. Tale principio, evidente en dichas disposiciones, ha sido reafirmado por la jurisprudencia nacional en relación a un caso en el que se había insertado en la plataforma gestionada por el *provider* un *link*, que, reenviando a sitios de China, permitía la visión de partidos de fútbol de la serie “A”, cuyos derechos de transmisión habían sido adquiridos por la sociedad *Sky Italia*⁶¹. El juez consideró responsable al *provider*, que no se había limitado a suministrar un simple servicio de *hosting* neutral, sino que, por el contrario, también había proporcionado instrucciones detalladas

58 Debe señalarse, de hecho, como en un primer momento, la jurisprudencia parecía orientarse hacia la tesis de la mera suficiencia de una comunicación de parte para obligar a actuar al gestor de la plataforma. Sobre este punto, pueden verse como precedentes, en sede inhibitoria, Trib. Roma 16 diciembre 2009. *Guida dir.* (2010), 56 ss., confirmada, tras reclamación del *provider*, por Trib. Roma 22 enero 2010. www.giuristitelematici.org. El litigio fue originado, porque en *YouTube* –controlado por Google y en el que es posible la visión en *streaming* de material audio y vídeo– fueron publicadas escenas relativas al programa televisivo “Gran Hermamo”, que podían, así, ser vistas por cualquier usuario en dicho sitio de *streaming*. Se producía, pues, la violación de los derechos de autor relativos al programa televisivo, detentados por la sociedad RTI, la cual había comunicado reiteradamente dicha violación a *YouTube*, que, sin embargo, no había actuado en el sentido que se le pedía. Aunque los servicios prestados por *YouTube* entren dentro de la actividad *hosting*, el hecho de que el gestor del sitio no hubiera procedido tempestivamente a eliminar los vídeos, a pesar de los requerimientos para ello realizados por RTI, supone que aquél no es ajeno a la violación de los derechos de utilización y disfrute económico en favor de la sociedad IRTI. Sin embargo, la jurisprudencia ha adoptado después una posición diversa. v. *infra*, en texto.

59 En este sentido v. Colangelo, G. “La responsabilità del service provider per violazione indiretta del diritto d'autore nel caso Yahoo! Italia”. *Giur. Comm.* (2012) II, 906, según el cual “si bien el gestor de un motor de búsqueda no desempeña un papel activo en la fase de selección y posicionamiento de las informaciones y, por lo tanto, no tiene conocimiento de los contenidos de los sitios a los cuales lleva el *link* y no está obligado a ejercitar un control preventivo sobre ellos, una vez que ha llegado a conocer la ilicitud de sitios ‘específicos’, está en grado de ejercitar una vigilancia sucesiva e impedir la indexación y el redireccionamiento”.

60 No obstante, la medida cautelar establecida por el órgano judicial de composición única tuvo que ser revocada, debida a la reclamación interpuesta contra la ordenanza por *Yahoo*, por decisión del mismo Tribunal, actuando, esta vez, de manera colegial, por falta de prueba por parte del requirente de la determinación específica de los contenidos denunciados como ilegítimos. V. Trib. Roma 11 julio 2011. *Corr. giur.* (2012), con nota de Di Majo, A. *La responsabilità del provider tra previsione e rimozione*.

61 Trib. Milán 7 febrero 2010. *Dir. inf.* (2010), 908, con nota de Sammarco, P. “Le partite di calcio in Tv e la loro ritrasmissione non autorizzata via web”.

para que los usuarios tuvieran una mejor visualización de los contenidos ilícitos. Por lo tanto, se trataba de un *host provider* activo, que, como tal, no puede ser exonerado de responsabilidad.

Los mismos principios han sido aplicados por idéntico juez en un fallo recaído poco después, decidiendo, en esta ocasión, un caso la utilización ilícita de materiales protegidos por derechos exclusivos a través de la publicación de videos en *internet*, deduciendo la responsabilidad del *host provider* de la circunstancia de que éste había colocado juntos a los *files* musicales y a los videos protegidos por derechos exclusivos, algunos mensajes publicitarios. Tal actividad impide entender que el *provider* desarrollara la mera actividad de poner a disposición de los usuarios un espacio sobre las propias plataformas informáticas, sino que realizaba una aportación personal en la publicación de los materiales ilícitos. Por lo tanto, dicha conducta no estaba exenta de responsabilidad⁶².

Queda todavía por resolver una última cuestión, que, como se ha dicho anteriormente, parece alejar la normativa italiana respecto a la europea y la de otros Estados miembros. Me refiero a la atinente al efectivo conocimiento del carácter ilícito de los materiales alojados en plataformas informáticas.

Como se ha recordado en párrafos anteriores, el d.lg. n. 70 del 2003 parece establecer una obligación de remover los datos ilícitos, sólo cuando exista un pronunciamiento de la autoridad competente, que imponga al *provider* la obligación de intervenir, sin que sea suficiente la mera comunicación por parte del sujeto lesionado.

En este sentido parece orientarse la reciente jurisprudencia de instancia, que, apoyándose en dicha disposición y en el principio que excluye que el *provider* deba actuar, por propia iniciativa, para verificar la presencia de contenidos ilícitos, entiende que la obligación de remoción de prohibición de acceso sólo tiene lugar, cuando la ilicitud de los contenidos sea constatada judicialmente⁶³.

62 Trib. Milán 7 junio 2011. *Dir. inf.* (2011), 660, la cual afirma: "la situación actual hace evidente que las modalidades de prestación de tal servicio -ya común entre los sujetos que desarrollan actividades análogas- se han apartado de la figura determinada en la normativa comunitaria, porque los servicios ofrecidos se extienden más allá de la predisposición del solo proceso técnico que permite activar y suministrar 'acceso a una red de comunicación en la que se transmiten o temporalmente se alojan informaciones puestas a disposición por terceros con la finalidad de hacer más eficiente la transmisión', llegando a ser (si no, un verdadero y propio content provider; esto es, un sujeto que inserta contenidos propios o de terceros en la red y que responde de ellos según las reglas comunes de responsabilidad) una diversa figura de prestador de servicios, no completamente pasivo y neutro respecto a la organización de la gestión de los contenidos colgados por los usuarios (el llamado hosting attivo), organización de la que también obtiene sostenimiento financiero, por razón de la actividad publicitaria conexas a la presentación (organizada) de tales contenidos". Análogamente, v. Trib. Milán 19 mayo 2011. www.leggioggi.it.

63 Trib. Florencia 25 mayo 2012. *De jure on line*: "constatado que el conocimiento efectivo de la pretendida ilicitud de los contenidos del sitio de que no puede deducirse de las comunicaciones de parte, por su carácter unilateral, considerando, por lo tanto, que a fin de valorar si un ISP tiene un conocimiento efectivo, es necesario que 'un órgano competente haya declarado que tales datos son ilícitos, o haya ordenado la remoción o la deshabilitación del acceso a los mismos, o haya sido declarada la existencia de un daño' y que el ISP mismo conozca una

Esta solución es más garantista para el *provider*, y, por consiguiente, menos favorable para el sujeto lesionado. Si bien es verdad que de esta forma, por un lado, no se impone al *provider* la carga de verificar la licitud de los contenidos (expresamente excluida, tanto por la normativa comunitaria, como por la italiana); por otro lado, se obliga al sujeto lesionado a proveerse de un pronunciamiento judicial, lo que puede dilatarse en el tiempo, a pesar de la existencia de medidas cautelares urgentes⁶⁴.

La doctrina ha señalado, por último, que una interpretación diversa podría llevar a que el *provider*, que, como consecuencia de una comunicación falsa, removiera contenidos pseudo-ilícitos, a responder de los daños que esta remoción hubiera causado a terceros. La disciplina americana del *Digital Millenium Copyright Act* ha superado tal obstáculo, previendo que es suficiente una comunicación extrajudicial, eximiendo de responsabilidad al *provider*, que, en virtud de dicha comunicación, elimine de la *web* los contenidos presuntamente ilícitos. El tercero eventualmente dañado podrá dirigir sus pretensiones resarcitorias, exclusivamente, contra quien hizo la comunicación, y no, contra el *provider* que, obedeciendo un precepto legal, ha cumplido sus propias obligaciones⁶⁵.

Esta solución, que, como se ha dicho, no está en línea con la interpretación prevalente de la normativa italiana de trasposición de la Directiva⁶⁶, es, no obstante, compatible con otras normas de trasposición y, entre ellas, la ya citada Ley española, que, interpretada de manera extensiva y conforme a la Directiva comunitaria, no requiere que la ilicitud de los contenidos *web* sea previamente constatada por la autoridad competente, para que el *provider* esté obligado a proceder a la remoción.

decisión de la autoridad competente, ha de excluirse que pueda existir una responsabilidad del *provider*. El mismo principio debe afirmarse, más allá del específico tema de la tutela de la propiedad industrial e intelectual, en el ámbito de la tutela del derecho al honor. V. Trib. Milán 25 febrero 2013. *De jure on line*, en el que se exime de responsabilidad a Google por no haber removido del sistema *Autocomplete* conexiones que situaban al lado de un nombre de una sociedad características consideradas ofensivas. El sistema *Autocomplete* es aquél, en cuya virtud, gracias a algoritmos de base estadística, escribiendo una palabra sobre el espacio de búsqueda Google, se seleccionan una serie de sugerencias de búsqueda para facilitar la misma.

- 64 V., al respecto, Richart, J.L. "Difamación en la web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento". *Derecho privado y Constitución* (2012), 172 ss.; Scannicchio, T. "La responsabilità del provider di fronte alle Corti inglesi: una vittoria di Pirro per Google?". *Dir. inf.* (2013), 752. Análogamente, si bien, reconociendo al *provider* una facultad de remover los materiales ilícitos sobre la base de comunicación del sujeto dañado, De Luca, N. y Tucci, E. "Il caso Google/Vivi Down e la responsabilità dell'internet service provider. Una materia che esige chiarezza". *Giur. comm.* (2011) II, 1227, según los cuales "el requerimiento de remoción o deshabilitación del acceso, proveniente de la autoridad judicial competente deberá ser cumplido de manera inmediata. Otra cosa cabe decir del caso en el que la comunicación tenga origen en un sujeto diverso (por ejemplo, el interesado o un tercero). En este caso, el ISP podrá efectuar un control efectivo dirigido a una valoración de licitud para después valorar la oportunidad de la remoción o de la deshabilitación. En estos casos, el ISP goza de una exención de responsabilidad". Debe, no obstante, señalarse, que, según una parte de la doctrina, la responsabilidad del *provider* surge en el momento en que ésta tenga un conocimiento efectivo de la ilicitud de los materiales publicados sobre la plataforma. Así Cassano, G. y Cimino, I. "Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello "censore telematico"". *Contratti* (2004), 88 ss.
- 65 Tosi, E. "La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi "Google Suggest" per errata programmazione del software di ricerca e "Yahoo! Italia" per "link" illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale". *Riv. dir. ind.* (2012) II, 52 ss.
- 66 Sobre el punto, Tescaro, M. "Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civile dell'internet provider". *Giur. merito* (2013), 2601 ss.

Aunque en tales circunstancias subista el problema de los eventuales daños que el *provider* provoca a terceros por haber seguido los dictados de la comunicación extrajudicial, no parece que, en este caso, le sea reprochable haber incurrido en un comportamiento ilícito, en la medida en que se trata de una conducta que concreta la mera actuación de un precepto legal.

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ENJUICIAMIENTO DE LOS
MENORES DE EDAD EN ESPAÑA

HISTORICAL EVOLUTION OF JUVENILE CRIMINAL
PROCEEDINGS IN SPAIN

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 160-181



F. Javier
JIMÉNEZ
FORTEA

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de septiembre de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: La delincuencia juvenil no es un fenómeno reciente, todo lo contrario. La evolución histórica de los órganos y el proceso penal de los menores ha sido un proceso largo y está todavía inacabado. Las opciones legislativas son muy diversas y las particularidades de cada país han pesado en el sistema que finalmente se ha adoptado. En este artículo se aborda la descripción de la evolución en España de esos órganos y del proceso desde el siglo XIX hasta nuestros días, incidiendo en los presupuestos que se han tomado en consideración y concluyendo con el cambio de paradigma que han supuesto las últimas reformas legales.

PALABRAS CLAVE: Delincuencia juvenil, proceso penal juvenil, evolución histórica, órganos judiciales.

ABSTRACT: Juvenile delinquency is not a recent phenomenon, but it is just the opposite. The historical evolution of judicial courts and criminal prosecution of minors has been a long process and it is still unfinished. Legislative options are very diverse and the particularities of each country have influenced on the system which has been finally adopted. This article describes the developments of those courts in Spain. As well as it also describes the process since the 19th century up to nowadays. It also focuses on the budgets that have been taken into consideration and concludes with the paradigm shift that has brought the latest legal reforms.

KEY WORDS: Juvenile criminal proceedings, historical evolution, judicial courts.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. La evolución en España: los primeros pasos.- III.- El Decreto de 11 de junio de 1948.- IV. La Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores.- V.- Una etapa transitoria: entre el Código Penal de 1995 y la entrada en vigor de la LORPM de 2000.- VI. La última etapa –por ahora-: la LORPM de 2000 y sus reformas.

I. INTRODUCCIÓN.

La comisión de hechos delictivos por menores de edad no ha sido un fenómeno reciente, fruto de las sociedades industrializadas¹. A lo largo de la historia, los diferentes ordenamientos jurídicos, en atención a su grado de evolución, han recogido disposiciones más o menos elaboradas sobre la responsabilidad penal de los menores de edad que hubieren cometido algún delito. En este sentido, en los derechos romano, germánico, canónico o en el de la Edad Media existían diferencias en el enjuiciamiento penal, según se tratara de personas mayores o menores de edad².

Cosa distinta, es la dureza y crueldad con que, a pesar de todo, se trató durante siglos a los niños³. Sería la combinación, por un lado, del rechazo a esas condiciones y, por otro, de la constatación del fracaso de aplicar el Derecho penal y el régimen penitenciario de adultos a los menores, lo que provocaría que, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, se buscaran las causas de esta clase de delincuencia y se afianzara la idea de la necesidad de un tratamiento corrector, en lugar de uno represor. Fue entonces cuando comenzó el estudio científico de la minoría de edad, se aprobaron las primeras leyes tutelares y surgieron los primeros órganos y procedimientos específicos para menores⁴.

1 Sí que son novedosos, desde luego, algunos modos de delinquir, como las bandas callejeras, el vandalismo urbano organizado y con una finalidad determinada, la participación directa o la colaboración de menores en actos xenófobos o terroristas, o la violencia con la que actúan algunas veces.

2 Vid. al respecto: Sánchez García de Paz, M. I. *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*. Granada (1998): Comares. 35-41. Vid. también: Sánchez Martínez, F.A. *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores*. Ley 4/1992. Madrid (1999): Marcial Pons, 41-45.

3 Exceptuando algunos periodos y algunos países, durante estos siglos las penas que se imponían a los niños y adolescentes podían llegar a ser de una gran dureza. Por ejemplo, era posible castigarlos corporalmente con azotes, enviarlos a galeras, expulsarlos del territorio e incluso condenarlos a muerte (Sánchez Martínez, F.A. *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores*. Ley 4/1992, cit., 44-45).

4 Sánchez García de Paz, M. I. *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, cit., 41.

• F. Javier Jiménez Fortea

Es doctor por la Universidad de Valencia con una tesis dirigida por el profesor Dr. D. Juan Montero Aroca, sobre el recurso de casación para la unificación de doctrina en el proceso laboral y por el que le fue otorgado el premio extraordinario de doctorado. Desde el año 2000 es profesor titular de Derecho procesal en la Universidad de Valencia (España) y ha publicado diversos trabajos sobre aspectos procesales de la Corte penal internacional, la protección de los consumidores, la sustracción internacional de menores, el derecho indígena o el terrorismo internacional, entre otros.

Los motivos para crearlos fue que durante esa época y principios del siglo XX creció de forma alarmante la delincuencia juvenil -denominada entonces "precoz"-, tanto en España como en el resto de Europa. Concretamente en nuestro país se pasó de tres casos en 1920 a 4.112 en 19305. En cuanto a Europa, por ejemplo en Alemania, fueron condenados 47.975 menores en 1898, y en Francia 23.319 en 1880, 30.485 en 1900 y 33.619 en 19086.

Ese incremento de esta clase de delincuencia llevó a que se buscaran las causas que la originaban y a un cuestionamiento de los métodos entonces vigentes utilizados para combatirla. En este sentido, como dice Cuello Calón⁷, probablemente fueron dos clases de consideraciones las que condujeron a un cambio en el tratamiento jurídico de los menores delincuentes. Por una parte, consideraciones de carácter humanitario llevaron a "la convicción de que esos niños y jóvenes no son responsables de sus hechos, y si existe una responsabilidad que exigir, ésta es de la sociedad, que los ha desatendido y descuidado"⁸. Por otra, una consideración exclusivamente utilitaria que consideraba que los jóvenes delincuentes de hoy, son los criminales del futuro⁹.

Estas ideas, impulsadas por grupos de políticos, juristas, sociólogos y asociaciones protectoras de la infancia, se extendieron por Estados Unidos y Europa, con la pretensión de sacar de la esfera del Derecho penal a los delincuentes menores de edad e integrarlos en la denominada "pedagogía correctiva"¹⁰. Llegándose a afirmar que lo deseable sería que "un día todos los delincuentes, menores y adultos, sean sometidos al mismo tratamiento pedagógico y protector"¹¹.

La plasmación en la realidad de esas ideas se hizo progresivamente. Así, por ejemplo, hasta la implantación de órganos y procedimientos específicos hubo que pasar primero por una especialización de los jueces penales de adultos¹². Fue en

5 Jiménez Vicente, I. "Los Tribunales Tutelares de Menores". *Revista Universidad*, editada por la Universidad de Zaragoza (núm. extraordinario) (1932), 12-15.

6 Montero-Ríos y Villegas, A. *Antecedentes y comentarios a la Ley de Tribunales para niños*. Madrid (1919): Imprenta clásica española, 8. Se recogen más datos estadísticos en: De Solano y Polanco, J. *Tribunales para niños y Comentarios a la Legislación Española*. Madrid (1920): 20-24.

7 Cuello Calón, E. *Tribunales para niños*. Madrid (1917): 6-8.

8 Cuello Calón, E. *Tribunales para niños*, cit., 7-8.

9 Afirmaba Cuello Calón al respecto (*Tribunales para niños*, cit., 7): "si dejamos abandonados, sin cuidarnos de ellos, a esos miles de niños en peligro moral y delincuentes, si no dedicamos a la obra de su redención nuestra actividad y nuestro dinero, en un porvenir más o menos lejano, cuando su potencia criminal haya alcanzado un desarrollo adecuado, pondrán en peligro nuestra vida y nuestros bienes, o se apoderarán de ellos por la fuerza o por la astucia; además, en concepto de contribuyentes, tendremos que pagar los gastos de justicia y carcelarios, los que implican la persecución y castigo de los criminales; y como también habrá otros menores que, sin ser propiamente criminales, caerán en la vagancia y en la miseria, necesitarán ser acogidos en asilos y hospitales, gastos que también tendremos que pagar. El céntimo dado para educar al menor delincuente, ahorra sumas considerables en el porvenir".

10 Cuello Calón, E. *Tribunales para niños*, cit., 12.

11 Cuello Calón, E. *Tribunales para niños*, cit., 12-13.

12 Un resumen de esta evolución puede encontrarse en Montero-Ríos y Villegas, A. *Antecedentes y comentarios a la Ley de Tribunales para niños*, cit., 9-14.

Estados Unidos donde se creó el primer Tribunal para niños; concretamente, en Chicago (Illinois) en 1899. Los buenos resultados alcanzados por esta institución hicieron que se extendieran esta clase de tribunales por diversos Estados de aquel país y, más tarde, que se importara a Europa, repitiendo su éxito¹³.

II. LA EVOLUCIÓN EN ESPAÑA: LOS PRIMEROS PASOS.

Dejando a un lado antecedentes remotos¹⁴ y centrándonos en la España del siglo XIX, fue a mediados del mismo cuando comenzó una importante tarea legislativa encaminada a sustraer a los delincuentes menores de edad de la esfera del Derecho penal y procesal penal de adultos¹⁵.

13 Cuello Calón, E. *Tribunales para niños*, cit., 17-20. Para hacernos una idea de lo que supuso la entrada en funcionamiento de estos órganos son interesantes las palabras al respecto de Montero Ríos y Villegas (*Antecedentes y comentarios a la Ley de Tribunales para niños*, cit., 15): “en Indianópolis, a los cinco años de establecerse, se había conseguido que la reincidencia de los menores delincuentes no pasara del 10 por 100; en Chicago, durante un año, el 1908, habían comparecido 15.669 menores, mientras que en 1909 sólo hubo necesidad de detener a 6.032, en Denver, el 95 por 100 de los niños juzgados habían sido puestos en libertad vigilada, y entre ellos sólo un 5 por 100 fue reincidente. En Inglaterra, en la ciudad de Birmingham, los datos estadísticos dan también una prueba concluyente. De 112 menores que hubo necesidad de recluir en el año 1904, cuando aún no existía la *Children's Court*, bajaron a 33 al año de establecerse ésta; a nueve, en el año 1906, y a ninguno en los años de 1907, 1908 y 1909”.

14 Antes de las Partidas de Alfonso X el Sabio no existían normas relativas a la delincuencia de los niños y jóvenes. La corrección y el castigo de esas conductas quedaban en el ámbito de la patria potestad, lo que propiciaba una gran crueldad, porque el niño no era considerado un sujeto de derechos y existían importantes carencias en las aptitudes educativas de los padres. En ocasiones, cuando la muerte era el resultado de esas correcciones, los padres no eran considerados responsables. Es por primera vez en las Partidas, donde se realiza una ordenación de la minoría de edad a efectos penales con la intención de limitar el poder de los padres y proteger a los niños de la dureza con que hasta entonces se les trataba. A estos efectos se establecieron segmentos de edad en que los niños eran considerados irresponsables y otros en los que se les exigía una responsabilidad limitada. Las siguientes normas que se fueron aprobando siguieron, con alguna excepción, la línea marcada por las Partidas de atenuar la dureza de los castigos a los menores delincuentes. Fue en el siglo XVIII, con Carlos III, cuando se inauguró una nueva etapa en la que se le otorgó al Estado la facultad de sustituir a los padres en los casos de abandono o negligencia en el cuidado de los menores, asumiendo aquél por primera vez funciones tutelares o protectoras (Sánchez Martínez, F.A. *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores*. Ley 4/1992, cit., 45-48). En esta evolución de nuestro ordenamiento destacan dos figuras por lo avanzado de sus tratamientos en la solución de los problemas de los menores de edad de nuestro país. Teniendo en cuenta que no sólo trataban a los delincuentes, sino también a los que estaban en situación de abandono o se dedicaban a vagabundear. Nos estamos refiriendo al *Pare et Fuge d'Orfens* y a los Toribios de Sevilla. En cuanto al primero, fue creado en 1337 por Pedro IV de Aragón para la ciudad de Valencia. Originariamente se trataba de una institución formada por dos Curadores de Huérfanos y de Menores afligidos por la indigencia. Más tarde, en 1407, Martín el Humano la completó con la del Padre de Huérfanos. Setenta años después, se refundieron ambas para formar el Padre y Juez de Huérfanos de la ciudad de Valencia (ver la nota número 15 de Jiménez Vicente, I., *Los Tribunales Tutelares de Menores*, cit., 20). Esta institución se extendió a Aragón y Navarra y estuvo funcionando hasta 1793 en que fue suprimida por Carlos IV (para más, vid.: Sánchez Martínez, F.A. *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de Menores*. Ley 4/1992, cit., 49-53; De Solano y Polanco, J. *Tribunales para niños y Comentarios a la Legislación Española*, cit., 8-18). Respecto a la institución de los Toribios de Sevilla fue fundada por Toribio de Velasco, terciario franciscano, en 1725 y, si bien hay quien la ha criticado por considerarla un instrumento de la naciente sociedad burguesa para imponer un determinado código moral [González Zorrilla, C. *La justicia de menores en España*, Epílogo de la obra “La justicia de menores” (De Leo, G.), Barcelona (1985): 114], debe también destacarse por la labor reeducadora que llevó adelante con los niños “abandonados, los vagos, los holgazanes, los perezosos, los ladronzuelos, los desvergonzados, procaces, soeces” (De Solano y Polanco, J. *Tribunales para niños y Comentarios a la Legislación española*, cit. 19). Para más, puede verse: *op. cit.*, 18-20; Sánchez Martínez, F.A. *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores*. Ley 4/1992, cit., 55-56.

15 A pesar de todo, como dice Jiménez Vicente (*Los Tribunales Tutelares de Menores*, cit., 20), “en el siglo XIX aceptamos dócilmente el extravío de otros países. Traducíamos servilmente. El legislador de entonces pareció cuidarse de ser europeo, reduciendo lo europeo a poco más de lo francés. El Código del 22, que tiene aspectos laudables, acertó poco en cuanto a los menores. El del 48, ..., acertó menos. Fue una desgracia que la Comisión nombrada por la primera República no tuviera tiempo de rectificar. Se podía esperar que el Correccionalismo que inspiraba a sus principales componentes, hubiera hecho que, sin salir del siglo XIX, hubiéramos recobrado

En efecto, con carácter general, se observa que los sucesivos Códigos penales fueron elevando la edad mínima de las personas a quienes aplicarlos y rebajando las penas de aquéllos que teniendo mayoría de edad penal no alcanzaban, sin embargo, los dieciocho años¹⁶.

Así, el primer Código penal español, el de 1822, establecía que hasta los siete años los niños eran inimputables. A partir de esa edad y hasta los diecisiete, había que examinar si habían actuado con “discernimiento y malicia”. Si no concurría ninguna, eran devueltos a sus padres para que los corrigiesen o, en su caso, los internaban en un correccional, como máximo hasta los veinte años de edad. Por el contrario, si habían actuado con “discernimiento y malicia” podía imponérseles una pena, aunque rebajada, e ingresar en prisión.

El Código de 1848, por su parte, elevó la edad de inimputabilidad hasta los nueve años. Entre esta edad y los quince había que atender a si el menor había obrado con discernimiento, en cuyo caso se le condenaba a una pena inferior en dos grados a la prevista en la Ley. En el caso de que tuviera entre quince y dieciocho años y hubiera actuado con discernimiento se imponía entonces sólo la pena inferior en un grado a la prevista para los adultos. Si no se demostraba el discernimiento, se declaraba inimputable y no cabía adoptar, a diferencia del Código Penal de 1822, ninguna medida de carácter correctivo.

La reforma de 1850 y el Código de 1870 dejaron intacto el sistema anterior, si bien en este último se reintrodujeron las medidas correctivas previstas en el de 1822 para los casos en que no existiera discernimiento. En cuanto al de 1928 supuso la supresión definitiva del criterio del discernimiento¹⁷ y la elevación a dieciséis años de la edad por debajo de la cual no se podían imponer penas¹⁸. Por su parte, a los mayores de dicha edad y menores de dieciocho, en su caso, sí que se les imponían penas, pero rebajadas en un grado.

Los siguientes Códigos de 1932 y 1973 continuaron con el mismo sistema, salvo en el punto relativo a los menores a dieciocho años y mayores de dieciséis, a los cuales la pena a imponer se les podía rebajar, no ya uno, sino incluso dos grados.

nuestra tradición y aplicado al menor, en beneficio de la Sociedad, el Derecho preventivo. A fines del siglo XIX, casi sólo en la Cátedras se lamentaba la aplicación de lo represivo a los menores. A este lamento acompañaba generalmente la evocación del Padre de Huérfanos”.

16 En la descripción de esta evolución seguimos a González Zorrilla, C. *La justicia de menores en España*, cit., 114-115 y Sánchez García de Paz, M. I. *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, cit., 76 y ss.

17 Con todo, según el art. 855 de ese Código, en las provincias en las que no existieran Tribunales de Menores continuaría vigente el anterior sistema, es decir, irresponsabilidad hasta los nueve años y entre esta edad y los dieciséis debía examinarse si había habido discernimiento.

18 Como veremos, a partir del Decreto-Ley de 25 de noviembre de 1918, los Tribunales para niños asumirán la facultad de corregir a los menores, primero de quince y después de dieciséis años, mediante la imposición de medidas de naturaleza no represiva.

Al mismo tiempo, en cuanto al enjuiciamiento de los menores infractores, al principio se introdujeron algunas especialidades respecto de lo establecido para los adultos¹⁹, pero a medida que la idea de la protección se iba imponiendo a la de la represión²⁰, surgió la necesidad de crear unos órganos específicos para conocer de estos asuntos: los Tribunales para niños²¹. En este sentido, ya en el siglo XX, se sucedieron varios proyectos legislativos²² hasta que, a instancia de Montero-Ríos y Villegas, el 2 de agosto de 1918 se aprobó una Ley de Bases y, en aplicación de la misma, el 25 de noviembre del mismo año, el Real Decreto-Ley sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales para Niños. El Reglamento que lo desarrollaba fue aprobado el 10 de julio de 1919²³ y en 1920 entró en funcionamiento en Bilbao el primer Tribunal de esta clase, al que le seguirían el de Tarragona, Barcelona, Zaragoza, San Sebastián, etc.²⁴

Los caracteres más sobresalientes de esta primera norma sobre el enjuiciamiento de menores eran los siguientes:

a) El órgano judicial estaba formado por tres personas: el Juez de Primera Instancia de la localidad en que se hubiere cometido el delito, que lo presidía²⁵, y dos vocales legos en Derecho (art. 1). Estos últimos eran elegidos por las Juntas Provinciales de Protección de la Infancia, "entre las personas residentes en la misma localidad que por su práctica pedagógica o por sus condiciones especiales o sus conocimientos profesionales" estaban indicados para desempeñar esa función²⁶. Además, existía un

19 A estas normas se refiere Montero-Ríos y Villegas en su obra antes citada (*Antecedentes y Comentarios a la Ley de Tribunales para niños*, cit., 20-21). Entre ellas, cabe destacar, el Real Decreto de 6 de abril de 1834, que establecía la separación de los delincuentes jóvenes, proporcionándoles escuelas y enseñanza para su reforma y educación; la Ley de 12 de agosto de 1904, de creación del Consejo Superior de Protección a la Infancia y Represión de la Mendicidad; el Real Decreto de 23 de marzo de 1907, destinando el Reformatorio de Alcalá de Henares a los delincuentes menores de veinte años; y la Ley de 31 de diciembre de 1908, sobre prisión preventiva de los menores de diez y ocho años.

20 El fundamento de la protección se encuentra en la teoría positivista sobre el Derecho penal y el correccionalismo español impulsado por Dorado Montero. En esencia y como reacción a la teoría clásica liberal, consideran al delincuente un ser no libre, determinado por múltiples factores (biológicos, psicológicos, etc.) y necesitado de un tratamiento. Por lo tanto, el Derecho penal no se concibe como un derecho sancionador, sino protector, que reconoce a los delincuentes el derecho a recibir una "pena" que, en realidad, es un tratamiento terapéutico. Consecuentes con este planteamiento proponían que la "pena" no tuviera una duración determinada, sino que se aplicara hasta la completa rehabilitación del sujeto. Para un resumen sobre estas teorías y su influencia en nuestra legislación sobre menores de 1918 y 1948, ver González Zorrilla, C. *La justicia de menores en España*, cit., 116-121.

21 Vid. al respecto: Cuello Calón, E. *Tribunales para niños*, cit., 8-15; Montero-Ríos y Villegas, A. *Antecedentes y Comentarios a la Ley de Tribunales para niños*, cit., 17-23.

22 Los Proyectos de Ley de Tribunales para niños de 1 de noviembre de 1915 y 5 de febrero de 1917 pueden consultarse en Cuello Calón, E. *Tribunales para niños*, cit., 187-207.

23 El texto de la Ley de Bases, del Real Decreto-Ley y del Reglamento puede consultarse en Montero-Ríos y Villegas, A. *Antecedentes y Comentarios a la Ley de Tribunales para niños*, cit., 111 y ss.

24 Vid. al respecto, De Ybarra y de la Revilla, G.M. *El primer Tribunal de menores en España*. Bilbao (1995): 5 y ss.; Jiménez Vicente, I. *Los Tribunales Tutelares de Menores*, cit., 24-25.

25 Excepcionalmente, era posible que el cargo de Presidente lo desempeñaran personas ajenas a la carrera judicial (art. 2 del Reglamento).

26 Como dato curioso, señalar que ningún miembro del Tribunal percibía compensación económica alguna por el desempeño de sus funciones (art. 2). Montero-Ríos lo justifica en que como todo en el Tribunal quedaba "al libre arbitrio de las personas que lo forman, es evidente que el éxito o el fracaso de esta nueva institución ha de

Secretario judicial que auxiliaba al Tribunal de niños y que era designado por el Presidente de la Audiencia Provincial (art. 12 del Reglamento).

b) La competencia de estos órganos se extendía al conocimiento de los hechos tipificados como delitos y faltas en el Código penal entonces vigente y cometidos por los menores de quince años²⁷. Asimismo, conocían de algunas faltas cometidas por mayores de quince años (arts. 3 de la Ley y 25.1º, 2º y 4º del Reglamento).

Por otra parte, también conocían del “procedimiento regulador de la facultad protectora de los Tribunales sobre los menores de quince años, por hechos” que pudieran afectar, directa o indirectamente, “a la seguridad de sus personas o a los fines de su educación integral” (art. 25.3º del Reglamento)²⁸.

c) Las acciones civiles derivadas de la comisión de alguno de los hechos antes mencionados no eran competencia de los Tribunales de niños, sino de los del orden civil (art. 26 del Reglamento).

d) Se trataba de un procedimiento prácticamente exento de reglas procesales. En particular, decía la Ley (art. 5), que debía procurarse la inexistencia de “toda solemnidad”. Quizás por esta razón, la comparecencia y defensa ante estos órganos judiciales era “exclusivamente personal, sin intervención de Procurador ni Abogado” (art. 43 del Reglamento)²⁹. Por otra parte, ni la Ley ni el Reglamento hacían referencia a la intervención del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción o en la de juicio³⁰.

depender principalmente de la calidad de las personas llamadas a ejercer la nueva jurisdicción, y consecuencia lógica, por lo tanto, ha de ser el que se haya querido tomar toda clase de precauciones para evitar que quien desempeñe los cargos de Presidente, Vocales y Secretarios de estos Tribunales vayan a ellos por otro aliciente que por el fin altruista de la gran misión social que se les encomienda” (*Antecedentes y Comentarios a la Ley de Tribunales para niños*, cit., 133-135).

27 Sobre la compatibilidad de esta norma con el art. 8 del Código Penal de 1870, que declaraba inimputables a los menores de nueve años y a los que tuvieran entre nueve y quince, si hubieran obrado sin discernimiento, puede verse: Montero-Ríos y Villegas, A. *Antecedentes y Comentarios a la Ley de Tribunales para Niños*, cit., 144-146; De Ybarra y de la Revilla, G.M. *El primer Tribunal de Menores en España*, cit., 18-20.

28 Como se observa, desde la creación de esta clase de Tribunales se le atribuyeron funciones de protección de los menores. De hecho, el propio art. 3 del Decreto-Ley al determinar la competencia se remitía a diversas normas, las cuales regulaban aspectos de lo que ya entonces se denominaba facultad protectora. Vid. al respecto: Montero-Ríos y Villegas, A. *Antecedentes y Comentarios a la Ley de Tribunales para niños*, cit., 136-148; De Solano y Polanco, J. *Tribunales para niños*, cit., 85-97.

La atribución de esta clase de competencia a los Tribunales para niños ya había sido defendida antes de la creación de los mismos por autores como Cuello Calón (*Tribunales para niños*, cit., 98-99). En concreto, decía que “este es... el verdadero sentido del Tribunal juvenil: proteger y tutelar a todos los niños abandonados, a todos los maltratados... sean o no delincuentes. El hecho de que el niño haya delinquido, en la mayor parte de los casos no es más que un accidente; muchos menores que legalmente no han infringido las leyes, son más peligrosos y se hallan más necesitados de asistencia reformadora que otros que ya han cometido delitos. Así, pues, la acción paternal del juez de niños no debe limitarse sólo a los delincuentes; si así sucediera, quedarían fuera de su esfera de acción precisamente aquellos más necesitados de su benéfica intervención”.

29 Según Cuello Calón (*Tribunales para niños*, cit., 71), “en el procedimiento para niños, el defensor no es más que un colaborador del juez; y como éste, tratándose de menores, no ejerce sino una función benéfica y paternal, no habrá que temer que abuse de sus facultades y que cause un perjuicio al menor. Aquí, pues, resulta inútil la intervención del abogado defensor, pues no hay intereses que proteger contra posibles arbitrariedades; por tanto, podría suprimirse. *El acusado, dice Henderson, debe tener un defensor, porque su vida, su libertad, están en peligro. En cuanto al niño, ¿el juez es su padre, su maestro, su protector, su amigo? ¿Para qué tener un abogado?*”.

30 En opinión de Cuello Calón (*Tribunales para niños*, cit., 71-72) este sistema era el “más adecuado al espíritu

e) Las sesiones en las que se enjuiciaban a menores de quince años no eran públicas, pudiendo asistir a ellas sólo “los Delegados de Protección a la Infancia y las personas que obtuvieren especial autorización del Tribunal” (arts. 63 a 67 del Reglamento).

f) De acuerdo con el art. 24 del Reglamento, “los hechos calificados de delitos o faltas en el Código penal y en leyes especiales que se atribuyan a los menores de quince años, serán apreciados por los Tribunales con razonada libertad de criterio, teniendo en cuenta la naturaleza de los expresados hechos en directa relación con las condiciones sociológico-morales en que los menores los hayan ejecutado, y prescindiendo en absoluto del concepto y alcance jurídicos con que a los efectos de la respectiva responsabilidad se califican tales hechos como constitutivos de delitos o de faltas en el Código penal y en las mencionadas leyes especiales”.

g) Las decisiones de estos Tribunales se denominaban “acuerdos” y no imponían penas sino “medidas” (art. 5), las cuales podían consistir en dejar al menor al cuidado de su familia, entregárselo a otra persona o a una Sociedad tutelar; o bien ingresarlo por tiempo determinado en un establecimiento benéfico de carácter particular o del Estado (arts. 6 de la Ley y 56 del Reglamento)³¹. Asimismo, el Tribunal podía adoptar todas aquellas medidas complementarias que estimara favorables para la corrección y educación del menor, sin que pudiera exceder su duración el tiempo que restara hasta la mayoría de edad (art. 57 del Reglamento).

h) Las resoluciones de los Tribunales para niños eran apelables en un solo efecto, conociendo de esos recursos “una Comisión del Consejo Superior de Protección de la infancia, formada por tres individuos, uno de los cuales será el funcionario de mayor categoría judicial del mismo Consejo, el cual ejercerá las funciones de Presidente”. Los dos miembros restantes eran designados por el mismo Consejo (art. 4 de la Ley)³².

del Tribunal juvenil. Si éstos no han de imponer penas propiamente dichas, sino adoptar medidas educativas y protectoras, ¿para qué ha de intervenir el ministerio público, si su función es típicamente represiva?”.

31 Consecuente con la finalidad reeducadora de esta clase de procesos, los “acuerdos” adoptados no podían ser inscritos en el Registro Central de Penados (art. 72 del Reglamento).

32 Destacar que para el redactor del Proyecto de Ley, Montero-Ríos y Villegas (*Antecedentes y Comentarios a la Ley de Tribunales para niños*, cit., 150-153), la posibilidad de recurrir constituye un injerto injustificado y explicable sólo por la constante desconfianza a la que solemos ser tan propensos los españoles (*Antecedentes y Comentarios a la Ley de Tribunales para niños*, cit., 152). En su opinión, lo óptimo habría sido que no se hubiera establecido recurso alguno, porque, a diferencia de la resolución de los Tribunales ordinarios que una vez dictada es invariable, la de los Tribunales de niños es esencialmente modificable. Esto último lo justifica en que “la misión del Juez puede decirse que comienza en el momento que dicta sentencia, porque su función tutelar hace que esté en constante relación de vigilancia y tutela sobre el menor que ante él ha comparecido, y como no es posible precisar de antemano la cantidad y calidad de los procedimientos educativos y curativos que cada menor ha de necesitar, de ahí que las decisiones de estos Tribunales, que tienen la equivalencia de las sentencias de los Tribunales ordinarios, han de ser esencialmente modificables, porque si del examen y estudio que del menor, de sus antecedentes y del medio que lo rodea, que hizo el Juez del Tribunal para niños en el momento de la comparecencia de aquél, pudo decir que necesitaba la estancia y tratamiento durante seis meses en un Reformatorio, si por la buena disposición del menor o por las excelencias del tratamiento resulta que está en disposición de pasar a una casa de familia o de ser reintegrado a la vida libre antes de ese tiempo, el Tribunal deberá modificar inmediatamente su primera decisión, haciendo lo propio, pero con sentido inverso, si se diera el caso contrario” (*Antecedentes y Comentarios a la Ley de Tribunales para niños*, cit., 150-151).

i) Con respecto a la ejecución de los “acuerdos”, señalar que es en esta Ley donde se sientan las bases del sistema de desjudicialización de la misma en favor de otras personas públicas o privadas y que en líneas generales ha perdurado hasta la actualidad. En este sentido, cabe destacar dos previsiones legales: En primer lugar, la obligación de crear Sociedades tutelares (art. 7 de la Ley) que, como dice Montero-Ríos³³, constituye “la trama de esta institución; pues a diferencia de lo que hoy ocurre con la jurisdicción penal ordinaria, a cargo exclusivamente del Estado, esta nueva jurisdicción de los Tribunales para niños ha de ser función encomendada a la sociedad, y en la cual el Estado se reserve únicamente una superior inspección y vigilancia -la cursiva es nuestra-, y para ello es indispensable que esta acción social se organice por medio de Sociedades tutelares y protectoras que faciliten las personas y medios indispensables para el éxito de esta nueva función social”.

En segundo lugar, la creación de la figura del Delegado de Protección a la Infancia³⁴, el cual era nombrado por el Tribunal en su “acuerdo” y cuya función consistía en “vigilar con el mayor celo la conducta del menor y fiscalizar el proceder de la persona, familia o Sociedad tutelar que le tuviere a su cuidado” (art. 58 del Reglamento).

j) Por último, es significativo, por lo que tiene de especialización frente a los delincuentes adultos, que el art. 8 de la Ley dispusiera que, en cuanto fuera posible, la Escuela de Reforma de Alcalá de Henares dejara de depender de la Dirección General de Prisiones (integrada en el Ministerio de Justicia) y pasara a ser responsabilidad del Ministerio de la Gobernación y, dentro de él, del Consejo Superior de Protección de la Infancia³⁵.

33 *Antecedentes y Comentarios a la Ley de Tribunales para niños*, cit., 163.

34 Estos Delegados constituían un Cuerpo de carácter benéfico, integrado por hombres y mujeres, mayores de veintitrés años y de reconocida honorabilidad, prefiriéndose en igualdad de condiciones aquellas personas que revistieran la cualidad de padres o madres de familia (art. 59 del Reglamento).

35 Montero-Ríos consideraba indispensable este cambio (*Antecedentes y Comentarios a la Ley de Tribunales para niños*, cit., 36-37). Afirmaba al respecto, que “en los días actuales produce terror el pensar que existe un Establecimiento de esta clase, organizado por un Decreto en cuyo preámbulo se dice que en él ha de mantenerse la nota penitenciaria, porque la redención del culpable jamás se logra sin sufrimiento y penitencia, para lo cual en dicho Establecimiento ha de aplicarse el sistema mixto progresivo, elegido para las Prisiones en que se extinguen condenas. Cuanto antes hay que arrancar este Establecimiento de la dependencia de la Dirección General de Prisiones, no por ineptitud de los dignísimos funcionarios de la misma, más bien por todo lo contrario. Apegados a los Reglamentos y disposiciones de las Prisiones para adultos es peligroso que intervengan en todo lo que se refiere a un sistema puramente educativo de Establecimiento de Beneficencia. Al entrar en el Reformatorio de Alcalá, ver los uniformes de los vigilantes y los trajes pardos de los reclusos, igual que el de los presidiarios, y el mismo espíritu de los reglamentos de la prisión flotando en aquel Establecimiento, se produce un encogimiento de ánimo que lleva a la convicción de que aquellos menores desgraciados, lejos de salir de allí corregidos, saldrán habituados a las costumbres y prácticas de los presidios, cuya visión ya no les producirá espanto”. La situación durante la detención y el tiempo que duraba la instrucción no era mejor, como pone de manifiesto Cuello Calón (*Tribunales para niños*, cit., 21 y ss.). Afirmó este autor, que “no es raro ver a pobres niños, a menores de doce o catorce años, autores de pequeños hurtos u otros delitos análogos, que, atados y custodiados por guardias de seguridad, y a veces hasta por la Guardia Civil, son conducidos al juzgado de guardia. Este cortejo, atraviesa las calles populosas de las ciudades, y los niños son así expuestos a la vergüenza pública, infamados por esta exhibición corruptora... En España, no hace muchos años, sin excepción alguna, eran conducidos a la cárcel, donde convivían, en promiscuidad espantosa con los detenidos adultos, durante el largo tiempo de la instrucción del proceso. La situación en esta materia continúa siendo, en nuestro país, indigna de un pueblo culto. Hace algunos años, en 1905, el entonces fiscal del Tribunal Supremo, señor Ruiz Valarino, decía en una

III. EL DECRETO DE 11 DE JUNIO DE 1948.

El Decreto-Ley de 1918 fue reformado por el de 15 de julio de 1925, el cual sustituyó el adjetivo “especial” que se añadía a “Tribunal” por el de “tutelar” (art. 1 de la nueva Ley de 1925)³⁶, por lo que estos órganos pasaron a denominarse Tribunales Tutelares para niños. Otras modificaciones que se hicieron, fueron las siguientes: en primer lugar, el Presidente del Tribunal ya no tenía que ser Juez de carrera, ni siquiera licenciado en Derecho (art. 1 reformado)³⁷. En segundo lugar, en cuanto a la competencia objetiva, cambió el límite máximo de la edad, que pasó de los quince a los dieciséis años (art. 3 reformado)³⁸. Por último, en relación con la posibilidad que tenían esos Tribunales de acordar el ingreso de los menores en establecimientos particulares o del Estado, suprimió las palabras “por tiempo determinado” (art. 6 reformado). De esta manera, se acentuaba el hecho de que la duración de la medida estaba supeditada a los resultados del tratamiento de reforma y la desaparición o no de las causas que motivaron la imposición de la misma³⁹.

Memoria refiriéndose a los menores detenidos en la prisión celular de Madrid, todos, o casi todos, presos preventivos, estas palabras: “Ver niños de nueve años en la prisión celular de Madrid, produce, al que por primera vez la visita, impresión de amargura, y más si se piensa que allí no hay medios de corrección y educación... En la cárcel celular hay 23 celdas ocupadas por niños de nueve a catorce años, siendo frecuente tener que habilitar otras”. En época posterior... yo mismo... pude ver el abandono moral y material en que vivían las dos galerías que les están reservadas en la parte superior del edificio. Allí estaban cubiertos de harapos, semidesnudos, todos juntos en el centro de la galería, con frecuencia sentados sobre el suelo, en corro, charlando, jugando con objetos de escaso o ningún valor, corrompiéndose mutuamente. Casi todos eran niños de nueve, diez, once y doce años.

Tan lamentable estado de cosas continúa en la capital de España en el momento actual... En las prisiones de las provincias, la detención preventiva de los menores, por regla general, tiene lugar en condiciones tristísimas. La extinguida *Revista Penitenciaria* publicó, hace años, algunos datos demostrativos de la miserable condición en que se encontraban los presos menores en las provincias de Zaragoza, Huesca y Teruel. Según estos informes, no existían escuelas, ni talleres, ni asistencia patronal, ni religiosa. Para completar este negro cuadro, añádase una penuria económica tan grande, que en varias ocasiones faltó el socorro diario a presos y penados”.

Para evitar esa situación se aprobó la Ley de 31 de diciembre de 1908, por la que los menores no peligrosos de quince años no sufrieran la prisión preventiva en las mismas condiciones que las establecidas para los adultos. Pero lo cierto es que dicha Ley fue letra muerta. Como dice el autor arriba mencionado (*Tribunales para niños*, cit., 27), “asilos o establecimientos benéficos hay en muchas localidades; pero, en general, su organización es, por lo menos, muy deficiente; los mejores disponen de pocas plazas, y éstas siempre están ocupadas; además no se acoge con gusto a aquellos niños que tienen ya cuentas pendientes con la justicia. De padres, tutores, etcétera, no hay que hablar; la vuelta del menor delincuente entre los suyos es, por lo común, a causa de la inmoralidad de su ambiente familiar, la seguridad de su ruina moral. En cuanto a su separación en las cárceles para evitar el contacto de los demás reclusos, como la ley dispone, en la mayor parte de las prisiones no se cumple porque no se puede, no hay locales para ello”.

- 36 El texto de la nueva Ley, así como un comentario a la misma, puede encontrarse en De Ybarra y de la Revilla, G.M. *El primer Tribunal de Menores en España*, cit., 265-283.
- 37 Eran elegidos por el Ministerio de Gracia y Justicia, a propuesta del Consejo Superior de Protección a la Infancia, bastando con que fueran mayores de veinticinco años y residieran en el territorio en que hubieran de ejercer sus funciones, así como que “por su práctica pedagógica, condiciones de su actuación social o por sus conocimientos profesionales”, estuvieran indicados para desempeñarlas (art. 1). Esta norma equiparaba, en lo que se refiere a los requisitos, a los Presidentes y a los Vocales de los Tribunales Tutelares.
- 38 Dado que el Código Penal entonces vigente era el de 1870 y establecía la mayoría de edad penal en quince años, se aumentó ésta a la de dieciséis años en virtud del Decreto-Ley de 14 de noviembre de 1925.
- 39 Como consecuencia de esta modificación hubo que reformar también el Reglamento de 1918, lo cual se hizo el 6 de septiembre de 1925. El texto de este Reglamento es posible consultarlo en De Ybarra y de la Revilla, G.M., *El primer Tribunal de Menores en España*, cit., 285 y ss.

La promulgación del Código Penal de 1928 provocó la reforma del Decreto-Ley de 1925 para adaptarla a aquél y trasladar a su articulado preceptos hasta entonces contenidos en el Reglamento, dado el carácter sustancial de los mismos⁴⁰. Dicha reforma se hizo por el Decreto-Ley y el Reglamento de 3 de febrero de 1929.

Con la llegada de la República en 1931, las normas anteriores sufrieron diversas reformas, aunque no importantes⁴¹, al considerar conveniente el legislador seguir en lo esencial con el sistema diseñado en 1929, el cual a su vez era una continuación del creado en 1918⁴².

Después de la Guerra Civil se aprobó la Ley de 13 de diciembre de 1940, por la que se reorganizaron los Tribunales Tutelares de Menores. Más tarde, dicha Ley fue modificada por las Leyes de 12 de diciembre de 1942 y 1 de marzo de 1943. Finalmente, fue aprobado un Texto refundido por el Decreto de 11 de junio de 1948, el cual recogía la Ley, el Reglamento y el Estatuto de la Unión Nacional de los Tribunales Tutelares de Menores⁴³.

La importancia de esta norma se encuentra en que, a pesar de los años y de las diversas reformas que a lo largo de los mismos experimentó la regulación de esta materia, en particular la de 1992, en parte continuó vigente hasta la actual Ley del 2000.

De su contenido, tal como fue aprobada en 1948 y comparándola con las disposiciones anteriores, sobre todo con el Decreto de 1918, destacaríamos lo siguiente:

a) El órgano jurisdiccional se configuraba como un Tribunal, es decir, colegiado, salvo para Madrid y las capitales de provincia en que así lo decidiera el Ministerio de Justicia (art. I, II), donde funcionarían Jueces unipersonales y remunerados⁴⁴. Los Presidentes, Vicepresidentes de los Tribunales Tutelares de Menores y los Jueces

40 Jiménez Vicente, I. *Los Tribunales Tutelares de Menores*, cit., 38, nota 33.

41 No obstante, sí que debe mencionarse la Ley de Bases de 14 de julio de 1932 (cuyo texto puede encontrarse en Jiménez Vicente, I. *Los Tribunales Tutelares de Menores*, cit., 43-44), porque a pesar de ser un "ensayo" limitado a Madrid, como expresamente se pone de manifiesto (Base 4ª), supuso un cambio respecto a lo existente hasta entonces: se introducía el Juez único, se le exigía que estuviera especializado y debía retribuirsele.

42 Así lo pone de manifiesto Jiménez Vicente en la nota 34 de su obra *Los Tribunales Tutelares de Menores*, cit., 39.

43 La Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores había sido creada por el Decreto de 16 de mayo de 1930 (el texto puede consultarse en la nota 39 de la obra de Jiménez Vicente, I. *Los Tribunales Tutelares de Menores*, cit., 52-55) y suprimida en junio del año siguiente, por lo que esta normativa de 1948 puede considerarse una reinstauración.

Para el papel que debía haber desempeñado la Unión Nacional de 1930 y una crítica a su funcionamiento, puede verse: Gómez Mesa, A. *Un problema social. Protección y corrección a la adolescencia (Tribunales Tutelares de Menores)*. Madrid (1932): 49-50.

44 Como ya hemos dicho más arriba, en 1932, ya se había iniciado esta experiencia en Madrid, la cual había sido ratificada por la Ley de 21 de junio de 1940. Pues bien, por Orden Ministerial de 12 de marzo de 1955 se reorganizó también el Tribunal Tutelar de Menores de Valencia en un Juez unipersonal y retribuido. Lo mismo ocurrió más tarde en Castellón de la Plana, Jaén y Málaga por Orden de 10 de diciembre de 1975; Álava, Cáceres y La Coruña, por Orden de 23 de abril de 1976; Murcia y Soria, por Orden de 21 de octubre de 1976.

unipersonales en su caso, eran nombrados por el Ministerio de Justicia, a propuesta del Consejo Superior de Protección de Menores, si bien y frente a la reforma de 1925, que dejó de exigir su condición de Jueces de carrera, el Decreto de 1948 estableció que fueran licenciados en Derecho (art. 3)⁴⁵.

b) La competencia de estos órganos se extendía al conocimiento de los delitos y faltas cometidos por los menores de dieciséis años y, en la línea ya iniciada en 1918, a algunas faltas cometidas por mayores de esa edad (art. 9.1° y 2°). Por otra parte, si así lo estimaba el Tribunal correspondiente podía aplicar su función reformadora a los menores “prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos”, sin necesidad de que hubieran cometido delito o falta alguna (art. 9.1°). Además, y siguiendo también la línea marcada en 1918, ejercían la facultad protectora sobre los menores de dieciséis años (art. 9.3°).

c) De acuerdo con el art. 14, “las acciones civiles para la restitución de objetos, reparación de daños o indemnización de perjuicios originados por actos u omisiones ejecutados por un menor, cuyo conocimiento sea de la competencia del Tribunal Tutelar” sólo podían ejercitarse por el perjudicado ante los Tribunales del orden jurisdiccional civil a través del procedimiento que correspondiera por la cuantía. Si hasta aquí no se distinguía de lo que se preveía en 1918, este Decreto de 1948 introdujo como novedad la posibilidad de que el Tribunal Tutelar actuara como órgano mediador cuando las partes lo solicitaran y aquél aceptara la designación, dotando para ello de fuerza ejecutiva a sus resoluciones. La ejecución, en su caso, la llevaría a cabo el Juez civil correspondiente.

d) También otorgó valor de hecho probado, a los efectos del proceso civil pertinente, a la relación de hechos que el Tribunal Tutelar estimara acreditados y la participación del menor en éstos (art. 14). Todo lo cual constituyó un avance en la protección de la víctima, la cual había sido prácticamente olvidada en el Decreto de 1918. En este sentido, la reforma de 1925 había supuesto una tímida mejora al introducir la posibilidad de que el Tribunal Tutelar devolviera los objetos sustraídos a su dueño cuando no existieran dudas razonables sobre su propiedad, pero no podía expedir certificaciones de las diligencias practicadas para utilizarlas como prueba en el procedimiento civil. Lo único que cabía era que el Juez civil pidiera de oficio “certificación del acuerdo de enjuiciamiento de un menor, por lo que respecta a la participación de éste en el hecho que sirviese de fundamento a la reclamación civil,

45 El resto de condiciones exigidas a todos ellos, así como a los Vocales de los Tribunales Tutelares de Menores, eran que todos fueran “mayores de veinticinco años, de moralidad y vida familiar intachables elegidos todos entre aquellas personas que residan en el territorio en que han de ejercer su jurisdicción y que por sus conocimientos técnicos se hallen más indicadas para el desempeño de la función tuitiva que se les encomiende” (art. 1).

En relación a la retribución de los cargos, a diferencia del sistema del Decreto-Ley de 1918, señalar que, aunque con carácter general no percibían nada a cambio, el art. 3 abría una posibilidad de hacerlo a favor del Presidente o Vicepresidente, cuando así lo estimara el Consejo Superior de Protección de Menores.

a fin de que el fallo del tribunal sirva de base para iniciar el procedimiento" (art. 30 del Reglamento de 1925).

e) Sobre el procedimiento, la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 no se separó del camino iniciado en 1918, por consiguiente carecía de una tramitación detallada, "limitándose... a lo indispensable para puntualizar los hechos en que hayan de fundarse las resoluciones que se dicten" (art. 15). Asimismo, las sesiones eran a puerta cerrada, no era necesaria la asistencia letrada o la representación procesal (art. 29 del Reglamento) y no estaba prevista la intervención del Ministerio Fiscal.

f) Las resoluciones de los Tribunales Tutelares se denominaban "acuerdos" y no imponían "penas", sino "medidas", las cuales eran de duración indeterminada (con el límite de los dieciocho años), modificables de oficio o a instancia de parte [del representante legal del menor o del Delegado del Tribunal (art. 11 del Reglamento)] y con una finalidad educativa (arts. 9, 15, 17, 18 y 23). Además, según González Zorrilla⁴⁶, dichas medidas se adoptarían "prescindiendo del alcance y gravedad de los hechos cometidos y atenderá exclusivamente a las *condiciones morales y sociales en que los menores los hayan ejecutado* (art. 16.º LTTM)".

En concreto, las medidas que cabía imponer estaban descritas en el art. 17 de forma más detallada que en el Decreto de 1918 y distinguiendo según el Tribunal ejerciera función reformadora, protectora o enjuiciara a personas mayores de dieciséis años (en este último caso sí que se imponían las penas señaladas en el Código Penal y las leyes especiales entonces vigentes).

g) Los "acuerdos" dictados por los Tribunales Tutelares o los Jueces unipersonales eran apelables en un solo efecto ante una Comisión del Consejo Superior de Protección de Menores (arts. 5 y 22). No obstante, no era posible apelar todas las resoluciones que se acordaban, sino que dependía de la "medida" adoptada (art. 22). Sin embargo, cuando se hubiera enjuiciado a mayores de dieciséis años, la apelación se admitiría en ambos efectos y sería recurrible cualquier "acuerdo" sin excepción.

h) En lo que se refiere a la ejecución de los "acuerdos", de los arts. 18 a 23 de la Ley de 1948 se deduce que era competencia exclusiva de los Tribunales (o Jueces unipersonales, en su caso), a pesar de que a continuación (arts. 24, 25 y 26) describiese las instituciones auxiliares a los mismos (Sociedades y Establecimientos Tutelares, que eran sustentados por los mismos Tribunales, el Estado, los Ayuntamientos y las Diputaciones Provinciales). Todo lo cual era desarrollado en los arts. 106 a 142 del Reglamento.

46 González Zorrilla, C. *La justicia de menores en España*, cit., 122.

IV. LA LEY ORGÁNICA 4/1992, DE 5 DE JUNIO, REGULADORA DE LA COMPETENCIA Y EL PROCEDIMIENTO DE LOS JUZGADOS DE MENORES.

El día 31 de mayo de 1988 el Juzgado de Menores de Tarragona interpuso una cuestión de inconstitucionalidad contra el Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, aprobado por el Decreto de 11 de junio de ese mismo año, la cual fue admitida a trámite por el Tribunal Constitucional mediante providencia de 6 de junio de 1988. Más tarde, durante los meses de febrero a agosto de 1990 tuvieron entrada en el registro de este Tribunal otras cuatro cuestiones de inconstitucionalidad. Todas ellas coincidían en la petición de declaración de inconstitucionalidad del art. 15, fundamentándolo, por un lado, en normas internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos, PIDCYP, Convenio Europeo de Derechos Humanos, etc.) y, por otro, en la Constitución Española (arts. 9, 10, 14, 17, 24, 25, 117, 120 y 124). Dejando a un lado esas coincidencias, las cuestiones de inconstitucionalidad tenían diverso alcance: unas pretendían la declaración de inconstitucionalidad de toda o gran parte de la Ley, así como del Reglamento, y otras sólo la de diversos preceptos de la Ley de Tribunales Tutelares, como el 16, 17, 18 ó 23. Por Auto de 29 de octubre de 1990, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó acumular todas las cuestiones⁴⁷.

Fue en la sentencia (también del Pleno) 36/1991, de 14 de febrero, donde se resolvieron esas cuestiones de inconstitucionalidad. Para ello, en primer lugar, el Tribunal circunscribió la posible inconstitucionalidad a los arts. 15, 16, 18 y 23 de la LTTM, si bien afirmando que esto no implicaba “pronunciamiento alguno sobre las normas reglamentarias; ni sobre aquéllas que, por su conexión directa con los preceptos legales cuestionados, hayan de ser valoradas por el Juez a la luz de lo que sobre éstos hayamos resuelto (art. 5.1 L.O.P.J.), ni sobre aquellas otras que habrá de aplicar o no aplicar en razón del juicio que en cada caso le merezca su conformidad con la Constitución, con la Ley o con el principio de jerarquía normativa (art. 6 L.O.P.J.)”⁴⁸. Finalmente, declaró inconstitucional el art. 15 de la Ley de Tribunales

47 Mientras tanto, el 4 de marzo de 1990, los Jueces de Menores de Madrid habían elevado una consulta al Consejo General del Poder Judicial, sobre el procedimiento para corregir a los delincuentes menores de edad. El informe señalaba que, dado el contenido básicamente jurisdiccional de las cuestiones planteadas, el art. 12.3 LOPJ impedía que se pronunciaran. Sin embargo, reconocían al mismo tiempo la necesidad de reformar la legislación de 1948, debido a la inseguridad jurídica que generaba, e instaban al Gobierno para que ejerciera la iniciativa legislativa pertinente.

48 F. J. Cuarto, de la STC 36/1991. Conviene añadir que en este mismo Fundamento se afirmaba que “tampoco esta delimitación puede ser entendida como una implícita afirmación de la constitucionalidad de los restantes artículos de la Ley, pues es una razón estrictamente procesal la que limita nuestro juicio a los cuatro artículos ya indicados. La prudencia aconseja no extenderlo por vía de conexión o consecuencia a otros preceptos de la misma Ley, como autoriza el art. 39.1 LOTC, pues ni la conexión de esos otros preceptos con lo que ahora enjuiciamos es tan estrecha que estemos forzados a hacerlo, ni se aumentaría con ello la adecuación a la Constitución de nuestro sistema de jurisdicción de menores, que, por el contrario, podría verse imposibilitada para cualquier género de actuación”.

Tutelares de Menores⁴⁹, constitucional el art. 16⁵⁰, siempre que se interpretara con el sentido y alcance previsto en el Fundamento Jurídico Séptimo⁵¹, y desestimó las cuestiones en todo lo demás⁵², no sin antes poner de manifiesto “la imperiosa necesidad de una pronta reforma legislativa en esta materia”⁵³.

No hubo que esperar mucho, ya que el 5 de junio de 1992 se aprobó la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. Una Ley que, según su Exposición de Motivos, tenía “el carácter de... reforma urgente que adelanta parte de una renovada legislación sobre reforma de menores, que será objeto de medidas legislativas posteriores”. Ahora bien, a pesar de

-
- 49 Decía este precepto (Decreto de 11 de junio de 1948, antes de la reforma de 1992): “En los procedimientos para corregir y proteger a menores, las sesiones que los Tribunales Tutelares celebren no serán públicas y el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, limitándose en la tramitación a lo indispensable para puntualizar los hechos en que hayan de fundarse las resoluciones que se dicten, las cuales se redactarán concisamente, haciéndose en ellas mención concreta de las medidas que hubieren de adoptarse. Las decisiones de estos Tribunales tomarán el nombre de acuerdos, y la designación del lugar, día y hora en que han de celebrarse sus sesiones será hecha por el Presidente del respectivo Tribunal. Los locales en que actúen los Tribunales de Menores no podrán ser utilizados para actos judiciales”
- 50 El texto de este artículo antes de la reforma de 1992 era el siguiente: “Los hechos calificados de delitos o faltas en el Código Penal o en Leyes especiales que se atribuyan a los menores de dieciséis años serán apreciados por los Tribunales Tutelares, con razonada libertad de criterio, teniendo en cuenta la naturaleza de los expresados hechos en directa relación con las condiciones morales y sociales en que los menores las hayan ejecutado, y prescindiendo en absoluto del concepto y alcance jurídico con que, a los efectos de la respectiva responsabilidad, se califican tales hechos como constitutivos de delitos o faltas en el Código Penal y en las mencionadas Leyes especiales”.
- 51 Establecía el Fundamento Jurídico Séptimo de la STC 36/1991: “El tenor literal del precepto cuestionado, al señalar que el Juez apreciará los hechos calificados en el Código Penal como delitos o faltas, en relación con las condiciones sociales y morales del menor y que al tiempo de determinar la responsabilidad del mismo prescindirá del concepto y alcance jurídico con que tales hechos son calificados penalmente, debe ser entendido sólo como una prohibición de que se utilice en la jurisdicción de menores el catálogo de circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad en todo su rigor y extensión, por tratarse de imputables penales. Pero dicha prohibición no implica que el Juez no vea su libertad de calificación de los hechos limitada por la tipificación contenida en los preceptos penales transgredidos, ni que su discrecionalidad para la adopción de medidas no deba tener en cuenta la correlación entre delitos y faltas y las penas para ellos previstas. Así, junto con la necesaria flexibilidad de que ha de disponer el Juez en la apreciación de los hechos y de su gravedad, también es preciso que se sujete a determinados principios que operan como límites a esa discrecionalidad, reconocidos en algunos casos en la propia L.T.T.M -las medidas impuestas no pueden exceder de la mayoría de edad civil-, y en otros implícitos en la imposición de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, como son la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta o la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase. Tanto la razonada flexibilidad del Juez como la existencia de límites en la imposición de las medidas correspondientes ha sido reconocida en el ámbito internacional. A mayor abundamiento, la regla 6.1 de las «Reglas de Beijing» dispone que, debido a «las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la Administración de Justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, Sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones». Por otra parte, la regla 17.1 señala que la resolución en esta materia se ajustará a los siguientes principios:
- a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad.
 - b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible.
 - c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concorra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves y siempre que no haya otra respuesta”.
- 52 Para una crítica, no sobre la solución adoptada, sino por la argumentación seguida, ver: Vives Antón, T. S. “Constitución y Derecho penal de menores”. *Poder Judicial* (1991). (21), 93 y ss.
- 53 FJ. 7º de la STC 36/1991, de 14 de febrero.

esa intención y tratarse de una norma de poca extensión, que no pretendía derogar totalmente el Decreto de 1948, sino únicamente adecuar en lo posible este último al fallo y a las directrices marcadas por la sentencia de 1991, las reformas fueron de gran calado. Esto fue así, hasta el punto de poder afirmar que, en realidad, la reforma de 1992 configuró un nuevo proceso⁵⁴, muy distinto al que había regido hasta entonces y en el que se intentaron incorporar todas las garantías constitucionales. Pero aún fue más allá, al introducir normas que entonces constituyeron, y todavía hoy constituyen, una novedad en el Derecho Procesal español⁵⁵; nos estamos refiriendo, por ejemplo, a que fuera el Ministerio Fiscal al que se le atribuyera la instrucción, en lugar del Juez (art. 15, conforme a la redacción de 1992) o la suspensión del fallo cuando concurrieran determinadas circunstancias (art. 16.3, conforme a la redacción de 1992).

De todos modos, antes de la importante reforma de 1992 y sólo desde la Constitución de 1978⁵⁶, que desde luego también lo hizo⁵⁷, diversas normas habían derogado de forma implícita numerosos preceptos del Decreto de 11 de junio de 1948. En particular y refiriéndonos sólo a las normas con rango de ley más importantes⁵⁸, pueden citarse la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, la Ley de 11 de noviembre de 1987, que modificaba el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores, y la Ley

54 En este sentido, queremos destacar la importancia de la Disposición Adicional Segunda, la cual declaró la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Penal, "en lo no previsto expresamente en esta Ley".

55 La Ley de 1992 tiene dos artículos que dieron nuevo contenido a los arts. 9, 15, 16, 17 y 23 del texto de 1948 y derogaron el 5, 12, 21 y 22 del mismo, entre otras modificaciones de orden menor, como el cambio de nombre de la Ley (ver también las Disposiciones Adicionales). Para hacerse una idea del cambio que supuso esa Ley, piénsese que el nuevo art. 9 regulaba la competencia, los arts. 15 y 16 el procedimiento y el art. 17 las "medidas" que el Juez de Menores podía imponer.

56 Sería prolijo e innecesario referirnos a todas las normas que desde 1948 han desarrollado o modificado aspectos del Decreto de 11 de junio de ese año; destacar tan solo el Decreto 414/1976, de 26 de febrero.

57 Es indudable que artículos de la Constitución como el 24.2, en el que se configuraba el derecho a un proceso con todas las garantías, el 117.3 en el que se establecía la exclusividad jurisdiccional o los arts. 148 y 149 referidos al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, entre otros (por ejemplo arts. 25, 122 ó 127), no eran compatibles con muchas disposiciones contenidas en el Decreto de 1948. Por consiguiente, tratándose de una norma preconstitucional, los jueces simplemente no debían aplicar dichas disposiciones, en virtud de la Disposición Derogatoria 3ª de la CE y el art. 6 LOPJ.

58 No vamos a hacer referencia en este momento, por lo extenso de la misma, a la incidencia de la normativa internacional sobre esta materia, pero, por lo menos, sí dejar constancia de la misma. Concretamente, las normas internacionales aplicables, excluyendo las específicas para Europa o América, son:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos [Resolución 217 (III), de 10 de diciembre de 1948, de la A.G. de las Naciones Unidas].
- Declaración de los Derechos del Niño [Resolución 1.386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959, de la A.G. de las Naciones Unidas].
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [Resolución 2.200 (XXI), de 19 de diciembre de 1966, de la A.G. de las Naciones Unidas].
- Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) (Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985, de la A.G. de las Naciones Unidas).
- Convención sobre los Derechos del Niño [Resolución 1.386 (XIV), de 20 de noviembre de 1989, de la A.G. de las Naciones Unidas].
- Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) (Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, de la A.G. de las Naciones Unidas).
- Reglas para la protección de los menores privados de libertad (Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, de la A.G. de las Naciones Unidas).

de Demarcación y Planta Judicial de 1988. Entre los aspectos más relevantes que se vieron afectados por las leyes mencionadas, queremos destacar dos: en primer lugar, en relación con el órgano judicial, por un lado, la desaparición de los Tribunales Tutelares de Menores y su sustitución por los Juzgados de Menores y, por otro, respecto al personal jurisdiccional al servicio de estos órganos, la exigencia de que fueran Jueces de carrera y, además, especialistas⁵⁹. En segundo lugar, en cuanto a la competencia de los Juzgados de Menores, debe decirse que se les quitó la función reformadora, la cual pasó a las Comunidades Autónomas, reservándoles a aquéllos exclusivamente la reformadora o de enjuiciamiento⁶⁰.

Además de lo anterior, la propia Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, mediante su Disposición Adicional Tercera también derogó implícitamente algunos preceptos del Decreto de 11 de junio, como es el caso de los arts. 24, 25 y 26 sobre las “instituciones auxiliares” de los Tribunales Tutelares de Menores⁶¹. La justificación de esta derogación implícita se encontraba en el hecho de que esa Disposición Adicional otorgaba la ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados de Menores “a las Entidades Públicas competentes en la materia”. Entidades que, después de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, son las Comunidades Autónomas, de acuerdo con los Estatutos de Autonomía y las normas de desarrollo de éstas.

Finalmente, señalar que, junto con la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores de 1992, el marco legal se completaba con el Reglamento para la ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por el ya mencionado Decreto de 11 de junio de 1948. El problema que planteaba esta norma era que, si bien desde un punto de vista formal su vigencia era indiscutible, no así desde la perspectiva de su contenido, debiendo ser los operadores jurídicos quienes trataran de aplicar sus disposiciones haciendo las adaptaciones oportunas, considerando derogadas implícitamente o simplemente ignorando aquellos preceptos cuya aplicación a un caso concreto fuera imposible, lo que provocaba inseguridad jurídica.

V. UNA ETAPA TRANSITORIA: ENTRE EL CÓDIGO PENAL DE 1995 Y LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LORPM DE 2000.

La siguiente etapa en la evolución del enjuiciamiento de los menores de edad en España se abre con el Código Penal de 1995, aprobado por la Ley Orgánica

59 Dentro del personal auxiliar, como desarrollo del art. 508 LOPJ, la Ley de 1992 (D.A. 5ª) estableció la progresiva desaparición de los Delegados Profesionales Técnicos, que pasarían a formar parte de los equipos técnicos.

60 En este sentido, la redacción del art. 9 que hace la Ley Orgánica 4/92, de 5 de junio, excluyendo la función reformadora de la competencia de los Juzgados de Menores, sólo hizo que asumir una decisión adoptada en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores.

61 Habría sido más correcto, sin duda, que el legislador hubiera previsto esta situación y, al igual que hizo con otros preceptos del Decreto de 1948, los hubiera dejado sin contenido.

10/1995, de 23 de noviembre. Concretamente, su art. 19 establece que “los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor”⁶². Por su parte, la Disposición Final Séptima del mismo excluía al precepto anterior de la entrada en vigor del Código, que fue el 25 de mayo de 1996, “hasta tanto adquiera vigencia la ley que regule la responsabilidad penal del menor a que se refiere dicho precepto”. En definitiva, el enjuiciamiento de los menores de edad se mantendría inalterado hasta que se aprobase una nueva ley que enjuiciara los hechos delictivos presuntamente cometidos por estos, sustituyendo así a la Ley de 1992 y al Reglamento de 1948. De hecho, era intención del legislador de 1995 la tramitación de esa nueva ley a la vez que se seguía adelante con la del Código Penal⁶³, pero no pudo ser⁶⁴. Como complemento a la anterior Disposición y para evitar un vacío legal en esta materia, la Disposición Derogatoria Única, número 1.a) del Código de 1995 excluyó de la derogación del anterior Código de 1973, entre otros, precisamente los preceptos relativos a la minoría de edad penal: arts. 8.2º, 9.3ª, 65, y la regla 1ª del art. 20 en lo que se refiere al número 2º del art. 8 (referida a la responsabilidad civil derivada de hechos cometido por menores). De esta forma y hasta que entró en vigor la Ley 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor (LORPM), con algún matiz siguió vigente el sistema anterior a 1995⁶⁵.

Ese sistema consistía en que el menor de dieciséis años no era responsable criminalmente, en virtud del art. 8.2º del Código de 1973⁶⁶, debiendo ser “confiado a los Tribunales Tutelares de Menores –ahora ya, Juzgados de Menores–” y, por lo tanto, sometido al proceso previsto en la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores de 1992. Quedando, además,

62 El art. 69 del Código de 1995, previó la posibilidad de extender el sistema de enjuiciamiento de menores para los mayores de edad y menores de veintiún años: “al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga”. Sin embargo, en un primer momento se suspendería su aplicación y, finalmente, en la reforma de la LORPM de 2006, se suprimiría.

63 Prueba de ello es la existencia de un Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor, de 27 de abril de 1995, presentado por el Gobierno a informe del CGPJ, si bien luego no continuó su tramitación parlamentaria (Sánchez García de Paz, M. I. *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, cit., 78 y 121-130).

64 Como se dice en el Libro Blanco de la Justicia [C.G.P.]. *Libro Blanco de la Justicia*. Madrid (1997): 244 y 245, “no hay duda que la Justicia de menores ha sido una de las grandes olvidadas tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978. A pesar de la trascendental consideración que ha merecido en el Derecho internacional, donde se han suscrito importantes convenios y tratados atinentes a la misma ratificados por España”. Afirmación que completa añadiendo que uno de los problemas más importantes de la Justicia de menores es “la ausencia de una adecuada disposición normativa que sirva de marco al ejercicio de la función jurisdiccional” (C.G.P. *Libro Blanco de la Justicia*, cit., 246).

Ahora bien, lo anterior no significa que no haya habido intentos de cambiar las cosas, incluso antes de la LOPJ de 1985, piénsese en el Estatuto del Menor preparado por UCD en 1978 [vid. al respecto, Martín Ostos, J. *Jurisdicción de Menores*. Barcelona (1994): Bosch, 136], o el Anteproyecto más reciente de 1995, sin embargo, hasta el de 1997 [el texto del mismo puede consultarse en *Revista Tribunales de Justicia* (1998). 4, 419-446] ninguno había prosperado, incluso alguno, como el citado de 1995, había sido informado por el CGPJ, pero no llegó a materializarse en Proyecto de Ley.

65 En este sentido, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1996, de 22 de mayo (RA 1997, 1367).

66 Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio.

establecido el límite de responsabilidad penal por debajo en los doce años (art. 9 de la L.O. 4/1992, de 5 de junio). Esto es, si un niño cometía algún hecho tipificado como delito o falta por el Código Penal (aquí sí, el de 1995) y era menor de esa edad, no podría ser enjuiciado por los Juzgados de Menores, sino que se haría cargo del mismo la Administración Pública a través de sus servicios sociales.

Por su parte, el art. 9.3ª del Código de 1973 consideraba como circunstancia atenuante “la de ser el culpable menor de dieciocho años”. Por consiguiente, a los delincuentes entre dieciséis y dieciocho años no se les aplicaba la legislación prevista en la Ley de 1992, sino que se les trataba como adultos -mayores de edad-, pero con una matización: su minoría era considerada circunstancia atenuante⁶⁷. La consecuencia de esa consideración era que se les “aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, pudiendo el Tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable” (art. 65 del Código de 1973). Precisamente, para una mejor valoración de las circunstancias en estos casos y una aplicación más adecuada de lo que se pretendía con el art. 65, el Código de 1995, preceptuó en su Disposición Transitoria Duodécima que “hasta la aprobación de la ley que regule la responsabilidad penal del menor; en los procedimientos que se sustancien por razón de un delito o falta presuntamente cometido por un menor de dieciocho años, el Juez o Tribunal competente requerirá a los equipos técnicos que están al servicio de los Jueces de menores, la elaboración de un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor; así como sobre su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le imputa”.

VI. LA ÚLTIMA ETAPA –POR AHORA-: LA LORPM DE 2000 Y SUS REFORMAS.

La LORPM, en su redacción original, es una norma que se encuadra decididamente en el llamado modelo educativo, en el que el “interés del menor” es el criterio rector fundamental, frente a la concepción de un modelo retributivo, más propio del Derecho penal de adultos, lo que queda patente a lo largo de su articulado, insistimos, tal como fue aprobado inicialmente. Son ejemplos de esto, el que la responsabilidad penal se establezca para los menores de entre catorce y dieciocho años, en consonancia con la normativa internacional aplicable; asimismo, un régimen especial para los mayores hasta veintiuno; la posibilidad de la mediación; la regulación de las medidas cautelares; el catálogo de “penas”, en realidad “medidas”, con un fin netamente educativo y resocializador, que se pueden imponer; o la imposibilidad de constituir una acusación particular en esta clase de procesos, entre otras.

67 Existía acuerdo entre la doctrina penal en considerar este supuesto como una eximente incompleta de menor edad. Para más, vid. Sánchez García de Paz, M. I. *Minoría de edad penal y derecho penal juvenil*, cit., 81 y ss.

Sorprendentemente, sin embargo, fue modificada antes de entrar en vigor; el 13 de enero de 2001, por dos leyes: la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley 5/2000, de 12 de enero, de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, y por la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Estas normas, entre otras modificaciones, como la suspensión de la aplicación de la LORPM a los mayores entre dieciocho y veintiún años⁶⁸, establecieron un régimen especial para el llamado “menor terrorista” –pensando en aquellos que participaban en la denominada *kale borroka*, por entonces muy grave y sostenida en el tiempo-, y que rompía el criterio rector del superior interés del menor; al introducir elementos fuertemente retributivos para estos casos, como el aumento de la duración de las medidas cautelares y definitivas, o el enjuiciamiento por órganos diferentes –la Audiencia Nacional- y no los Juzgados de Menores –medida, por cierto, rechazada durante su tramitación parlamentaria-.

Posteriormente, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, reformó también la LORPM al introducir la figura de la acusación particular y encargar al Gobierno que, tras una evaluación, impulsase medidas para castigar con más firmeza aquellos hechos de especial gravedad cometidos por menores, como el homicidio, el asesinato o las agresiones sexuales (arts. 138, 139, 179 y 180 CP), de modo que las medidas impuestas a los infractores se pudieran prolongar, así como cumplir en centros cerrados con especiales medidas de seguridad y el paso a uno penitenciario cuando alcanzasen los dieciocho años⁶⁹.

Así las cosas, en 2006 se aprobó por una amplia mayoría de las Cortes la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modificaba, una vez más, la LORPM, la cual constituye el sistema actualmente vigente y su importancia se encuentra en el hecho de que ha supuesto el último paso –hasta ahora- en la huida del modelo educativo de la LORPM original, a pesar de las palabras de la Exposición de Motivos de esta reforma⁷⁰. En concreto, las novedades más importantes en este sentido fueron las siguientes⁷¹:

68 Más tarde, la Ley orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, suspendería su aplicación hasta el 1 de enero de 2007.

69 El reglamento de la LORPM se aprobaría en 2004, en virtud del R.D. 1774/2004, de 30 de julio.

70 Ver al respecto, Landrove Díaz, G. “Réquiem por la Ley Penal del menor”. *Diario La Ley* (2006). 6505, 15 de junio de 2006, I y ss.

71 Para un análisis técnico-procesal de las reformas introducidas por esta Ley Orgánica, vid. González Cano, I. “Valoración de las reformas procesales operadas por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica de Responsabilidad penal de los menores (I) y (II)”. *Diario La Ley* (2007). 6742 y 6743, 25 y 26 de junio de 2007, respectivamente, I y ss.

En primer lugar, se ampliaron los supuestos en que pueden imponerse medidas de internamiento en régimen cerrado, añadiendo a los ya existentes los casos de comisión de delitos graves y de delitos que se cometan en grupo o cuando el menor pertenciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

En segundo lugar, se suprimió definitivamente la posibilidad de un tratamiento diferenciado para los menores entre los dieciocho y veintiún años.

En tercer lugar, se facultó al Juez para que pueda imponer a un menor que alcance los dieciocho años y no esté cumpliendo con los objetivos señalados en la sentencia a que termine de cumplir la medida de internamiento en un centro penitenciario de adultos.

En cuarto lugar, se ampliaron los supuestos de adopción de las medidas cautelares, así como de su duración. En concreto, se incorporó como causa para adoptar una medida cautelar el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima, y se estableció una nueva medida cautelar consistente en el alejamiento de la víctima o su familia u otra persona que determine el juez. Al mismo tiempo, se amplió la duración de la medida cautelar de internamiento, que pasa de tres meses, prorrogable por otros tres meses, a seis meses prorrogable por otros tres meses.

Finalmente, se revisó el sistema de refundición y ejecución de las medidas, otorgándose al juez amplias facultades para individualizar la o las medidas que deba cumplir el menor infractor.

EL ARBITRAJE CELEBRADO ANTE EL CIADI

ARBITRATION HELD BEFORE THE ICSID

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 182-203



Pedro
CHAPARRO
MATAMOROS

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de diciembre de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: El presente artículo analiza la institución arbitral del CIADI desde un punto de vista estructural. Así, se estudia su origen, función, composición y jurisdicción, haciendo hincapié en las características y el procedimiento arbitral que en dicha institución tiene lugar.

PALABRAS CLAVE: CIADI, arbitraje internacional, protección de inversiones, voluntariedad, flexibilidad.

ABSTRACT: This paper analyzes the CIADI arbitral institution from a structural point of view. Thus, we study their origin, function, composition and jurisdiction, emphasizing the characteristics and the arbitral procedure that in this institution it takes place.

KEY WORDS: CIADI, international arbitration, investment protection, wilfulness, flexibility.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares.- II. Orígenes.- III. Estructura orgánica del CIADI.- I. El Consejo Administrativo.- 2. El Secretariado.- 3. Las Listas de Conciliadores y Árbitros.- IV. La jurisdicción del CIADI.- 1. Ámbito de aplicación objetivo: ¿qué disputas cabe someter al CIADI?.- 2. Ámbito de aplicación subjetivo: ¿quiénes pueden ser parte en el procedimiento ante el CIADI?.- 3. Extensión de la jurisdicción del CIADI: el Reglamento del Mecanismo Complementario.- V. El sistema arbitral del CIADI.- 1. Características.- 2. Procedimiento.- A) Solicitud de arbitraje.- B) Constitución del Tribunal de arbitraje.- a) Sustitución de árbitros.- b) Recusación de árbitros.- C) Competencia y funciones del Tribunal de arbitraje.- D) El laudo.- a) Emisión.- b) Aclaración, revisión y anulación.- c) Reconocimiento y ejecución.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Entre las alternativas de resolución de litigios distintas del proceso, existe un organismo internacional cuya importancia va *in crescendo* en los últimos años. Se trata del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). El CIADI es una institución internacional de carácter público del Banco Mundial con sede en Washington, que se encarga de resolver las disputas surgidas en materia de protección de inversiones entre un Gobierno de uno de los Estados contratantes y un nacional de otro Estado contratante.

La labor del CIADI se lleva a cabo mediante un arbitraje internacional (también está previsto un procedimiento de conciliación, pero por su menor importancia no será objeto de este trabajo) con el que se pretende arreglar las diferencias surgidas entre las partes¹. En este sentido, se ha dicho que el CIADI pretende erigirse “en la Institución que posibilite que los conflictos entre inversionistas extranjeros y Estados se diriman en un foro neutral donde ambas partes, inversor y Estado receptor de la inversión, se coloquen en pie de igualdad en los procedimientos, excluyéndose la posibilidad de intervención del Estado del que es nacional el inversor y limitando el arreglo voluntario de controversias mediante conciliación o arbitraje a las controversias de naturaleza jurídica que surjan en materia de inversiones”².

- 1 Así resulta del art. 1.2 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, de 18 de marzo de 1965, cuyo tenor literal es el siguiente: “El Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio”.
- 2 Pérez Escalona, S. “Las operaciones de control societario ante el arbitraje internacional en materia de inversiones extranjeras: notas a propósito del caso *Camuzzi International Vs. República Argentina*”. *REDUR* (2010). 8°, 113.

• Pedro Chaparro Matamoros

Licenciado en Derecho (2011) y Administración y Dirección de Empresas (2011) por la Universidad de Valencia, y Máster en Derecho, Empresa y Justicia (2012) por dicha universidad. Actualmente es becario FPU del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en el Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia. Es autor de la monografía ‘La extensión objetiva de la hipoteca’ (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013). Además, ha publicado artículos científicos en revistas como *Diario La Ley*, *Revista de Derecho Patrimonial*, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* y *Revista Boliviana de Derecho*. Ha participado, también, en 4 obras colectivas (dos de ellas publicadas en Aranzadi) y en los manuales de ‘Derecho Civil I’ (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013), ‘Derecho Civil II’ (Tirant lo Blanch, Valencia, 2011-2013) y ‘Derecho Civil IV’ (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013).

El desconocimiento de la actividad de esta institución, así como su crecimiento y protagonismo en los años recientes³, son dos factores que han hecho que la doctrina se interese por el funcionamiento, forma de organización y procedimiento de arbitraje del CIADI.

II. ORÍGENES.

Antes de entrar de lleno en el análisis del procedimiento de arbitraje, merece la pena realizar unos apuntes previos sobre la creación y el origen de la institución. En este sentido, el CIADI es una organización internacional de carácter público creada mediante un tratado internacional: el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, de 18 de marzo de 1965 (suscrito en Washington)⁴.

La creación de este organismo se debió al interés del Banco Mundial por fomentar el trasvase de inversiones de países industrializados a países en desarrollo. A este respecto, una de las actividades del Banco Mundial es la promoción de la inversión extranjera en los países en vías de desarrollo, con el objetivo de que dicha inversión se concrete en proyectos que puedan contribuir al crecimiento de los países más pobres.

Centrado su origen, el papel que juega el CIADI es claro: con él se trata de proteger la posición de quien realiza una inversión en países que no merecen toda su confianza⁵. Así pues, el CIADI trata de garantizar el cumplimiento de los términos acordados en torno a la inversión, para de este modo favorecer el incremento de inversiones en países en vías de desarrollo. En este sentido, se ha dicho que “Por lo general, las inversiones extranjeras son bien recibidas en los países en desarrollo, sin embargo las condiciones en las que operan dichas inversiones representan siempre un riesgo de controversia entre el país receptor de la inversión y el inversionista”⁶.

- 3 Cordero Arce, G. “Anulación de laudos arbitrales en el CIADI”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 32, 2º, 220-221, entiende que el crecimiento se debe a una serie de factores atractivos del arbitraje CIADI para los inversionistas extranjeros, a saber: a) se trata de un foro especializado, de forma que ya no es necesario someterse a la jurisdicción de los tribunales locales; b) existen normas que facilitan el reconocimiento y la ejecución de los laudos CIADI (art. 54 del Convenio); y c) el Convenio excluye la intervención de los tribunales locales (art. 26).
- 4 El art. 1.1 del Convenio dispone la creación del CIADI en los siguientes términos: “Por el presente Convenio se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo llamado Centro)”.
- 5 En este sentido, González de Cossío, F. “México ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias de Inversión. Un comentario”. *Revista de Derecho Privado* (2002). Año I, 1º, 87, afirma que “Se estimó que si de alguna manera se lograba garantizar a inversionistas en países con un alto riesgo político un foro imparcial en donde se les asegurara un recurso para ventilar cualquier controversia que pudiere surgir en relación con su inversión, dicha circunstancia reduciría, en términos financieros, el riesgo político de invertir en el país en cuestión y ello justificaría el que las inversiones necesarias para el desarrollo se dieran”.
- 6 Álvarez Ávila, G. “Las características del arbitraje del CIADI”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (2002). 2º, 207.

En fin, hay que señalar que, con carácter previo a la creación del CIADI, el Presidente del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) asumió en la década de los 50 la labor de conciliador y árbitro entre gobiernos de Estados miembros e inversores extranjeros⁷.

III. ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL CIADI.

El CIADI es una organización internacional autónoma, que goza de personalidad jurídica propia. Así lo reconoce el art. 18 del Convenio, al señalar que “El Centro tendrá plena personalidad jurídica internacional. La capacidad legal del Centro comprende, entre otras, la de: (a) contratar; (b) adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de ellos, (c) comparecer en juicio”.

En cuanto a su composición, el art. 3 del Convenio afirma que “El Centro estará compuesto por un Consejo Administrativo y un Secretariado, y mantendrá una Lista de Conciliadores y una Lista de Árbitros”. Pasemos ahora a analizar con mayor profundidad estas instituciones.

I. El Consejo Administrativo.

El art. 4.1 del Convenio establece la composición del Consejo Administrativo. En concreto, el Consejo Administrativo “estará compuesto por un representante de cada uno de los Estados Contratantes”, pudiendo actuar, en caso de ausencia o de incapacidad del titular, un suplente.

Los gobernadores del BIRF, en cuanto representantes de cada uno de los Estados miembros serán, *ex officio*, los representantes de aquéllos en el Consejo Administrativo del CIADI. Del mismo modo, el gobernador suplente del BIRF nombrado por cada Estado será, igualmente, el suplente en el Consejo Administrativo. Todo ello ha de entenderse válido salvo el caso de designación distinta por cada uno de los Estados miembros (art. 4.2 del Convenio).

La Presidencia del Consejo Administrativo del CIADI, por su parte, se encomendará *ex officio* a quien sea Presidente del BIRF. La Presidencia no conlleva derecho a voto. En caso de ausencia, incapacidad para actuar o vacancia del cargo de Presidente del BIRF, la persona que lo sustituya en el BIRF actuará como Presidente del Consejo Administrativo (art. 5 del Convenio).

Los cargos de miembro del Consejo Administrativo y Presidente del mismo no son retribuidos (art. 8 del Convenio).

7 Claros Alegria, P. “El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)”. *Revista de derecho procesal* (2007). 1º, 2007, 213.

En cuanto a la dinámica de funcionamiento del Consejo Administrativo, éste deberá reunirse obligatoriamente, al menos, una vez al año, sin perjuicio de las reuniones adicionales que el propio Consejo, el Presidente del mismo e, incluso, el Secretario General (cuando se lo pidan como mínimo 5 miembros del Consejo) puedan convocar (art. 7.1 del Convenio).

Las cuestiones tratadas por el Consejo Administrativo se decidirán por mayoría simple, salvo los asuntos en los que el Convenio establezca expresamente otra cosa (art. 7.2 del Convenio). A estos efectos, cada miembro del Consejo tendrá un voto, excepción hecha del presidente.

La mayoría simple de los miembros del Consejo determinará, igualmente, la existencia de quórum en las reuniones del Consejo (art. 7.3 del Convenio).

2. El Secretariado.

Se trata de una institución compuesta por “un Secretario General, por uno o más Secretarios Generales Adjuntos y por el personal del Centro” (art. 9 del Convenio).

El Secretario General es el representante legal y el funcionario principal del Centro, siendo responsable de su administración, correspondiéndole, entre otras facultades: a) el nombramiento del personal, de acuerdo con las disposiciones del Convenio y los reglamentos dictados por el Consejo Administrativo; b) el desempeño de la función de registrador; y c) en fin, tendrá facultades para autenticar los laudos arbitrales dictados conforme al convenio y para conferir copias certificadas de los mismos (art. 11 del Convenio).

En teoría, y de conformidad con el art. 10.1 del Convenio, “El Secretario General y los Secretarios Generales Adjuntos serán elegidos, a propuesta del Presidente, por el Consejo Administrativo por mayoría de dos tercios de sus miembros por un período de servicio no mayor de seis años, pudiendo ser reelegidos”. No obstante, “la tradición mantenida hasta hoy es que el Consejero Jurídico Principal del BIRF sea elegido Secretario General del CIADI”⁸.

Los cargos de Secretario General y de Secretario General Adjunto son incompatibles con el ejercicio de toda función política, lo que supone que aquéllos no podrán desempeñar cargo alguno o dedicarse a otra actividad, sin la aprobación del Consejo Administrativo (art. 10.2 del Convenio).

En fin, en caso de ausencia o incapacidad del Secretario General, o durante la vacancia del cargo, éste será desempeñado por el Secretario General Adjunto. Si

8 Claros Alegría, P. “El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)”, cit., 219.

hubiese más de uno, “el Consejo Administrativo determinará anticipadamente el orden en que deberán actuar como Secretario General” (art. 10.3 del Convenio).

3. Las Listas de Conciliadores y Árbitros.

La labor de arbitraje no es efectuada por el CIADI en sí mismo, es decir, ni media ni decide las disputas. Tal facultad corresponde a los conciliadores y árbitros que son nombrados en cada uno de los casos, de entre las listas que tiene el CIADI.

Así, el art. 12 del Convenio afirma que “La Lista de Conciliadores y la Lista de Árbitros estarán integradas por los nombres de las personas calificadas, designadas tal como se dispone más adelante, y que estén dispuestas a desempeñar sus cargos”.

El nombramiento de conciliadores y árbitros es efectuado, por una parte, por los Estados miembros, que podrán designar cuatro personas para cada Lista, no siendo necesario que las personas designadas sean nacionales de ese Estado (art. 13.1 del Convenio); por otra parte, el Presidente podrá designar diez personas para cada lista, intentando que sean de distinta nacionalidad (art. 13.2 del Convenio) y que sean representativas de los principales sistemas jurídicos del mundo y de los ramos más importantes de la actividad económica (art. 14.2 del Convenio).

En cuanto a la capacitación requerida para ser conciliador o árbitro, se exige “gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio” (art. 14.1 del Convenio).

La designación de los conciliadores y árbitros se efectuará por períodos de seis años renovables (art. 15.1 del Convenio), permaneciendo en el cargo, aun expirado su mandato, hasta que sean designados sus sucesores (art. 15.3 del Convenio). En caso de muerte o renuncia de un miembro de cualquiera de las Listas, la autoridad que lo haya designado tendrá derecho a reemplazarlo por otra persona que lo sustituya durante el resto del período (art. 15.2 del Convenio).

En fin, no existen impedimentos a que una misma persona figure en ambas listas (art. 16.1 del Convenio). En el supuesto de que una misma persona haya sido designada para una lista por diversas autoridades, rigen las siguientes reglas: en principio, se entiende que fue designada por la autoridad que lo designó primero (ya sea un Estado miembro o el Presidente), pero si una de esas autoridades es el Estado del que es nacional, se entenderá designada por aquél, con independencia de haber sido o no dicho Estado el primero en su designación (art. 16.2 del Convenio).

IV. LA JURISDICCIÓN DEL CIADI.

1. **Ámbito de aplicación objetivo: ¿qué disputas cabe someter al CIADI?**

El CIADI es una institución cuyas facultades no se extienden a cualquier litigio, sino únicamente a los surgidos entre un Estado contratante del Convenio y un nacional que sea miembro de otro Estado contratante, siempre y cuando el litigio tenga carácter jurídico y venga referido a una cuestión de protección de inversiones. Además, se exige que las partes “consientan por escrito” en someter la controversia al CIADI⁹.

Así pues, delimitado su ámbito de actuación, para que pueda ponerse en marcha el procedimiento de conciliación y arbitraje del CIADI es preciso que: a) exista una disputa entre un Estado contratante del Convenio y un nacional que sea miembro de otro Estado contratante; b) que la disputa tenga naturaleza jurídica y verse sobre inversiones; y c) que las partes “consientan por escrito” en someter la controversia al CIADI.

2. **Ámbito de aplicación subjetivo: ¿quiénes pueden ser parte en el procedimiento ante el CIADI?**

El procedimiento de conciliación y arbitraje regulado por el Convenio exige que hayan dos partes diferenciadas: a) de un lado, un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado); b) y de otro lado, el nacional de otro Estado Contratante¹⁰. Es decir, la jurisdicción del CIADI está limitada a conflictos surgidos entre particulares inversionistas y Estados.

Lo anterior tiene diversas consecuencias. La más inmediata es que se descarta, de plano, la posibilidad de que el CIADI conozca controversias cuyas partes sean sólo particulares, o controversias cuyas partes sean sólo Estados. Por otra parte, queda también excluida, en principio (con la matización que luego señalaré), la posibilidad de que el CIADI conozca de controversias en las que, o bien el Estado parte no

⁹ V. en este sentido el art. 25.1 del Convenio.

¹⁰ El art. 25.2 del Convenio señala qué se ha de entender por ‘nacional’ de un Estado contratante. A este respecto, dice, se considerarán ‘nacionales’ de un Estado contratante: a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia (con exclusión de las personas que, en cualquiera de ambas fechas, tuvieran también la nacionalidad del Estado parte en la diferencia); y b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter; a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

sea contratante en el Convenio, o bien no lo sea el Estado del que es nacional el particular inversionista.

Por otro lado, existe también la posibilidad de que participen en el procedimiento las denominadas 'partes no contendientes', o *amici curiae* (amigos de la corte), que son terceros que no son parte en el procedimiento pero que tienen interés en el mismo y que suministran información al tribunal para ayudarle a tomar una decisión apropiada¹¹.

En general, los particulares inversionistas son reacios a la actuación en el procedimiento de los *amici curiae*, pues consideran que dicha participación supone una carga adicional que va en detrimento del principio de igualdad procesal, ya que les obliga a litigar no sólo contra el Estado contraparte, sino también contra otros sujetos que no son parte en el acuerdo de arbitraje. No obstante, el CIADI ha permitido su participación en algunos asuntos, por razones de transparencia y por tratarse de asuntos que afectan al interés público¹².

La posibilidad de actuación de estos sujetos se prevé en el art. 37.2 de las "Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje (reglas de arbitraje)". En concreto, dicho precepto habilita al Tribunal a autorizar la intervención de 'partes no contendientes', consistiendo dicha intervención en una presentación escrita ante aquél, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la controversia. Así pues, la intervención de los *amici curiae* se concreta en forma de facultad del tribunal, y no como derecho subjetivo de aquéllos a intervenir en el procedimiento arbitral.

3. Extensión de la jurisdicción del CIADI: el Reglamento del Mecanismo Complementario.

No obstante lo dicho, con el objetivo de ampliar el marco de las actividades del CIADI, el 27 de septiembre de 1978, el Consejo Administrativo autorizó al Secretariado a administrar procedimientos que no estuvieran comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio del CIADI.

A tal fin se creó el 'Reglamento del Mecanismo Complementario', que habilita al Secretariado para administrar los siguientes tipos de procedimientos: a) procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que surjan directamente de una inversión, que no sean de la competencia del Centro en razón de que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia no sea un Estado Contratante; b) procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que no sean de la

11 Medina Casas, H. M. "Las partes en el arbitraje CIADI". *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* (2009). 15°, 219-220.

12 Medina Casas, H. M. "Las partes en el arbitraje CIADI", cit., 231.

competencia del Centro en razón de que no surjan directamente de una inversión, siempre que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia sea un Estado Contratante; y c) procedimientos de comprobación de hechos (art. 2 del Reglamento del Mecanismo Complementario).

Como se observa, el Reglamento del Mecanismo Complementario autoriza al Secretariado del CIADI a administrar procedimientos distintos de los originariamente contemplados en el Convenio del CIADI. En ellos se observa tanto una extensión objetiva como subjetiva del ámbito de aplicación del Convenio.

Objetiva, porque se amplían las disputas que pueden ser conocidas por la institución: ya no se refieren únicamente a litigios directamente surgidos de una inversión, sino que también es posible conocer litigios que no surjan directamente de una inversión, siempre que el Estado parte en la controversia o el Estado cuyo nacional es parte sea un Estado contratante. Además, las respuestas ofrecidas ya no son meramente reactivas, sino que se impulsa una gestión proactiva de las relaciones entre los Estados y los particulares inversionistas, mediante la instauración de 'procedimientos de comprobación de hechos', con el objetivo de prevenir futuras controversias.

Subjetiva, porque ya no se exige que el Estado parte en la controversia y el Estado cuyo nacional es parte sean Estados contratantes, sino que basta, a efectos de la aplicación de los procedimientos previstos en el Convenio, con que uno de dichos Estados sea parte, y ello tanto en los supuestos en que la disputa surge directamente de una inversión, como cuando el litigio no surge directamente de una inversión.

V. EL SISTEMA ARBITRAL DEL CIADI.

I. Características.

El sistema arbitral del CIADI se caracteriza, principalmente, por basarse en un *sometimiento voluntario específico de la controversia* de naturaleza jurídica suscitada entre un inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión. A estos efectos, la noción de inversión extranjera no se encuentra definida en el Convenio, si bien tal 'olvido' vino motivado por el hecho de que no se quería delimitar el concepto a fin de que englobara todas las posibles formas de inversión extranjera que pudieran surgir en el futuro¹³.

Por otro lado, el arbitraje celebrado ante el CIADI es *autónomo e independiente*, en la medida en que tiene una virtualidad propia y no está sometido a ninguna

13 En este sentido, Pérez Escalona, S. "Las operaciones de control societario ante el arbitraje internacional en materia de inversiones extranjeras: notas a propósito del caso Camuzzi International Vs. República Argentina", cit., I 13, señala que "La ausencia de definición fue intencionada, entre otras razones, para no limitar la posibilidad de someter al Centro disputas sobre formas de inversión desconocidas hasta la fecha".

institución nacional. Es decir, las reglas de arbitraje del CIADI “son independientes del derecho nacional (incluso por lo que respecta al lugar del arbitraje o al Estado en cuyo territorio se buscará el reconocimiento del laudo), y no son sujeto de control por parte de los tribunales nacionales. En efecto, los únicos controles que existen son aquellos bajo el Convenio, a saber, aquel efectuado por el secretario general al momento de presentarse una solicitud de arbitraje, aquel ejercido por los propios tribunales de arbitraje, y aquel disponible al final del procedimiento cuando alguna de las partes decide interponer alguno de los recursos previstos por el Convenio”¹⁴.

Otras características que merecen ser destacadas del procedimiento son la *flexibilidad* y *eficacia* que presiden el mismo¹⁵.

Flexibilidad porque el propio Convenio permite a las partes adecuar el desarrollo del procedimiento a sus necesidades. Así, la autonomía privada de que gozan las partes en la configuración del procedimiento se proyecta, entre otras, a cuestiones como la elección del Derecho aplicable por los árbitros, la designación de los miembros del Tribunal arbitral e, incluso, al acuerdo de reglas procesales diferentes aplicables al caso concreto.

La eficacia del procedimiento, por su parte, pretende quedar garantizada mediante la irrevocabilidad del consentimiento, consagrada en el art. 25.1, *in fine*, del Convenio. Dicho precepto afirma que “el consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”. Es decir, una vez prestado el consentimiento por ambas partes el procedimiento de arbitraje se pone en marcha, y sólo podrá paralizarse mediante acuerdo de aquéllas, sin que pueda tener validez, a dichos efectos suspensivos del procedimiento, la renuncia efectuada por una sola de las partes.

2. Procedimiento.

El arbitraje del CIADI, aun siendo flexible, está sometido a unas reglas establecidas en el Convenio. En este apartado procederé a comentar los aspectos más relevantes de los sucesivos trámites que configuran el procedimiento.

A) Solicitud de arbitraje.

El art. 36 del Convenio regula el trámite relativo a la solicitud de arbitraje. En este sentido, el primer apartado del precepto afirma que “Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de

14 Álvarez Ávila, G. “El arbitraje del CIADI bajo las nuevas reglas de arbitraje en vigor a partir de abril de 2006”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (2009). Año XLII, 125°, 684.

15 Pérez Escalona, S. “Las operaciones de control societario ante el arbitraje internacional en materia de inversiones extranjeras: notas a propósito del caso *Camuzzi International Vs. República Argentina*”, cit., 114-115.

arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte”. Es decir, el procedimiento puede ser iniciado tanto por el Estado receptor de la inversión extranjera como por el inversionista extranjero, siendo lo frecuente que el procedimiento se inicie por el inversionista extranjero que ha visto defraudadas sus expectativas de inversión.

La solicitud dirigida al Secretario General deberá contener “los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de éstas al arbitraje, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje” (art. 36.2 del Convenio). Deberá estar redactada en idioma oficial del CIADI, a saber: español, inglés o francés (Regla de Arbitraje 22.1).

En fin, el Secretario General registrará la solicitud, con la única salvedad de que considere, a la vista de la información contenida en aquella, “que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro”¹⁶. Asimismo, notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud o su denegación (art. 36.3 del Convenio). Posteriormente, tan pronto como se constituya el Tribunal, el Secretario General transmitirá a cada uno de sus miembros una copia de la solicitud que inició el procedimiento, de los documentos que la acompañan, de la notificación del acto de registro y de toda comunicación recibida de cualquiera de las partes en respuesta a la notificación (Regla de Arbitraje 30).

B) Constitución del Tribunal de arbitraje.

El art. 37 se refiere a la constitución del Tribunal de arbitraje. A este respecto, el apartado I del precepto indica que, una vez registrada la solicitud, “se procederá lo antes posible a la constitución del Tribunal de Arbitraje” (en el mismo sentido, Regla de Arbitraje I.1). La constitución del Tribunal de Arbitraje tendrá lugar en la fecha en que el Secretario General notifique a las partes que todos los árbitros han aceptado su nombramiento (Regla de Arbitraje 6.1).

Por lo general, el Tribunal se constituye según lo acordado por las partes. En este caso, el Tribunal se compone de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes (art. 37.2.a del Convenio). Puede darse el caso también de que exista un acuerdo previo respecto al número de árbitros y al

16 A este respecto, afirma Álvarez Ávila, G. “El arbitraje del CIADI bajo las nuevas reglas de arbitraje en vigor a partir de abril de 2006”, cit., 686, que “el solicitante debe abordar en su solicitud todos los aspectos relativos a la jurisdicción del Centro, a saber: si la operación en cuestión constituye una inversión conforme al Convenio; si se trata de una diferencia jurídica relativa a una inversión; la nacionalidad del inversionista, e indicar si se trata de un inversionista de un Estado contratante; indicar que la contraparte es un Estado contratante (o una subdivisión política u organismo público); la base del consentimiento de las partes al arbitraje”.

método de constitución del Tribunal, siendo lo habitual indicarlo en la solicitud de arbitraje¹⁷ (ver en este sentido la Regla de Arbitraje 1.2).

No obstante, puede ocurrir que las partes no lleguen a un acuerdo en lo que al número de árbitros y modo de designación se refiere. En este supuesto, la Regla de Arbitraje 2.3 remite al art. 37.2.b) del Convenio, que prevé que el Tribunal se constituya por tres árbitros, designados del siguiente modo: cada parte nombrará uno, y el tercero (que presidirá el Tribunal) será nombrado de común acuerdo.

El art. 38 del Convenio, por su parte, contiene una regla para completar la constitución del Tribunal en los casos en que se dilate excesivamente aquélla. Así, señala el precepto que, si el Tribunal no se hubiera constituido dentro de los 90 días siguientes a la fecha del envío de la notificación del acto de registro (o dentro de cualquier otro plazo que las partes acuerden), "el Presidente, a petición de cualquiera de éstas y, en lo posible, previa consulta a ambas partes, deberá nombrar el árbitro o los árbitros que aún no hubieren sido designados"¹⁸. Los árbitros nombrados por el Presidente del Consejo Administrativo no podrán ser nacionales del Estado parte en la diferencia, ni del Estado cuyo nacional sea parte en la diferencia.

En la práctica, el Presidente del Consejo Administrativo ha tenido que nombrar árbitros en diversas ocasiones, como consecuencia, generalmente, de que una parte no nombra un árbitro, o de que las partes no se ponen de acuerdo respecto al nombramiento del presidente del Tribunal de arbitraje¹⁹.

Por otra parte, en caso de que los árbitros no hubieren sido designados mediante acuerdo de las partes, "La mayoría de los árbitros no podrá tener la nacionalidad del Estado Contratante parte en la diferencia, ni la del Estado a que pertenezca el nacional del otro Estado Contratante"²⁰ (art. 39 del Convenio). La norma, como resulta lógico, tiene por objeto evitar que pudiera llegar a resquebrajarse la garantía de la imparcialidad de los árbitros por razón de su nacionalidad.

Un último apunte procede hacer en esta sede. El art. 40.I del Convenio faculta a las partes a nombrar árbitros que no se encuentren comprendidos en la Lista de árbitros, pero en el supuesto de que deba nombrarlos el Presidente del Consejo Administrativo necesariamente deberán pertenecer a la Lista de árbitros.

17 Álvarez Ávila, G. "El arbitraje del CIADI bajo las nuevas reglas de arbitraje en vigor a partir de abril de 2006", cit., 687.

18 V. en este sentido la Regla de Arbitraje 4.1, que añade que el Presidente del Consejo Administrativo, además de nombrar los árbitros que no hubieren sido designados, deberá designar a uno de ellos para que actúe como Presidente del Tribunal.

19 Álvarez Ávila, G. "El arbitraje del CIADI bajo las nuevas reglas de arbitraje en vigor a partir de abril de 2006", cit., 689.

20 La Regla de Arbitraje 1.3 se pronuncia en el mismo sentido, si bien precisa, como excepción a la regla, el caso en que "que el árbitro único o cada uno de los miembros del Tribunal sean nombrados de común acuerdo por las partes".

En fin, los árbitros nombrados que no pertenezcan a la Lista de árbitros deberán reunir igualmente las cualidades previstas en el art. 14.1 (art. 40.2 del Convenio), que ya expuse en su momento.

a) Sustitución de árbitros.

El Tribunal de arbitraje o la Comisión constituida a fin de conocer de la petición de anulación de un laudo (que posteriormente explicaré), son invariables, en el sentido de que, una vez iniciado el procedimiento, su constitución permanecerá inalterable (art. 56.1 del Convenio).

En caso de producirse una vacante por muerte, incapacidad o renuncia de un árbitro, deberá cubrirse en la forma prevista en los arts. 37 a 40 (arts. 56.1, *in fine*, del Convenio y Regla de Arbitraje 11.1). Por otra parte, si un árbitro, nombrado por una de las partes, renuncia sin el consentimiento de la Comisión o Tribunal de que forma parte, el Presidente del Consejo Administrativo nombrará, de entre los que integran la correspondiente lista, la persona que deba sustituirle (arts. 56.3 del Convenio y Regla de Arbitraje 11.2.a).

b) Recusación de árbitros.

Cualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión o Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros, en caso de no concurrir en alguno de ellos las cualidades exigidas por el art. 14.1 del Convenio (art. 57 del Convenio).

Las partes en el procedimiento de arbitraje podrán, asimismo, proponer la recusación de un árbitro por las causas establecidas en los arts. 38 y 39 (art. 57, *in fine*, del Convenio).

La propuesta de recusación deberá presentarse sin demora al Secretario General, y en todo caso antes de que se cierre el procedimiento, indicando la parte las causas en que la funde (Regla de Arbitraje 9.1).

Por último, la decisión sobre la recusación de un árbitro se adoptará por los demás miembros de la Comisión o Tribunal, según los casos, pero, en caso de existir empate de votos o tratarse de la recusación de un árbitro único, o de la mayoría de los miembros de una Comisión o Tribunal, corresponderá resolver al Presidente del Consejo Administrativo (art. 58 del Convenio).

El Presidente, cuando deba decidir sobre una propuesta de recusación de un árbitro, hará lo posible para tomar la decisión dentro de los 30 días siguientes al día en que haya recibido la propuesta (Regla de Arbitraje 9.5), paralizándose, durante ese plazo y hasta que se tome una decisión sobre la propuesta, el procedimiento (Regla de Arbitraje 9.6).

Si la recusación fuere estimada, el árbitro afectado deberá ser sustituido en la forma prevista en los arts. 37 a 40 (art. 58, *in fine*, del Convenio).

C) Competencia y funciones del Tribunal de arbitraje.

El art. 41.1 del Convenio establece la obligación inicial del Tribunal de determinar si tiene competencia para conocer del asunto que se le presenta²¹. Igualmente, "Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión" (art. 41.2 del Convenio).

En lo relativo a la sustanciación del procedimiento de arbitraje, el art. 42.1 del Convenio establece las normas que han de regir la resolución del conflicto, a saber: a) el Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes; b) subsidiariamente, en caso de faltar el referido acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

No obstante, el art. 42.3 del Convenio habilita al Tribunal a decidir la controversia (si las partes así lo acuerdan) *ex aequo et bono*, es decir, en equidad.

En cuanto a la aportación de documentos y pruebas, el art. 43 del Convenio prevé que el Tribunal, salvo que las partes dispongan otra cosa, pueda en cualquier momento del procedimiento: a) solicitar de las partes la aportación de documentos o de cualquier otro medio de prueba; y b) trasladarse al lugar en que se produjo la diferencia y practicar en él las diligencias de prueba que considere pertinentes.

El art. 45.1 del Convenio, por su parte, afirma que "El que una parte no comparezca en el procedimiento o no haga uso de su derecho, no supondrá la admisión de los hechos alegados por la otra parte ni allanamiento a sus pretensiones" (ver en el mismo sentido la Regla de Arbitraje 42.3, *in fine*). El tenor del precepto es confuso, pues no parece regular en puridad una situación de rebeldía, al no excluir a la parte demandante (algo que queda refrendado por la Regla de Arbitraje 42.1). No obstante, del propio tenor literal de aquél (con frases como "admisión de los hechos alegados por la otra parte" o "allanamiento a sus pretensiones") parece desprenderse que se está pensando en la demandada como parte no compareciente.

21 Álvarez Ávila, G.: "El arbitraje del CIADI bajo las nuevas reglas de arbitraje en vigor a partir de abril de 2006", cit., 691, señala, en este sentido, que "Uno de los poderes más importantes es que el Tribunal resuelve sobre su propia competencia, es lo que se conoce como *kompetenz-kompetenz* en alemán, y es un poder reconocido a toda institución de carácter judicial".

En caso de que una parte no compareciere o no hiciera uso de su derecho, podrá la otra parte, en cualquier estado del procedimiento, instar del Tribunal que resuelva los puntos controvertidos y dicte el laudo (art. 45.2 del Convenio y Regla de Arbitraje 42.1). Con anterioridad a la emisión del laudo, el Tribunal concederá un período de gracia a la parte que no haya comparecido o no haya hecho uso de sus derechos, salvo que esté convencido que dicha parte no tiene intenciones de hacerlo (art. 45.2, *in fine*, del Convenio y Regla de Arbitraje 42.2).

En cuanto al funcionamiento del Tribunal de arbitraje, hay que hacer notar que deberá celebrar su primera sesión en el plazo de 60 días después de constituirse, salvo que las partes acuerden otra cosa (Regla de Arbitraje 13.1). El Secretario General notificará con la debida antelación a los miembros del Tribunal y a las partes las fechas y el lugar de las sesiones del Tribunal (Regla de Arbitraje 13.4). Respecto a la dinámica de las sesiones del Tribunal, es su Presidente quien dirige sus audiencias y preside sus deliberaciones (Regla de Arbitraje 14.1), además de fijar el día y hora de las reuniones²² (Regla de Arbitraje 14.3). Las deliberaciones deberán realizarse en privado y serán secretas²³ (Regla de Arbitraje 15.1), sin que pueda tomar parte en ellas otra persona distinta de los miembros del Tribunal, salvo en los casos en que éste así lo autorice (Regla de Arbitraje 15.2).

En fin, cabe la posibilidad de que el Tribunal, a la vista de las circunstancias, recomiende la adopción de aquellas medidas provisionales²⁴ que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes, salvo acuerdo en contrario de éstas (art. 47 del Convenio). La solicitud por la que se pide al Tribunal que recomiende la adopción de medidas provisionales deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas (Regla de Arbitraje 39.1). El Tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o bien

22 En caso de quedar incapacitado el Presidente del Tribunal para realizar sus funciones, éstas serán asumidas por uno de los restantes miembros del Tribunal, "actuando en el orden en que el Secretario General haya recibido la notificación de su aceptación del nombramiento para integrar el Tribunal" (Regla de Arbitraje 17).

23 La cuestión de la confidencialidad ha sido puesta en tela de juicio en la actualidad. Así, Fernández Masía, E. "¿Es compatible la confidencialidad con el arbitraje en inversiones extranjeras? Hacia una mayor transparencia y participación de terceros en los procedimientos arbitrales inversor-Estado". *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje* (2007). Vol. 19, 1º, 2-3, advierte que "La confidencialidad del procedimiento arbitral es actualmente una de las mayores críticas con las que se enfrenta el arbitraje internacional, y más en concreto cuando se trata de resolver las controversias entre Estados y particulares en materia de inversiones. Ello se debe no sólo a las lógicas obligaciones de publicidad de los actos gubernamentales derivadas del Ordenamiento interno de dicho Estado, sino de forma muy especial a los intereses públicos que se ven a menudo comprometidos en el desarrollo de los litigios o al menos en su resultado final". La confidencialidad del arbitraje, implica, como señala el propio autor (p. 2), "que el procedimiento arbitral es totalmente privado, en el sentido de que las audiencias y debates han de celebrarse a puerta cerrada. Pero además conlleva que todos los documentos procesales originados por las partes así como todas las resoluciones del tribunal y el laudo no pueden salir del ámbito privado y hacerse públicos".

24 En este sentido, Álvarez Ávila, G. "El arbitraje del CIADI bajo las nuevas reglas de arbitraje en vigor a partir de abril de 2006", cit., 693, afirma que "A diferencia de otros sistemas de arbitraje, este poder [el de recomendar la adopción de medidas provisionales] recae exclusivamente en el Tribunal, es decir las partes no pueden acudir a las cortes nacionales para solicitar estas medidas, ni siquiera antes de la constitución del Tribunal".

recomendar medidas distintas de las solicitadas por las partes, pudiendo, asimismo, modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento (Regla de Arbitraje 39.3).

D) El laudo.

Los arts. 48 a 55 del Convenio regulan las cuestiones relativas a la emisión del laudo y a sus vicisitudes. A fin de una mayor claridad expositiva, desgantaré las diferentes cuestiones en subapartados.

a) Emisión.

El Tribunal de arbitraje decidirá todas las cuestiones por mayoría simple de sus miembros (arts. 48.1 del Convenio y Regla de Arbitraje 16.1). El laudo que recoja la decisión del Tribunal deberá emitirse por escrito, y llevará la firma de los miembros del Tribunal que hayan votado a su favor (art. 48.2 del Convenio y Regla de Arbitraje 47.2). Los árbitros podrán formular un voto particular; estén o no de acuerdo con la mayoría, o manifestar su voto contrario si disienten de ella (art. 48.4 del Convenio y Regla de Arbitraje 47.3).

Por otra parte, el contenido del laudo deberá referirse a todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal, y, asimismo, deberá estar motivado (art. 48.3 del Convenio).

En cuanto al plazo para dictarlo, deberá formularse y firmarse “dentro de 120 días después del cierre del procedimiento. Sin embargo, el Tribunal podrá ampliar este plazo por 60 días más, si de lo contrario no pudiere formular el laudo” (Regla de Arbitraje 46). El laudo se considerará dictado en la fecha en que se hayan despachado las copias certificadas del mismo a las partes (Regla de Arbitraje 48.2).

Al contenido del laudo se refiere la Regla de Arbitraje 47.1, que exige que el laudo contenga los siguientes extremos: a) la identificación precisa de cada parte; b) una declaración de que el Tribunal ha sido constituido de conformidad con lo dispuesto en el Convenio, y una descripción del método de su constitución; c) los nombres de los miembros del Tribunal, y la identificación de la persona que designó a cada uno; d) los nombres de los apoderados, consejeros y abogados de las partes; e) las fechas y lugares en que tuvieron lugar las reuniones del Tribunal; f) un resumen del procedimiento; g) un resumen de los hechos, a juicio del Tribunal; h) las pretensiones de las partes; i) la decisión del Tribunal sobre cada cuestión que le haya sido sometida, junto con las razones en que funda su decisión; y j) la decisión del Tribunal sobre las costas procesales.

b) *Aclaración, revisión y anulación.*

En lo que respecta a la *aclaración*, el art. 50.1 del Convenio afirma que “Si surgiere una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo, cualquiera de ellas podrá solicitar su aclaración mediante escrito dirigido al Secretario General”. La solicitud de aclaración deberá ser dirigida al mismo Tribunal que dictó el laudo, y, en caso de no ser posible, se constituirá un nuevo Tribunal a tales efectos (art. 50.2 del Convenio). Si el Tribunal considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la aclaración (art. 50.2, *in fine*, del Convenio).

El contenido de la solicitud de aclaración viene regulado en la Regla de Arbitraje 50.1, que establece una serie de extremos comunes a las solicitudes de aclaración, revisión y anulación, y un contenido específico para cada una de ellas. Así, todas las solicitudes (tanto de aclaración como de revisión y anulación) deberán: a) identificar el laudo de que se trata; b) indicar la fecha de la solicitud; c) ir acompañada del pago del derecho de registro de la solicitud; y, como requisito específico, deberá d) detallar los puntos precisos sobre los cuales hay diferencia.

Del mismo modo, cualquiera de las partes podrá pedir la *revisión* del laudo, mediante escrito dirigido al Secretario General, con base en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, y siempre que: a) al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión; y b) que el desconocimiento de la parte que inste la revisión no se deba a su propia negligencia (art. 51.1 del Convenio).

El plazo para presentar la solicitud de revisión es de 90 días a contar desde el momento del descubrimiento del hecho, sin que, en ningún caso, la solicitud pueda presentarse excedidos los 3 años siguientes a la fecha de emisión del laudo (art. 51.2 del Convenio).

Como ocurría con la aclaración, la solicitud de revisión deberá ser dirigida al mismo Tribunal que dictó el laudo, y, en caso de no ser posible, se constituirá un nuevo Tribunal a tales efectos (art. 51.3 del Convenio). Si el Tribunal considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la revisión (art. 51.4 del Convenio). Del mismo modo, la suspensión de la ejecución del laudo puede ser solicitada por la parte en su solicitud de revisión, en cuyo caso la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que el Tribunal decida sobre dicha petición (art. 51.4, *in fine*, del Convenio).

En cuanto al contenido, la solicitud de revisión, conforme a la Regla de Arbitraje 50.1, deberá: a) identificar el laudo de que se trata; b) indicar la fecha de la solicitud; c) ir acompañada del pago del derecho de registro de la solicitud; y, como requisito

específico, deberá d) detallar los cambios que se pretenden del laudo y establecer que el conocimiento de algún hecho es de naturaleza tal que afectará decisivamente el laudo y que cuando se dictó el laudo dicho hecho no era de conocimiento del Tribunal ni del solicitante y que la ignorancia del solicitante sobre dicho hecho no se debió a su negligencia.

Toca ahora referirse a la *anulación* del laudo, que, a semejanza de lo que sucede en el caso de la aclaración y la revisión, puede ser instada por cualquiera de las dos partes mediante escrito dirigido al Secretario General. Dicho escrito deberá estar fundado en alguna/s de las siguientes causas²⁵, que constituyen un listado *numerus clausus*: a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente²⁶; b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades²⁷; c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal²⁸; d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento²⁹; o e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde³⁰ (art. 52.I del Convenio).

El plazo para presentar la solicitud de anulación es de 120 días a contar desde la fecha de dictarse el laudo. Si la causa alegada fuese la prevista en la letra c) del art. 52.I del Convenio (es decir, la corrupción de algún miembro del Tribunal), el referido plazo de 120 días comenzará a correr desde el descubrimiento del hecho pero, en

- 25 Como acertadamente señala Cordero Arce. G. "Anulación de laudos arbitrales en el CIADI", cit., 223, de la lectura del listado de causas se deduce que "la anulación sólo está destinada a velar por la legitimidad del proceso de decisión, y no le concierne la corrección sustantiva del fallo, a diferencia de lo que ocurre en el caso de una apelación".
- 26 Afirma Cordero Arce. G. "Anulación de laudos arbitrales en el CIADI", cit., 227, que el iter legislativo del precepto revela que esta causa "fue diseñada para casos como el de falta de un acuerdo entre las partes, falta de cumplimiento de los requisitos de nacionalidad o la existencia de algún otro impedimento respecto de los árbitros".
- 27 Es el acuerdo de las partes de someter sus diferencias a arbitraje el que establece los límites de la jurisdicción del tribunal. Siguiendo a Cordero Arce. G. "Anulación de laudos arbitrales en el CIADI", cit., 228, los casos en que las comisiones *ad hoc* han conocido de solicitudes de anulación fundadas en esta causa pueden reconducirse a dos categorías: (i) falta, exceso o no ejercicio de su jurisdicción por un tribunal, y (ii) no aplicación por el tribunal de la ley aplicable. Por otro lado, en relación con el carácter manifiesto de la extralimitación, se ha de entender que se refiere, no a la gravedad del exceso, sino a la facilidad con la que se advierte dicha extralimitación (229).
- 28 Respecto de esta causa, Cordero Arce. G. "Anulación de laudos arbitrales en el CIADI", cit., 240, indica que "La Regla de Arbitraje 6 también establece que los árbitros deben adjuntar una declaración sobre su experiencia profesional, de negocios y otras relaciones (de haberlas) que hayan tenido o tengan con las partes. Una declaración falsa o incompleta a este respecto no necesariamente servirá para acreditar corrupción del árbitro en cuestión. Habrá corrupción en cuanto la relación omitida pueda haber influido en la decisión del árbitro".
- 29 Cordero Arce. G. "Anulación de laudos arbitrales en el CIADI", cit., 240-241, pone de manifiesto la diferencia existente entre los textos en inglés y francés y la versión en castellano. Mientras los primeros hablan de grave quebrantamiento de una norma *fundamental* de procedimiento, la versión en castellano únicamente se refiere a la gravedad del quebrantamiento de la norma de procedimiento, sin hacer calificación alguna de ésta. No obstante, según apunta el autor, "debe entenderse que la anulación sólo es procedente en caso de quebrantamiento grave de una norma *fundamental* de procedimiento".
- 30 En fin, en relación con esta causa, Cordero Arce. G. "Anulación de laudos arbitrales en el CIADI", cit., 245, afirma que con ella "Se exige que el tribunal exprese los motivos en que funda su fallo pues de este modo las partes pueden entender cómo y por qué el tribunal adoptó su determinación". Se trata de la causa de anulación más invocada, pues "Ofrece las mayores posibilidades para atacar los vicios en el laudo, por lo que aparece como la causal más asequible". No obstante, continúa el autor, "es también la causal en que existe más riesgo de caer en un examen de carácter sustantivo del laudo y por ende, de traspasar la delgada línea que separa la anulación de la apelación".

todo caso, la solicitud deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo (art. 52.2 del Convenio).

Por su parte, la solicitud de anulación del laudo, conforme a la Regla de Arbitraje 50.1, deberá: a) identificar el laudo de que se trata; b) indicar la fecha de la solicitud; c) ir acompañada del pago del derecho de registro de la solicitud; y, como requisito específico, deberá d) detallar las causas en que se funda. Estas causas únicamente podrán ser: i) que el Tribunal no estuvo debidamente constituido; ii) que el Tribunal ha excedido manifiestamente sus atribuciones; iii) que hubo corrupción de parte de un miembro del Tribunal; iv) que hubo una violación seria de una regla fundamental de procedimiento; y v) que el laudo no ha dejado constancia de las razones en que se funda.

La anulación del laudo corresponderá a una Comisión *ad hoc* constituida por el Presidente del Consejo Administrativo. Dicha Comisión estará compuesta por tres personas seleccionadas de la Lista de árbitros, con las siguientes prohibiciones: a) ninguno de los miembros de la Comisión podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo; b) tampoco podrán ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal; c) del mismo modo, no podrán tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado a que pertenezca el nacional que también sea parte en ella; d) en fin, no podrán haber sido designados para integrar la Lista de árbitros por cualquiera de aquellos Estados ni haber actuado como conciliadores en la misma diferencia (art. 52.3 del Convenio).

La Comisión constituida observando las directrices anteriores tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas en el art. 52.1 (art. 52.3, *in fine*, del Convenio).

También, de la misma forma que en el caso de la aclaración y de la revisión, si la Comisión considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la anulación (art. 52.5 del Convenio). Por otro lado, si la parte pidiere la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que la Comisión dé su decisión respecto a tal petición (art. 52.5, *in fine*, del Convenio).

Por último, para el caso de ser anulado el laudo, la controversia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal, que deberá constituirse de conformidad con lo dispuesto en los arts. 37 a 40 (arts. 52.6 del Convenio y Regla de Arbitraje 55.1). La solicitud en tal sentido deberá ser presentada por escrito al Secretario General, y deberá: a) identificar el laudo de que se trata; b) indicar la fecha de la solicitud; c) explicar en detalle qué aspecto de la diferencia ha de someterse al Tribunal; e d) ir acompañada del derecho de registro de la solicitud (Regla de Arbitraje 55.1).

Si se hubiere anulado el laudo original sólo en parte, el nuevo Tribunal no reconsiderará parte alguna del laudo que no hubiere sido anulada, si bien podrá, de conformidad con el procedimiento establecido en la Regla 54, suspender o mantener la suspensión de la ejecución de la parte no anulada del laudo hasta la fecha en que dicte su propio laudo (Regla de Arbitraje 55.3).

c) *Reconocimiento y ejecución.*

El laudo emitido será obligatorio para las partes, quienes no podrán interponer apelación ni ningún otro recurso, salvo los supuestos ya analizados³¹. Así pues, las partes acatarán y cumplirán el laudo en todos sus términos, salvo aquellos casos en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en el Convenio (art. 53.1 del Convenio).

El art. 53.2 del Convenio precisa que, a efectos de su reconocimiento y ejecución, el término 'laudo' incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según lo dispuesto en los arts. 50, 51 y 52.

El art. 54.1 del Convenio, por su parte, se refiere al reconocimiento y a la ejecución del laudo. Afirma, en este sentido, que cada uno de los Estados contratantes reconocerá al laudo dictado siguiendo lo dispuesto en el Convenio carácter obligatorio, y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El inciso final del precepto añade que, en caso de que algún Estado contratante se rija por una constitución federal, podrá dicho Estado hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.

Se observa, a la luz del precepto, que el reconocimiento y la ejecución de los laudos CIADI no precisan de ningún control previo ni procedimiento de homologación (como sería el exequátur). Así pues, "se considera que el Laudo CIADI está exento de la necesidad de exequátur, y particularmente, no le es de aplicación el régimen general de reconocimiento y ejecución de Laudos extranjeros, que para la mayoría

31 En este sentido, Claros Alegría, P. "El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)", cit., 251, considera que "Lógicamente, si no existe posibilidad de control o revisión por parte de ninguna autoridad judicial nacional, el Convenio tiene que articular algún mecanismo propio y autónomo de posible revisión del Laudo. Así, el Convenio regula la posibilidad de solicitud de aclaración del Laudo (art. 50), de revisión sobre la base de hechos nuevos (art. 51), y de anulación (art. 52)".

No hay que confundir, no obstante, apelación con anulación. A este respecto, afirma Cordero Arce, G. "Anulación de laudos arbitrales en el CIADI", cit., 223, que los efectos de una y otra son distintos, pues "Una apelación exitosa resulta en la modificación del laudo, en tanto que una solicitud de anulación que es acogida resulta en la invalidación del laudo. Frente a una solicitud de anulación, la comisión *ad hoc* sólo puede optar entre invalidar el laudo (total o parcialmente) o dejarlo intacto. En caso de que decida anular el laudo, la comisión no puede sustituir el laudo anulado por uno nuevo o modificarlo".

de los países está gobernado por la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de junio de 1958 (Convenio de Nueva York)³².

Cuando una parte quiera instar el reconocimiento o ejecución del laudo en otro Estado contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designada por dicho Estado contratante a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General (art. 54.2 del Convenio). La designación de tales tribunales o autoridades competentes para el reconocimiento o ejecución del laudo, y cualquier modificación posterior que a este respecto se produzca, será notificada por los Estados contratantes al Secretario General (art. 54.2, *in fine*, del Convenio).

Por último, hay que hacer notar que el laudo se ejecutará siguiendo el procedimiento de ejecución de sentencias vigente en los territorios en que dicha ejecución se pretenda (art. 54.3 del Convenio)

32 Claros Alegria, P. "El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)", cit., 249.

LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD EN INTERNET:
EL CÓDIGO ESPAÑOL PAOS EN MATERIA DE ALIMENTACIÓN
COMO PARADIGMA DE BUENAS PRÁCTICAS *

THE PROTECTION OF MINORS ON THE INTERNET:
THE SPANISH CODE PAOS IN THE AREA OF FOOD AS A
PARADIGM OF GOOD PRACTICES

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 204-249

* Este trabajo forma parte del Proyecto de investigación FONDECYT N° 11130188, del que el autor es Investigador Principal.



David
LÓPEZ
JIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de diciembre de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 23 de febrero de 2014

RESUMEN: Los menores de edad, en la actualidad, cada vez en mayor medida hacen uso de Internet. En dicho canal se promocionan numerosos bienes y/o servicios. Uno de los productos progresivamente más publicitados, de manera virtual, son los alimentos dirigidos a tal colectivo. De hecho, gran parte de estos bienes pueden no ser positivos para su salud. Por todo ello, con carácter general, debe asegurarse la tutela integral de tal colectivo en la red de redes y, en particular, en el caso de la alimentación dirigida a los mismos. A tal fin, se han aprobado un elenco de normas legales que son objeto de complemento (que no sustitución) en virtud de la autorregulación del sector. En esta última puede considerarse el código de conducta PAOS que representa un referente sobre la materia.

PALABRAS CLAVE: Alimentación, consumidores, menores, publicidad, salud.

ABSTRACT: Minors, today, are increasingly using the Internet. In this channel, many goods and/or services are promoted. One of the most advertised products, in a virtual way, are the foods, which aim to this group. In fact, much of these goods can be not positive for a good health. Therefore, in general, it must be ensured comprehensive protection of this group in the network of networks, and particularly in the case of feeding. In order to get this, it has been approved a group of legal rules that form a complement (not a substitute) according to the self-regulation of the sector. In this sense, it can be considered the code of conduct PAOS, which represents a reference on the subject.

KEY WORDS: Feeding, consumers, minors, advertising, health.

SUMARIO: I. Introducción. II. La tutela del menor de edad en el marco digital en el caso concreto de España. 1. La publicidad de los prestadores de servicios hacia tal colectivo en el ámbito de la alimentación: especiales cautelas que deben contemplarse. 2. Contenidos no deseados, nocivos e ilícitos: desde la teoría general a la alimentación en el plano virtual. 3. A propósito de la utilidad de los filtros de control parental. 4. La capacidad en el espacio electrónico. III. Virtualidad de la autorregulación como sugerente complemento (que no alternativa) de la normativa legal imperante. 1. Concepto. 2. Presupuestos. 3. Eficacia. 4. Autocontrol de la Publicidad como sistema ejemplar sobre la materia. IV. El Código de Corregulación de la Publicidad de Alimentos y Bebidas dirigida a menores, Prevención de la Obesidad y Salud (Código PAOS). 1. Orígenes. 2. Contenido: análisis de su articulado. 3. Gestión y verificación. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías evolucionan a una velocidad vertiginosa y, a fecha de hoy, nada parece indicar que vaya a frenarse el ritmo al que se crean, sino, más bien, todo lo contrario, poniéndose a disposición de los usuarios nuevas prestaciones y servicios. En relación a estos últimos, cabe manifestar que la tecnología alcanza cada vez más escenarios de la vida social. *A sensu contrario*, son muy pocos los ámbitos de la vida cotidiana a los que, de una u otra manera, la tecnología no ha llegado. De hecho, podemos afirmar que las nuevas tecnologías se han convertido en un aliado muy eficaz del día a día¹. Aunque tales avances suelen tener, como regla general, como destinatarios a la mayor parte de la población, existen supuestos en los que, con el fin de evitar eventuales perjuicios, se establecen determinadas medidas de precaución. Este es, precisamente, el caso de los menores de edad. Y es que, como es natural, los menores de edad, como tales, presentan ciertas cualidades, inherentes a su incipiente desarrollo físico y mental, que en ningún caso deberán ser aprovechadas para fines espurios. Nos encontramos, qué duda cabe, ante un colectivo fácilmente influenciable.

¹ Su importancia es tan significativa que, como no podía ser de otro modo, las exposiciones de motivos o preámbulos normativos así lo señalan. En esta línea, a título de ejemplo, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos dispone que “las tecnologías de la información y las comunicaciones están afectando también muy profundamente a la forma e incluso al contenido de las relaciones de los seres humanos entre sí y de las sociedades en que se integran”.

• David López Jiménez

Doctor (con mención europea) en Derecho por la Universidad de Sevilla (España) con la calificación de sobresaliente cum laude (por unanimidad del Tribunal) y por la Universidad Rey Juan Carlos (España), con la misma calificación. Es Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Chile y autor de numerosas publicaciones, nacionales e internacionales, siendo actualmente Investigador Principal del Proyecto de investigación FONDECYT N° 11130188. Entre sus líneas de investigación destaca la relativa a los problemas jurídicos asociados con el uso de las nuevas tecnologías. Correo electrónico: david.lopez@uautonoma.cl.

Sin embargo, el comercio electrónico y, por consiguiente, las actividades que se engloban dentro del mismo, pueden incluir contenidos o ser el medio canalizador de actuaciones que constituyan actuaciones perjudiciales para el colectivo de los menores de edad. Consciente de tal circunstancia, el legislador, comunitario y español (sobre todo a impulsos del primero), ha aprobado, por un lado, diferentes normas legales y, por otro, la propia normativa alude a la necesidad de que los códigos de conducta que, en materia de comercio electrónico –en sentido amplio-, se aprueben, aborden la cuestión que examinamos. En otros términos, la normativa legal persigue que la propia industria se autorregule.

Como podemos apreciar, incide en la necesidad de afrontar la protección del colectivo de los menores de edad a través de dos grandes grupos de medidas. Por un lado, en virtud de la normativa legal aprobada al respecto², y, por otro, mediante los códigos de conducta elaborados por los particulares que, como acabamos de manifestar, son objeto de fomento por la propia legislación³. En efecto, los arts. 16.1.e) de la Directiva europea 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior –DCE-, y el 18.2, en su párrafo segundo, de la Ley española 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico –LSSI-CE-, establecen la necesidad de fomentar los códigos de conducta que, entre otros contenidos, aborden, en diferentes ámbitos, la protección de los menores de edad. En el caso concreto de la alimentación, podemos referirnos al art. 45 de la Ley española 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición que indica que el Estado, para alcanzar un más amplio control de la aplicación de la normativa vigente, por parte de los operadores económicos y profesionales de la publicidad, deberá favorecer el desarrollo de sistemas de regulación facultativa o voluntaria⁴. Asimismo, habrá de facilitar su implantación, fomentando su presencia

2 La salvaguarda del menor se encuentra presente en diversos textos de alcance comunitario. En este sentido, por ejemplo, cabe considerar el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dedicado precisamente a la tutela de tal colectivo. En su literalidad, el citado precepto, dispone que: "1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses".

3 En cualquier caso, el fomento de tales figuras también ha sido objeto por parte de otros instrumentos comunitarios. En el caso que comentamos, cabe, por ejemplo, referirse al Libro Blanco de la Comisión Europea, relativo a la Estrategia Europea sobre Problemas de Salud relacionados con la alimentación, el sobrepeso y la obesidad, de 30 de mayo de 2007; y la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2010, sobre los efectos de la publicidad en el comportamiento de los consumidores.

4 Ahora bien, en el supuesto de los menores de 15 años de edad, el art. 46 de la Ley 17/2011, determina que, si en el plazo de un año desde su entrada en vigor, no se hubieran aprobado códigos de buenas prácticas que regulen la publicidad de alimentos y bebidas, dirigidas a este colectivo, con el objetivo de prevenir la obesidad y fomentar hábitos saludables, el Estado establecerá, de forma reglamentaria, las normas que disciplinen tales comunicaciones comerciales. Todo ello con el objetivo de tutelar la infancia y la juventud. Como puede apreciarse, de no autorregularse la industria, el propio sector público tendrá capacidad para intervenir.

cuando los sistemas de autodisciplina cumplen los presupuestos presentes en la Ley española de competencia desleal.

Este último colectivo –los menores- deben ser objeto de especial atención en diversos escenarios con incidencia en Internet, cuales son, con carácter general, los siguientes: la capacidad contractual, la privacidad y los contenidos o actividades publicitarias presentes en la Red –art. 3.a) Ley española 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP), art. 4 Ley española 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor y el art. 96.4 Real Decreto Legislativo español 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (TRLGDCU)-. Tales usuarios, acostumbrados a emplear Internet como instrumento de entretenimiento y formación, navegan por la Red con singular soltura y destreza. Sin embargo, a su vez, son los destinatarios más vulnerables e influenciables frente a los mensajes publicitarios presentes en la Red⁵. Aunque los bienes y/o servicios promocionados en la Red pueden versar sobre numerosas materias, en el presente supuesto, nos centraremos en el caso de los alimentos. Esta cuestión se encuentra poco abordada por la doctrina científica, por lo que el presente estudio vendría a cubrir tal vacío.

Si bien los códigos éticos o deontológicos en materia de nuevas tecnologías constituyen una figura relativamente reciente, despliegan altos niveles de eficacia en diferentes sectores susceptibles de incardinarse en el ámbito que comentamos. Una de las materias reglamentadas, en el articulado de los mismos, es, precisamente, la vinculada con la protección de los menores de edad en los distintos espacios en los que los mismos pueden actuar en Internet. Como seguidamente veremos, existen numerosas actividades vinculadas, directa o indirectamente, con la Red que son susceptibles de afectar a los menores de edad. En efecto, pueden visionar la publicidad difundida en Internet, iniciar relaciones contractuales con los prestadores de servicios de la sociedad que operan en Internet y verse inmersos en diferentes actividades, promocionales o no, que busquen hacerse con ciertos datos personales de los menores de edad e, incluso, de otros miembros de la familia de los que los mismos formen parte. Todo ello a propósito de productos alimenticios dirigidos de manera preferente a este colectivo, si bien también puede acontecer en otros supuestos.

Es cierto que la normativa⁶ trata de proteger al menor de edad en numerosos ámbitos, como los apuntados, si bien, todo hay que decirlo, resulta ser ciertamente

5 Fernando Magarzo, M. R. "La protección de los menores en la publicidad", *Revista Autocontrol* (2001), 55; Ramón Fernández, F. "El menor como consumidor de información y su protección en la diversa legislación". En AAVV. *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*. Valencia (2008): Tirant lo Blanch, 125-140.

6 El Derecho comparado pone de relieve la existencia de ciertas leyes, como la de México –Ley Federal de Radio y Televisión-, que tienen como fin disciplinar la publicidad específicamente dirigida al público infantil, estableciendo ciertos parámetros de tutela.

limitada y notablemente desactualizada respecto a los rápidos avances que, en relación a Internet, se suscitan. Tales restricciones resultan superadas mediante el recurso a los códigos de conducta, dado que, como veremos, el articulado relativo a la protección de los menores de edad presenta un contenido, además de suficientemente completo, en constante y rápido proceso de actualización, lo que incluye a los productos de carácter alimenticio. Dentro del elenco de códigos de conducta que, en la actualidad, imperan, en el ámbito que abordaremos, hay uno que ciertamente merece nuestra atención. Nos referimos al código PAOS (código de autorregulación de la publicidad de alimentos dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud) al que dedicaremos una parte relevante de nuestra investigación⁷. Igualmente, nos detendremos en el examen del organismo encargado de su verificación cual es el del Jurado de Autocontrol de la Publicidad.

II. LA TUTELA DEL MENOR DE EDAD EN EL MARCO DIGITAL EN EL CASO CONCRETO DE ESPAÑA

Tanto las actuaciones realizadas en Internet dirigidas a la promoción publicitaria de bienes y/o servicios, entre las que ocupa un lugar destacado la alimentación para el menor de edad⁸, como las propias actividades susceptibles de dar lugar a la perfección del contrato electrónico⁹ -no en vano algunas cadenas dedicadas a la venta de comida rápida¹⁰ disponen de la posibilidad de vender el producto de manera on-line-, deben velar por el respeto de ciertos colectivos, entre los que naturalmente destacan los menores de edad.

Aunque es cierto que determinadas acciones publicitarias tienen como principales destinatarios a los menores de edad –como son los alimentos dirigidos a los mismos–, otras pueden visualizarse por los propios menores, sin estar, en modo alguno, específicamente encauzados a los mismos. Tales campañas, en ocasiones, podrán presentar contenidos nocivos para los menores de edad, lo cual podrá redundar, de manera desfavorable, en su posterior desarrollo mental.

7 Podemos destacar otros documentos de buenas prácticas relevantes en materia de alimentación. Se trata, entre otros, de los siguientes: código ético sobre publicidad y niños, de la Asociación Europea de Agencias de Publicidad, de 1999; código de autorregulación de buenas prácticas relacionadas con el público infantil, a cargo de UNESDA, de 2006; *Children's Food and Beverage Advertising Initiative* redactado por CARU y la BBB; código de autorregulación de alimentos y bebidas para el público infantil de México de 2009.

8 Los menores de edad, que sufren cada vez más las consecuencias del sedentarismo y la obesidad, son ciertamente más sensibles a la publicidad de alimentos que cuentan con un importante contenido en grasas, sales y azúcares. En las comunicaciones comerciales realizadas, sobre esta tipología de productos, se tienen en consideración cuestiones como su aspecto apetitoso o su buen sabor. Todo ello coadyuva a que adquieran hábitos alimenticios muy poco saludables para dicho colectivo. De hecho, dichos productos pueden visionarse a través de la Red o de la televisión. Dada su condición de nativos digitales, Internet representa un escaparate progresivamente más sugerente para estos fines.

9 Sobre esta cuestión, nos referimos a las interesantes consideraciones efectuadas, sobre el particular, por Pendón Meléndez, M.A. *La perfección del contrato en Derecho privado. Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación*. Valencia (2009): Tirant lo Blanch.

10 Así, entre otras muchas, podemos referirnos a: Burgerking, McDonald's –que cuenta con una *app* a tal fin–, Dominospizza, PizzaHut, Pizzapizza, Pizzared y Telepizza.

Tanto los contenidos ilícitos como los nocivos deben ser, en la medida de lo posible, controlados, instaurándose, como posteriormente veremos, medidas que aseguren la protección frente a los mismos del público menor de edad. Si bien ambos caracteres, de corte negativo, pueden ser visibles en numerosos escenarios, no debe infravalorarse, como veremos, su presencia en el espacio alimenticio¹¹.

Aunque la norma heterónoma¹² (aprobada por el legislador nacional) está llamada a desempeñar un papel central, en toda esta materia, debe verse complementada, que no sustituida, por las normas autónomas¹³. Puede afirmarse que estamos ante un espacio de la realidad social en el que resulta conveniente cierta colaboración entre los agentes públicos y privados. No en vano, con las medidas instauradas, en cuanto a la Administración Pública española, en los arts. 39 y 41 de la Ley 17/2011, se insta a los poderes públicos a que trabajen activamente con la industria alimentaria. Todo ello con el firme objetivo de mejorar la dieta, en virtud de un mejor etiquetado y embalaje, una reducción de las sales presentes, la promoción de porciones de tamaño pequeño, así como el fomento de alimentos que estén elaborados con poca grasa¹⁴. Debido a que la evidencia empírica revela que el fomento de la salud en la nutrición contribuye, de manera relevante, en ganancias de salud a un coste sensiblemente inferior que el tratamiento médico, ya sea de pacientes de elevado riesgo, se recomienda que la presente materia sea un campo de atención política prioritario. Resulta, además, conveniente y necesario que los diversos ministerios desarrollen alianzas intersectoriales, como agricultura, sanidad, y asuntos sociales, las administraciones públicas de carácter regional y local, pero también los fabricantes, distribuidores de productos de tipo alimenticio. Para disponer de la información necesaria sobre la realidad imperante, se contempla, en el art. 38 de la norma legal antes citada, la creación y puesta en funcionamiento del Observatorio de la Nutrición y estudio de la obesidad que obtendrá los datos de la población a la que, dicho sea de paso, posteriormente deberán aplicarse los resultados de sus trabajos.

- 11 La autorregulación, a propósito del particular, parece plausible. El articulado de los códigos de buenas prácticas, en esta materia, persigue, con buen criterio, limitar la exposición de los niños y los jóvenes a la publicidad, tradicional y digital, de productos alimenticios. A tal fin, podemos, por ejemplo, citar las acciones emprendidas en el marco de la Plataforma Europea de Acción sobre Alimentación, Actividad Física y Salud. Una de las loables actuaciones que, en todo este orden de cuestiones, desempeñan los códigos de conducta, es la educación de los destinatarios. Sería conveniente que las empresas adheridas eduquen e informen eficazmente a los niños y jóvenes y a sus cuidadores sobre la importancia de una dieta equilibrada y un estilo de vida sana y activa.
- 12 En la actualidad, hay cuatro Estados que cuentan con leyes especiales reguladoras de la publicidad de alimentos. Así, en Inglaterra, las comunicaciones comerciales realizadas en televisión en materia de comidas que cuenten con ciertas grasas, azúcar, sal o dirigidas a menores de 16 años está prohibida. Irlanda limita, de manera significativa, el uso de personajes en los que el menor pueda tener depositada una especial confianza y contempla el recurso a determinadas advertencias en los anuncios. Este último extremo también está presente en la normativa brasileña. Por su parte, en el caso de Francia resulta preceptivo que las comunicaciones comerciales vayan acompañadas de mensajes de tipo nutricional.
- 13 Ahora bien, existen voces críticas que se alzan en contra de la eficacia de la autorregulación en el ámbito de la publicidad de alimentos. La razón obedece a que las normas autoimpuestas no siempre se cumplen por parte de la industria. Kundel, D. McKinley, C. y Wright, P. *The impact of industry self-regulation on the nutritional quality of food advertised on television to children*. Arizona (2009): Universidad de Arizona.
- 14 Resulta conveniente que la propia industria acometa el oportuno desarrollo de actividades de reformulación y/o mejora de la composición de productos alimenticios y reducción del contenido presente de sal, azúcar y grasas.

Igualmente, debe considerarse la loable labor que, en todo este orden de cuestiones, la autodisciplina es susceptible de efectuar en materia educativa y de sensibilización. Se trata, en suma, de sensibilizar a los menores de la importancia de comer sano variable y moderado¹⁵, y, en cierto sentido, de moverse, de manera agradable y divertida, en virtud de la actividad física. Teniendo en consideración el colectivo al que nos dirigimos, debe concurrir una estrategia on-line que goce de cierta creatividad y originalidad, presencia de acciones complementarias efectuadas en el mundo físico y, finalmente, la puesta en marcha de un *slogan* o lema de la campaña que, de algún modo, contribuya a su difusión.

De hecho, recientemente, con tales fines, en 2012, se creó el Plan Cuídate +¹⁶. En el marco del mismo se ideó un sitio Web relativo a la sal, más grasas. Asimismo, se contenía información relativa a las consecuencias que un consumo desmesurado de sal y grasas podía tener sobre la salud, así como un elenco de sugerencias que deben observarse para fomentar hábitos de vida saludables, incluyendo la necesidad de realizar actividad física. Igualmente, se difundían en torno a veinte mensajes diarios que incluían consejos ciertamente saludables relativos a la alimentación y a la necesidad de realizar actividad física.

I. La publicidad de los prestadores de servicios hacia tal colectivo en el ámbito de la alimentación: especiales cautelas que deben contemplarse

La comunicación comercial representa un elemento fundamental para la lucha competitiva por la conquista del mercado¹⁷. En este sentido, la promoción comercial que acontece en Internet, que es uno de los pilares del comercio electrónico¹⁸,

15 Se persigue promover hábitos de vida saludables que sean habituales de los destinatarios y, en este sentido, se integren en la vida diaria. A este respecto, existen ciertos códigos de conducta, como el de *Children's Food and Beverage Advertising Initiative*, que instan al anunciante adherido a proponer al menor una alternativa saludable al producto alimenticio que se promueve, en el caso de que se publicite en virtud de un juego interactivo, antes de dar comienzo al juego en cuestión.

16 Las cifras ponen de relieve que la citada medida fue un éxito. Así, por ejemplo, se registraron: 5264 usuarios; 784 *followers* en Twitter; y se efectuaron casi 28.000 visitas al sitio Web.

17 Ascarelli, T. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona (1970): Bosch; Font Galán, J. I. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid (1987): Tecnos; Patiño Alvés, B. *La autorregulación publicitaria. Especial referencia al sistema español*. Barcelona (2007): Bosch.

18 Cortés Martínez, D. "La banca on line". En AA.VV. *Publicidad, comunicación y Marketing en Internet. Reiniciar el sistema: Actas de las III Jornadas de Publicidad Interactiva*. Málaga (2002): Área de Cultura y Ecuación de la Diputación Provincial de Málaga, 219-224.

puede tener lugar a través de distintas prácticas publicitarias¹⁹, que constituyen un elemento importante de información al consumidor²⁰.

Existen, como decimos, numerosas técnicas publicitarias cuyos contenidos pueden ser ciertamente dispares. En este sentido, los métodos de los que las mismas se valgan pueden resultar, en mayor o menor medida, criticables. En cualquier caso, deben tomarse ciertas precauciones para que las actuaciones publicitarias no perjudiquen, en modo alguno, a los menores de edad²¹.

Una práctica, lamentablemente frecuente en muchos supuestos, ilícita, vinculada a la publicidad, viene representada por la inutilización de la función de regreso de los navegadores; técnica, a su vez, totalmente contraria a los intereses de los consumidores y/o usuarios de Internet. Entendemos que tal actuación, asimismo, puede dar lugar, de acuerdo con el art. 6 LGP, a un supuesto de publicidad desleal²², por ser contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles. La inutilización de la función de regreso –o función *back*- determinará que si la misma presenta contenido publicitario se asegurará un mayor tiempo de recepción de tal material, determinando, a su vez, una mayor eficacia de la publicidad²³. Sin embargo, constituye una práctica vulneratoria de la libertad de navegación del usuario, que, a su vez, limita o disminuye la confianza del mismo en la Red²⁴. Consciente de los indeseables

- 19 Cabe referirse, entre otras, a los *banners*, que suelen ser una imagen gráfica que incluye texto, cuya pulsación activará un enlace que conducirá al usuario al sitio *Web* del anunciante y, paradójicamente, a pesar de ser uno de los formatos más antiguos de la Red, está en una cierta decadencia; *pop-ups* o ventanas emergentes o flotantes, que se abren cuando el usuario cargue una determinada página *Web*; *pops under*, que aparecen por debajo del navegador; *layer* o elementos dinámicos o figuras animadas; anuncios de transición a la información o *interstitials* –que aprovechan el tiempo que el ordenador precisa para descargar la página *Web* que el usuario desea visualizar–; *superstitial* o ventana con video que aparece a modo de *pop up*, *advertorial*, o publicidad que se realiza dentro de un texto editorial, que tratan de adoptar la apariencia de un documento informativo o de opinión; *ciberspots* o animaciones que emplean la última tecnología *flash* para comunicar, de manera divertida e interactiva, los beneficios del producto o de la marca; botones laterales, enlaces de textos, *web spots* que constituyen un formato publicitario reciente que resulta una mezcla de juego interactivo y de *spot* televisivo; *background branding* consistente en modificar el fondo de la página empleando como soporte publicitario el logotipo; o, incluso, las propias páginas *Web*, en definitiva, formatos susceptibles de generar una inquietud en el destinatario que determinará su *click through* o pulsación pasante que, dicho sea de paso, es un procedimiento utilizado para valorar la eficacia de los anuncios publicitarios en Internet, sin perjuicio de que su efectividad, como método válido, es cuestionada.
- 20 Dausés, M.A. “La Jurisprudencia del TJCE en materia de protección del consumidor y libertad publicitaria en el mercado interior”, *Revista Autocontrol de la Publicidad* (2000), 39.
- 21 Parece plausible operar una comunicación comercial de cierta calidad. En este sentido, López Jiménez, D. “La publicidad de calidad en Internet: patrones de comportamiento voluntarios para las organizaciones empresariales”, *Revista de Gestión Pública y Empresarial* (2011), 17, 20-44.
- 22 Para ampliar esta sugerente información, con carácter general, nos remitimos a López Jiménez, D. “La publicidad desleal en la competencia en el ámbito digital: publicidad denigratoria, confusionista y comparativa”, *Revista Boliviana de Derecho* (2013), 16, 117-137.
- 23 Bucklin, R. y Sismeiro, C. “Web site design rules of thumb challenged by study on browsing”, *Marketing News* (2003), 37 (16), 22-23; Danaher, P. y Mullarkey, G. “Factors affecting online advertising recall: a study of students”, *Journal of Advertising Research* (2003), 43 (3), 252-267.
- 24 López Jiménez, D. Luna Huertas, P. Martínez López, F.J. y García Ordaz, M. “Medidas contractuales y legislativas adoptadas para incrementar la confianza del consumidor en el comercio electrónico”, *Revista Ibérica de Sistemas y Tecnologías de la Información* (2009), 2, 16-27; López Jiménez, D. “La confianza del consumidor en el ámbito de la contratación y publicidad interactiva: prevención y resolución alternativa de conflictos”, *Revista de Estudios Económicos y Empresariales de la Universidad de Extremadura* (2010), 22, 27-98.

efectos de los instrumentos que hemos examinado, que cercenan la libertad de decisión del consumidor y/o usuario, los códigos de conducta, acertadamente, los prohíben taxativamente.

Los menores de edad, por las peculiaridades propias que los mismos presentan –menor grado de madurez, especial vulnerabilidad, etc. aspectos puestos de relieve, entre otras, por la Instrucción núm. 2 de la Fiscalía General del Estado español de 15 de marzo de 2006-, deben ser objeto de especial protección en materia publicitaria²⁵, a pesar de que se ha llegado a manifestar que se trata de una cuestión sobre la que no existen resultados empíricamente contrastados²⁶.

Tal aspecto, por llamativo que pueda resultar, no es objeto de atención y regulación, por parte de la normativa estatal española –con la única excepción de los contenidos ilícitos-, si bien, de manera ciertamente elogiable, los códigos de conducta contienen una ordenación precisa sobre tal extremo –dentro de la que cabe la protección integral frente a contenidos nocivos e ilícitos-.

La publicidad presente en Internet podrá dirigirse al público en general –dentro de la que, indudablemente, tendrán cabida los menores-, o exclusivamente al público adulto –excluyéndose, obviamente, al público menor de edad- o estar destinada esencialmente a menores de edad en general o solamente para los que tengan, como mínimo, una determinada edad, siendo, en consecuencia, no aconsejable para los que estén por debajo de la misma²⁷.

Pueden distinguirse tres grupos de normas aplicables a la publicidad en Internet destinada a menores²⁸. En primer lugar, la normativa general publicitaria y, en su caso, la normativa específica por razón del producto. En segundo lugar, la normativa específica por razón del medio, es decir, la normativa sobre publicidad en Internet. Y, en tercer lugar, la normativa específica por razón del destinatario, es decir, el conjunto de normas que regulan específicamente la publicidad destinada a menores.

De la lectura conjunta de las normas aplicables a este tipo de publicidad, podemos extraer una serie de principios reguladores de la misma. Tales principios complementan los que rigen, con carácter general, la publicidad destinada a menores²⁹. Se trata del principio de identificación publicitaria³⁰, el principio de

25 Ramos, F. *La publicidad contaminada. Los consumidores ante la autorregulación publicitaria*. Madrid (2003): Universitas.

26 Goldstein, J. "Publicidad, niños y adolescentes", *Revista Autocontrol de la Publicidad* (1998), 20.

27 Sobre esta cuestión, en el ámbito de los videojuegos, véase López Jiménez, D. "Los videojuegos eventualmente perjudiciales para los menores de edad: a propósito del sistema Pan European Game Information", *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música* (2012), 36, 193-219.

28 Tal aspecto ha resultado magistralmente examinado por Fernando Magarzo, M. R. "La protección de los menores en la publicidad", *Revista Autocontrol* (2001), 55.

29 Fernando Magarzo, M. R. "La protección de los menores en la publicidad", *Revista Autocontrol* (2001), 55.

30 Sobre esta cuestión, en sentido amplio, López Jiménez, D. y Martínez López, F.J. "Las comunicaciones comerciales

identificación de mensajes publicitarios dirigidos a adultos³¹ y el principio de buen uso de la tecnología de Internet en la elaboración de los mensajes publicitarios en línea dirigidos a menores. La rápida evolución de Internet exige, qué duda cabe, que los principios enunciados sean revisados y completados periódicamente para asegurar que la protección de los menores frente a la publicidad difundida en la Red sea similar al amparo de que disfrutaban frente a la publicidad divulgada a través de medios tradicionales.

Uno de los principios generales más relevantes del Derecho de la Publicidad, que también debe considerarse en el supuesto que contemplamos, es el denominado principio de veracidad, cuya finalidad es eliminar el error del público respecto al contenido de los mensajes publicitarios³². En otras palabras, prohíbe la publicidad engañosa o falaz. Se encuentra presente, sobre todo, en los arts. 3 de la LGP, así como 5 y 7 de la Ley española 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) –tras la modificación de la Ley 29/2009 de 30 de diciembre-. Desde su primera decisión³³ sobre la Directiva comunitaria 84/450, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea –TJCE- puso de manifiesto que el concepto de publicidad engañosa es de carácter autónomo cuya interpretación última corresponde al mismo, quedando, por consiguiente, los tribunales estatales obligados a interpretar la legislación nacional según el significado a esa categoría en el Derecho comunitario. Tiene como elemento principal de su regulación la inducción a error –bien por acción bien por omisión- de los destinatarios. La inducción a error se verifica a través de la interpretación por el público de los consumidores, sobre todo en virtud de la figura del consumidor medio que, a tenor de la STJCE³⁴ 16 julio 1998 (Asunto C-210/96 “Gut Springenheide”³⁵), es toda persona normalmente informada y razonablemente atenta y perspicaz³⁶. Esa noción se diferencia de la que ha

electrónicas no solicitadas en el contexto comunitario: incidencia de la autorregulación”, *Cuadernos de Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual* (2010), 60, 97-137.

- 31 Una de los productos publicitados precisamente en la Red son los juegos y apuestas virtuales que, dicho sea de paso, están dirigidos, con carácter exclusivo, a los adultos. A este respecto, López Jiménez, D. “Las apuestas y juegos virtuales. Panorama actual y perspectivas de futuro”, *El Notario del Siglo XXI* (2010), 30, 82-87; López Jiménez, D. “A propósito del código de conducta sobre comunicaciones comerciales electrónicas de las actividades de juego de Autocontrol”, *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música* (2012), 37, 55-96.
- 32 El pasado 8 de junio de 2011 se aprobó en la sesión plenaria del Senado de España una iniciativa del Partido Popular, por la que se insta al Gobierno de tal Nación a promover medidas que garanticen la veracidad en la información publicitaria, tal y como recoge la Directiva del Parlamento Europeo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. Cabe destacar que la senadora del Grupo Parlamentario socialista, Maestre Martín de Almagro, hizo, en el curso de los debates, una referencia a los sistemas de autorregulación, calificándolos como mecanismos útiles, eficaces y necesarios que complementan los instrumentos legales, citando, como paradigmático ejemplo, el acuerdo firmado en el año 2007 para el fomento de la autorregulación de la actividad publicitaria del Instituto Nacional de Consumo y Autocontrol.
- 33 STJCE 16 enero 1992, *Nissan*, asunto C-373/90.
- 34 La noción de consumidor medio, empleada por el TJCE, ha tenido una gran acogida en la jurisprudencia española. En este sentido, Tato Plaza, A. “En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria”, *Revista Autocontrol de la Publicidad* (2003), 71, 41-42.
- 35 También se recomienda la lectura de la STJCE 13 enero 2000, *Estée Lauder*, asunto C-220/98.
- 36 Sobre las críticas a tal modelo de consumidor, puede verse De León Arce, A. “La protección legal de consumidores y usuarios en España”. En AAVV. *Derechos de los consumidores y usuarios*. Valencia (2007): Tirant lo Blanch, 141.

imperado tradicionalmente en la legislación alemana de competencia desleal que tomaba como referencia un consumidor irreflexivo y susceptible de engaño con cierta facilidad. Tal criterio contrastaba, dicho sea de paso, con el que instauraban la mayoría de los Estados miembros, que proporcionaban un nivel de protección menor, ya que tomaban como referencia un consumidor medio y escéptico.

Ahora bien, para reforzar la protección de determinados grupos de personas especialmente vulnerables, en los que concurren bajos niveles de información y de atención, más necesitados de tutela jurídica, la Directiva de prácticas comerciales desleales –así como el art. 4.3 de la LCD- añadió una nueva categoría de consumidor medio, cual es el consumidor medio del grupo. De este modo, se pretende rebajar el nivel general del consumidor medio, situándolo en un punto medio más adecuado al grupo de personas afectadas, con un resultado final de que, en estos casos, las posibilidades de engaño serán sensiblemente mayores³⁷. Esta última decisión adoptada en la norma permite prescindir del conjunto del público destinatario de una determinada práctica y enjuiciarla según sus efectos sobre un grupo específico de consumidores, siempre que estos presenten una especial vulnerabilidad, sean claramente identificables y el efecto de la práctica sobre este grupo resulte previsible para el comerciante³⁸. Tal previsión supondrá para el empresario la carga de adoptar las medidas oportunas y razonables que sean necesarias para evitar que sus prácticas comerciales dirigidas a un público en general –que no puedan ser reputadas engañosas bajo tal prisma- puedan afectar a un determinado grupo de consumidores a los que, de acuerdo con su especial vulnerabilidad o credulidad, pueda inducir a error³⁹. En otras palabras, hay mensajes comerciales difundidos en la Red que, aunque puedan entenderse veraces en el caso del público mayor de edad, se pueden reputar engañosos si el público es un menor de edad. Por todo ello, han de adoptarse medidas de salvaguarda especiales tanto en el ámbito de la realización como de la difusión de la publicidad dirigida a este colectivo con el objetivo de garantizar que no se vean inducidos a error por lo que respecta, entre otros factores, a las características, prestaciones, funcionamiento, durabilidad y seguridad del producto de que se trate.

37 No obstante, se muestra crítico con esta decisión Ruiz Peris, J.I. "La reforma de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal". En AAVV. *La reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*. Valencia (2010): Tirant lo Blanch, 59. Tal autor determina que la escasa técnica legislativa de la Directiva y de la Ley de Competencia Desleal implica el sinsentido de que se limiten las posibilidades de tutela del grupo que se pretende proteger en mayor medida. Es decir, al cambiar el estándar de consumidor medio por el de miembro medio de un grupo de consumidores especialmente vulnerables se protege, en mayor medida, a éstos. Ahora bien, al establecer que la distorsión sea previsible para el empresario o profesional autor del comportamiento –lo que, en cierta forma, equivaldría a una suerte de dolo eventual-, se reduciría sustancialmente la protección.

38 Tato Plaza, A. Fernández Carballo-Calero, P. y Herrera Petrus, C. *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid (2010): La Ley, 113.

39 Así, por ejemplo, en el caso de los menores de edad, dada la especial credulidad de los mismos, el anunciante deberá describir, con claridad y fidelidad, las características y prestaciones de los bienes y/o servicios. Con carácter adicional, para no distorsionar los verdaderos extremos del producto anunciado, habrá de ofrecer información complementaria.

En otro orden de cuestiones, toda forma publicitaria, además de presentar una importante y predominante vertiente claramente persuasiva⁴⁰, lleva adherida, por mínima y relativa que sea, una parcela informativa⁴¹. La persuasión puede definirse como un proceso por el que el comunicador intenta influir en las creencias, las actitudes y la conducta de otra persona o grupo de personas mediante la transmisión de un mensaje frente al cual el destinatario mantiene la libertad de elección⁴². Persuadir, en todo caso, no significa mentir, engañar o manipular. Debe considerarse como una actividad vinculada al hecho de sugerir o aconsejar. A través de la persuasión se influye en el receptor del mensaje, pero no se determina su voluntad. En esta línea, las tendencias más recientes ponen de manifiesto que el contenido informativo de la publicidad, en ciertas ocasiones, se ve desplazado por el recurso a elementos irracionales de persuasión, vinculados, en todo caso, a las emociones e impulsos de los destinatarios⁴³. En consecuencia, frente a los mensajes puramente informativos, puede afirmarse que la comunicación publicitaria, hoy día, va unida a una actividad creativa más intensa⁴⁴. Frente al modelo de publicidad centrado en informar y persuadir a los destinatarios sobre la superioridad de los

- 40 De La Cuesta Rute, J. M. y De La Oliva Santos, A. "Tratamiento jurídico en España de la comunicación publicitaria ilícita", *La Ley* (1981), 4, 893-917; Martín Armario, E. *Marketing*. Barcelona (1993); Ariel; Muñoz Machado, S. "Advertising in the Spanish Constitution". En AA.VV. *Advertising and Constitutional Rights in Europe: A study in comparative constitutional law (Gebundene Ausgabe)*. Baden-Baden (1994): Nomos Verlagsgesellschaft; Qualter, T. H. *Publicidad y democracia en la sociedad de masas*. Barcelona (1994): Paidós Ibérica; García Guerrero, J. L. "Publicidad y libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español", *Derecho Privado y Constitución* (1996), 10, 117-146; Domínguez Pérez, E. M. "La alegación publicitaria redactada en términos superlativos. La exageración publicitaria", *Estudios sobre Consumo* (1999), 48, 117-129; Soria, C. "Perspectiva ética de la información publicitaria". En AA.VV. *Ética de la comunicación audiovisual*. Madrid (1999): Tecnos; Tato Plaza, A. "La publicidad en los nuevos canales comerciales emergentes", *Revista Autocontrol de la Publicidad* (1999), 32; Bernard Monferrer, M. E. "La evolución de la figura de la publicidad denigratoria según la doctrina emanada de las resoluciones del Jurado de la Publicidad", *Revista Autocontrol de la Publicidad* (2002), 68; Martín García, M. L. *La publicidad. Su incidencia en la contratación*. Madrid (2002): Dykinson; Stazi, A. *La pubblicità commerciale on line*. Milano (2004): Giuffrè Editore; Spang, K. "Publicidad y retórica". En AA.VV. *Lenguaje publicitario*. Barcelona (2005): Ariel, 27-63; Torres i Prat, J. *Consumo, luego existo*. Barcelona (2005): Icaria, 110; Barquero Cabrero, J. D. y Pérez Senac, R. *Dirección estratégica de relaciones públicas en Europa y América Latina*. Barcelona (2007): Furtwangen.
- 41 Munne Matamala, F. "Hacia una publicidad social: análisis de los elementos informativo y persuasivo como integrantes de la acción publicitaria", *Publitecnia* (1969), 14, 43-54; Ortega Martínez, E. *La dirección de marketing*. Madrid (1987): Esic; Acosta Estevez, J. B. *Perfiles de la Ley General de Publicidad*. Barcelona (1990): Promociones y Publicaciones Universitarias; Lema Devesa, C. y Gómez Montoro, J. "La regulación jurídica de la publicidad farmacéutica", *La Ley* (1990), 3, 983-990; Pino Abad, M. *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de publicidad de 1988*. Madrid, (1991): Ministerio de Sanidad y Consumo; Santesmases Mestre, M. *Marketing, conceptos y estrategias*. Madrid (1992): Pirámide; Corredoira y Alfonso, L. *Derecho de la información. Los mensajes informativos*. Madrid (1994): Colex; Vázquez Casielles, R. y Trespalacios Gutiérrez, J. A. *Marketing: estrategias y aplicaciones sectoriales*. Madrid (1994): Civitas; Bonany Roig, A. "La publicidad engañosa denunciada en el "Servei d'inspecció de disciplina mercat i consum de la Generalitat de Catalunya". Normativa aplicada y principales tipologías de engaño. Segunda Parte", *Revista Autocontrol de la Publicidad* (2005), 98; Domínguez Pérez, E. M. y Ortega Díaz, J. F. "Problemática de los Keywords Banners en el entorno digital. Reflexiones a propósito del "Asunto Natterre", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* (2005), 8, 117-130.
- 42 Martín Salgado, L. *Marketing político: arte y ciencia de la persuasión en democracia*. Barcelona (2002): Paidós; Moreu Carbone, E. *La Administración anunciante. Régimen jurídico de la publicidad institucional*. Navarra (2007): Thomson Aranzadi.
- 43 En determinados supuestos, se recurre, para las comunicaciones comerciales realizadas en la Red, con un objetivo claramente persuasivo, a la imagen femenina. Sobre los problemas que puede plantear el recurso a la mujer, en los anuncios efectuados en Internet, véase López Jiménez, D. "Nuevas coordenadas en el ámbito de la autorregulación: la publicidad discriminatoria o vejatoria por razón de género difundida en Internet", *Cuadernos de Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual* (2011), 62, 159-186.
- 44 Bassat, L. *El libro rojo de la publicidad*. Barcelona (2004): Random House Mondadori; De La Cuesta Rute, J. M. "La publicidad y el sistema económico constitucionalizado", *Procesos de Mercado* (2008), 5, (1), 223-241.

productos del anunciante, respecto de otras empresas, hoy por hoy, tienen gran importancia estrategias publicitarias que, precisamente, buscan que los destinatarios tengan la impresión de que la empresa anunciante del bien o servicio en cuestión tiene un proyecto de futuro⁴⁵ y, a su vez, es dinámica, para lo cual se recurre a anuncios originales y muy diversos⁴⁶.

Como la práctica pone de manifiesto, a nivel internacional, los hábitos alimentarios se han modificado. De hecho, el consumidor medio, en gran medida, debido a la influencia de las nuevas tecnologías, está sometido a numerosos estímulos de índole publicitario –en los que, como hemos visto, existe una notable presencia del elemento persuasivo-. A tenor del capítulo VIII, de la ley española 17/2011, de seguridad alimentaria y nutrición, además de la obligación de que la publicidad sea veraz y exacta, y establecer la casuística de determinadas prácticas publicitarias prohibidas, se determina que el Gobierno de España habrá de fijar, para determinados tipos de alimentos, servidumbres informativas de carácter adicional.

El consumidor debe tener la posibilidad de elegir, pero, para ello, debe ser informado correcta y completamente de los productos o servicios que están a su disposición en el mercado⁴⁷. Sólo, de este modo, los ciudadanos podrán formar su voluntad como consumidores y tomar las decisiones que estimen más adecuadas⁴⁸. Sin perjuicio de que a la publicidad de productos alimenticios les resultan aplicables las normas que hemos esbozado, cabe reflexionar que existen ciertas particularidades que deben considerarse, lo que también resulta aplicable al espacio digital. En este sentido, debemos citar, por su relevancia, el art. 44 –que fija limitaciones a la publicidad de alimentos⁴⁹–, art. 45 –relativo a la obligación de auxilio de la Administración pública española a los sistemas de control voluntario por parte de empresas- y el art. 46 –específicamente dirigido a la protección de los menores de 15 años de edad frente a la publicidad de alimentos en el supuesto de que los

45 La empresa en cuestión podrá recurrir a sugerentes canales como es el caso del *bluetooth* que, por sus ventajas inherentes, es cada vez más recurrido. Para más información, puede verse López Jiménez, D. "El *bluetooth* como herramienta de publicidad móvil: a propósito de la conveniencia de incentivar la autorregulación", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* (2010), 24, 59-94; López Jiménez, D. "El denominado bluespam: incidencia sobre la privacidad del destinatario". En AA.VV. *La privacidad, ¿un lastre para la innovación tecnológica?*. Navarra (2013): Thomson Reuters.

46 Hall, M. "Four models on how advertising works", *Commercials Communications. The Journal of Advertising and Marketing Policy and Practice in the European Community* (1997), 9, 13-15.

47 Dausés, M.A. "La Jurisprudencia del TJCE en materia de protección del consumidor y libertad publicitaria en el mercado interior", *Revista Autocontrol de la Publicidad* (2000), 39.

48 Farré López, P. "La rectificación de la publicidad engañosa", *Revista Autocontrol de la Publicidad* (1999), 37; Soria, C. "Perspectiva ética de la información publicitaria". En AA.VV., *Ética de la comunicación audiovisual*. Madrid (1999): Tecnos.

49 Especialmente controvertido puede resultar la aplicación de los apartados 2 y 3 del art. 44 de la Ley 17/2011. El primero de los apartados se refiere a la aplicación del Real Decreto 1907/1996 a la publicidad de alimentos respecto a la salud. En todo caso, una vez mantenida, de forma expresa, la vigencia del anterior Real Decreto, resulta innecesario, de todo punto, el tercer apartado. En otros términos, es reiterativo, pues repite prohibiciones presentes en tal Real Decreto.

mecanismos de verificación voluntarios no resultasen suficientes- de la Ley 17/2011 de 5 de octubre.

En definitiva, la publicidad dirigida, con carácter específico, a menores, caracterizada, entre otros aspectos, porque en ella predominan los elementos irracionales de persuasión sobre los informativos⁵⁰, es, como hemos puesto de relieve, objeto de una creciente regulación por los particulares riesgos que determina⁵¹. Como ha podido colegirse, los menores son altamente persuadibles y se desenvuelven en una cultura donde una de las notas inherentes es el fuerte consumismo enraizado en la sociedad. Podría, en cierta medida, afirmarse que no cuentan con un criterio adecuado para enfrentarse a los bienes y/o servicios que visionan⁵². De este modo, debido a los elementos presentes en los anuncios, terminan deseando todo lo que observan en los mismos⁵³. Existe, por consiguiente, una importante influencia de la publicidad sobre los menores de edad. En el caso concreto de la alimentación, los estudios empíricos operados al respecto⁵⁴, demuestran que las comunicaciones comerciales sobre este particular, dirigidas a menores de edad, resultan aptas para alcanzar un mayor consumo⁵⁵.

Para determinar cuando un anuncio se dirige a menores⁵⁶ habrá que valorar tres criterios, que no son cumulativos ni alternativos, debiéndose, por tanto, considerar los mismos con una visión de conjunto. Son: 1) El tipo de producto o servicio

50 Haan, S. C. "The persuasion route of the Law: advertising and the legal persuasion", *Columbia Law Review* (2000), 100, 1281-1326.

51 Nigra, A. *La pubblicità e i suoi contratti tipici*. Roma (2001): Maggioli.

52 Por si esto fuera poco, en ocasiones, se efectúan comunicaciones comerciales en las que se realizan comparaciones. En tal supuesto, las presentaciones comparativas deben fundamentarse en unas prerrogativas reales del alimento o bebida que resulte comprensible para el público menor de edad (debe comprenderla el menor de 15 años). En cualquier caso, siguiendo el código de conducta PAOS, las declaraciones nutricionales comparativas deberán respetar el Reglamento 1924/2006.

53 La publicidad consumista, transmite, en numerosos supuestos, una serie de sugerentes estereotipos como, entre otros, modelos de convivencia, valores y actitudes que, en muchos casos, no se corresponden con la realidad.

54 Así, Donohue, T.R. "Effect of commercials on black children", *Journal of Advertising Research* (1975), 15, (6), 41-47; Pérez, D. Rivera, J. y Ortiz, L. "Publicidad de alimentos en la programación de la televisión mexicana: los niños están más expuestos", *Salud Pública de México* (2010), 52 (2), 119-126; Effertz, T. y Wicke, A. "Do television food commercials target children in Germany?", *Public Health Nutrition* (2010), 15, 1466-1473; Scully, M. Dixon, H. White, V. y Beckmann, K. "Dietary, physical activity and sedentary behaviour among Australian secondary students in 2005", *Health Promotion International* (2007), 22, 236-245.

55 Según el estatus de la familia en la que se inserte el menor, que reciba las comunicaciones comerciales, la influencia de estas últimas (de productos alimenticios) puede ser diversa. En efecto, los progenitores que se insertan en hogares con menos recursos económicos suelen acceder, con mayor intensidad, a estos pedidos. Igualmente, las mujeres en hogares pobres normalmente dan mayor relevancia a este tipo de comunicaciones que las madres con más recursos. En este sentido, se pronuncian Olivares, S. Albala, C. García, F. y Jofre, I. "Television publicity and food preferences of school- age children of the Metropolitan Region", *Rev. Med. Chile* (2007), 127 (7), 791-799.

56 En la actualidad, concurre una manifestación creciente de la imagen del menor en los mensajes publicitarios. Y, más en concreto, en los anuncios que no están particularmente dirigidos al colectivo infantil. Así, Medina Heredia, A.M. y Méndiz Noguero, A. "La representación de la infancia en la publicidad: panorama por el marco deontológico español", *Pensar la publicidad* (2012), 6, (1), 231-253. La única limitación que concurriría para que el menor estuviera presente en el anuncio es que, a tenor del art. 4.3 de la Ley Orgánica del Menor; su utilización implicase menoscabo de su honra o reputación o resulte contrario a sus intereses o que, en virtud del art. 16.1.c) de la Ley española de Televisión sin fronteras, se presente al menor en situaciones de peligro.

promocionado –se entiende dirigida a menores la publicidad que promociona un producto o servicio objetivamente destinado al público menor de edad o susceptible de atraer especialmente su atención o interés-, que, en el caso de los alimentos, a tenor del código PAOS, que veremos más adelante, serán aquellos objetivamente destinados, de manera mayoritaria, al público menor de 12 años (en el caso de que la publicidad sea tradicional) y 15 años (en el supuesto de que se trate de Internet); 2) El diseño del mensaje publicitario –se considerará publicidad dirigida a menores la que está perfilada de tal forma que, por su contenido, lenguaje y/o imágenes, resulte objetivamente apta para atraer, de manera especial, la atención o interés de los menores-; 3) Las circunstancias de la difusión del mensaje publicitario –entre otros aspectos, se tendrá en cuenta el soporte o medio utilizado, franja horaria de emisión, bloques de programación en que se inserta⁵⁷-. Especialmente importante será valorar que el mensaje se incluya en franjas horarias, bloques de programación, secciones o espacios dirigidos a menores de 12 años en el caso audiovisual y publicidad tradicional. Si nos centramos en el articulado del código PAOS, debemos precisar que se considera dirigida a menores aquella publicidad de alimentos difundida en Internet, bien en una página Web bien en un espacio concreto de la misma, que cuente, como mínimo, con una audiencia de menores de 15 años que resulte superior al 50%⁵⁸.

2. Contenidos no deseados, nocivos e ilícitos: desde la teoría general a la alimentación en el plano virtual

Debemos, en primer término, distinguir, en el ámbito publicitario, entre contenidos ilícitos y contenidos nocivos⁵⁹, presente a nivel comunitario –Decisión 854/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, por la que se crea un programa comunitario plurianual para un uso más seguro de Internet y las nuevas tecnologías en línea-, pues, aunque los dos tendrán consecuencias notablemente desfavorables para el menor, la gravedad de cada uno de ellos necesariamente determina, y consecuentemente aconseja, un tratamiento diverso.

Así, son contenidos ilícitos los que, en sí mismo, constituyen delito y son merecedores de sanción, por parte de la normativa penal⁶⁰, mientras que los

57 En relación a esta materia, en el caso de la televisión, nos remitimos a López Jiménez, D. “La autodisciplina de los medios de comunicación: apreciaciones desde el Derecho privado”, *Revista Internacional del Mundo Económico y del Derecho* (2012), 4, 82-90; López Jiménez, D. “El impulso de la autorregulación audiovisual por parte del legislador: una visión desde la incidencia sobre los consumidores y usuarios”. En AA.VV. *Las leyes mediáticas: 2001-2011, una década de agitaciones*. México (2014): Publicaciones de la Universidad de San Luis Potosí.

58 Este extremo, según dispone el código de conducta PAOS, sería objeto de medición por parte bien de Comscore bien de otra entidad independiente que ostente carácter similar, nombrada, en tal caso, por parte de la Comisión de Seguimiento del código de buenas prácticas que contemplamos.

59 Martín-Casallo López, J. J. “Internet y pornografía infantil”, *Actualidad Informática Aranzadi* (2001), 40, 1-8; De Lama Aymá, A. *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia (2006): Tirant lo Blanch.

60 Respecto a esta sugerente cuestión, puede verse, entre otros aspectos, López Jiménez, D. “Violencia sobre los menores a través de Internet: el caso del ciberacoso o ciberbullying”, *Espacio Abierto* (2011), 15, 97-101.

contenidos nocivos son aquellos que, aunque no son delictivos, pueden ser ofensivos o inadecuados para los destinatarios que los visionan⁶¹.

Los contenidos nocivos son, sin embargo, lícitos, pero considerados ofensivos o perjudiciales para el normal desarrollo de los menores⁶². El alcance es, por tanto, mayor. Mientras que los contenidos nocivos no tienen por qué ser ilícitos, estos últimos –los ilícitos–, por definición, están incluidos dentro de los nocivos. Si bien existe cierto consenso entre los Estados occidentales acerca de los comportamientos o informaciones delictivas –difusión de pornografía infantil, de contenidos racistas o xenófobos y apología del terrorismo, entre otros–, no existe tal aquiescencia para los nocivos. Éstos están basados en concepciones difíciles de medir a nivel mundial, ya que dependen de valores culturales, sociales, religiosos y morales⁶³.

En segundo término, debemos distinguir entre contenidos nocivos y no deseados, pues, aunque aproximados, no son, ni mucho menos, idénticos. Tienen en común, entre otras notas caracterizadoras, el hecho de que son mensajes que, con carácter general, no pueden prohibirse, pues pueden estar amparados por la libertad de expresión⁶⁴ así como por el derecho a la información. Así, los contenidos nocivos, como hemos señalado, son aquellos que pueden perjudicar a un menor; mientras que los no deseados son aquellos que determinados usuarios no desean, en modo alguno, recibir⁶⁵. Tanto los contenidos nocivos como los no deseados dependen de sensibilidades personales –entre otras, la edad, madurez intelectual e ideología– y culturales. Por eso, como posteriormente veremos, ambos tipos de mensajes no pueden ni deben prohibirse, con carácter general, sino que deben limitarse a través de la autorregulación del sector.

61 López Ortega, J. J. “Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet”. En AA.VV. *Internet y Derecho Penal*. Madrid (2001): Consejo General del Poder Judicial, 83-125; Martín-Casallo López, J. J. “Internet y pornografía infantil”, *Actualidad Informática Aranzadi* (2001), 40, 1-8; Morales Prats, F. “El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet”. En AA.VV., *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet*. Navarra (2002): Aranzadi, 95-118.

62 Aunque podríamos aludir a numerosos ejemplos al respecto, uno de ellos vendría representado por el caso de las redes sociales, pudiendo ser determinadas actividades desempeñadas en dichas plataformas nocivas para tal colectivo. Así, entre otros, López Jiménez, D. “La protección de datos de carácter personal en el ámbito de las redes sociales electrónicas: el valor de la autorregulación”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares de 2009*, 2, 239-276; López Jiménez, D. y Rico Carrillo, M. “El derecho al honor, intimidad e imagen y la protección de datos personales en las redes sociales en Internet”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial* (2012), 1, 433-472; López Jiménez, D. “Las redes sociales como espacios publicitarios: el papel de la autorregulación”, *Revista de Derecho y Tecnología* (2013), 14, 165-186; López Jiménez, D. y Rico Carrillo, M. “Las redes sociales en Internet. Concepto. Tipología. Principales implicaciones jurídicas”, *Revista de Derecho y Tecnología* (2013), 14, 101-112.

63 Miranda De Larra, R. *Los menores en la Red: comportamiento y navegación segura*. Madrid (2005): Fundación Auna.

64 Sobre esta materia, en relación a otras cuestiones afines, nos remitimos a López Jiménez, D. “La pugna entre libertad de expresión y competencia desleal: valoraciones en torno a la resolución del Jurado de la Publicidad de 26 de julio de 2012, AUC vs. Sportium en materia de juego”, *Revista de la Contratación Electrónica* (2012), 120, 3-24.

65 Extremo que, entre otros aspectos, resulta visible en el caso del spam. No en vano, este último ha protagonizado un incremento significativo a través de las redes sociales. Sobre este particular, López Jiménez, D. “La remisión de comunicaciones comerciales no solicitadas a través de las redes sociales virtuales: a propósito del nuevo spamming 2.0 o Social Networking Spam”, *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música* (2013), 38, 165-210.

En los contenidos ilícitos el menor es víctima de una intromisión ilegítima en sus derechos, siendo parte activa, directa o indirecta, del contenido ilícito, si bien en los contenidos nocivos el menor participa únicamente como espectador; por lo que no es víctima de vulneración de su derecho al honor, intimidad o propia imagen, aunque, lamentablemente, tales contenidos podrán tener consecuencias desfavorables en el desarrollo de su personalidad.

La pornografía infantil⁶⁶ y la difamación del menor⁶⁷ constituyen contenidos ilícitos contrarios al honor, a la intimidad y a la propia imagen⁶⁸ que han de ser reprimidos a través de leyes penales. Frente a tales contenidos y las páginas en las que consten, de acuerdo con el art. 30 LSSI-CE, podrá iniciarse una acción de cesación dirigida a obtener una sentencia que precisamente establezca la cesación de la conducta, así como su reiteración en el futuro⁶⁹.

Respecto a los contenidos de carácter nocivo, podemos afirmar que, entre los mismos, se encuentra los vinculados con hábitos de alimentación poco saludables. Cada vez más, a través de las nuevas tecnologías, los menores de edad reciben comunicaciones comerciales de productos alimenticios que no resultan beneficiosos para una alimentación sana y equilibrada. No debe desmerecerse la relevancia de cuanto planteamos. De hecho, cada año se estima que mueren en torno a 2.8 millones de personas debido al sobrepeso y la obesidad⁷⁰. En sede de los diez factores de riesgo identificados por la Organización Mundial de la Salud como determinantes de las enfermedades de carácter crónico, cinco, al menos, están relacionadas con el ejercicio físico y la alimentación. Debe repararse en que ambos pueden ser modificados.

-
- 66 En relación a este extremo, Morillas Fernández, D.L. *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil: especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*. Madrid (2005); Dykinson; Oliveira De Almeida, W. "Pornografía infantil (pedofilia), por meio da internet", *AR: Revista de Derecho Informático* (2010), 131; Uriarte Valiente, L.M. "Pornografía infantil y proporcionalidad de las penas", *La Ley* (2010), 7372; Cabrera Martín, M. "La protección penal de los menores frente a la utilización de las nuevas tecnologías en la creación y difusión de pornografía infantil". En AA.VV. *Derecho y nuevas tecnologías*. Deusto (2011): Universidad de Deusto - Deustuko Unibertsitatea, 27-40; de la Rosa Cortina, J.M. "Delitos de pornografía infantil: novedades tras la reforma de 2010 y la ratificación del Convenio de Lanzarote", *La Ley* (2011), 7715-7716; González Tascón, M.M. "Nuevas obligaciones para España en la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil: la Directiva 2011/92/UE", *Revista penal* (2012), 30, 35-59; Fernández Teruelo, J.G. "Mecanismos policiales y judiciales de determinación del autor en los delitos cometidos a través de internet: especial referencia a los delitos de posesión y distribución de pornografía infantil y su tratamiento jurisprudencial". En AA.VV. *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*. Oviedo (2013): Constitutio Criminalis Carolina, 243-260.
- 67 En cuanto a esta materia, con carácter general, Tabarelli de Fatis, S. "La controvertida regulación jurídico penal de la difamación a través de Internet". En AA.VV. *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*. Navarra (2002): Aranzadi, 65-94; López Richart, J. "Difamación en la web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento", *Derecho privado y Constitución* (2012), 26, 143-201.
- 68 Rueda Martín, M.A. "La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen", *Indret* (2013), 4.
- 69 Vega Vega, J. A. "La publicidad comercial y los consumidores", *Revista de Estudios Económicos y Empresariales* (2006), 18, 63-120.
- 70 En Europa la prevalencia de la misma –obesidad– se ha incrementado el triple en los últimos veinte años. En este sentido, puede afirmarse que está presente aproximadamente en el 50% de los adultos y el 20% de los menores de edad.

En cuanto a los contenidos nocivos, destaca el papel preventivo y, en caso, represor que los códigos de conducta, podrán desempeñar; pues implican un compromiso en firme de las empresas adheridas de tener en consideración, e implantar los medios técnicos que sean oportunos, los contenidos que puedan influir, de forma negativa, en el libre desarrollo de la personalidad de los menores, así como en sus derechos fundamentales.

Los menores de edad son, en definitiva, especialmente permeables a cuanto procede del exterior. Les resulta notablemente complejo distinguir la publicidad de la información. En este sentido, deberán observarse prácticas publicitarias responsables que tengan en consideración el público potencial y esencialmente destinatario de las mismas⁷¹. En el caso de la publicidad de determinados productos alimenticios debe evitarse que el público destinatario pueda asociar el consumo de ciertos alimentos a fortaleza, estatus, popularidad o fama, habilidad y más inteligencia. Igualmente, debe impedirse que se creen expectativas que puedan ser inalcanzables, o que exploten, en algún sentido, su ingenuidad o dificultad para distinguir entre fantasía y realidad. Por lo que respecta al aspecto físico, tan relevante para el público infantil, la representación de la niñez debe ajustarse a los cánones de normalidad –en estatura y en esbeltez-, evitando, en todo caso, estereotipos que contribuyan a desear una imagen falsa y plenamente idealizada del cuerpo de la persona. Se trata, en suma, de evitar que las comunicaciones comerciales puedan incentivar, aunque sea de manera indirecta, trastornos de la conducta alimentaria o eventuales conflictos de carácter emocional.

Los niños cuentan siempre con un círculo de personas que ejercen sobre ellos un cierto grado de autoridad ya tenga ésta un origen familiar o escolar o se trate de una autoridad moral en base de la especial confianza –fundada, en ocasiones, en la admiración- que el niño pone en esa persona. En esta situación se encuentran, respecto a los niños, los padres, tutores, profesores, y, en cierta manera, las personas en las que el niño puede depositar un especial grado de confianza, como, por ejemplo, es el caso de ciertos presentadores de programas infantiles, e, incluso, personajes de ficción⁷² de series televisivas, películas, videojuegos⁷³, etc. No en vano, resulta especialmente visible el recurso a tal tipología de sujetos en el espectro de la alimentación. En tal caso, el menor podría sentirse inclinado a adquirir el producto alimenticio, no tanto por las características inherentes al mismo –propiedades

71 La Resolución, de 15 de diciembre de 2010, del Parlamento Europeo sobre los efectos de la publicidad en el comportamiento de los consumidores, destaca, entre otros aspectos, que los niños y los adolescentes constituyen categorías especialmente vulnerables a la publicidad, sobre todo en virtud del uso de nuevos medios de comunicación y tecnologías. En este sentido, como es sabido, se trata de un colectivo muy receptivo, curioso, sin demasiada madurez, potencialmente influenciado y ostenta un libre arbitrio limitado.

72 Tato Plaza, A. "Las prácticas publicitarias agresivas". En AA.VV. *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*. Navarra (2008): Thomson Civitas y Cátedra Euroamericana de Protección Jurídica de los Consumidores, 45-60.

73 Resulta sugerente la regulación que el *Children's Food and Beverage Advertising Initiative*, redactado por CARU y la BBB, efectúa de los *advergames* que no son sino juegos digitales con motivos publicitarios.

nutricionales, sabor, etc.-, sino habida cuenta del testimonio o respaldo del personaje, conocido y popular para el menor, que participa en el anuncio. Existe una excepción contemplada en el articulado del código PAOS. En este sentido, en el supuesto de las comunicaciones comerciales de alimentos y bebidas dirigidas a los menores que cuenten hasta con 12 años de edad, se podrán exhibir imágenes que efectúen la reproducción de escenas de cierto programa infantil, película o serie siempre que la misma guarde conexión directa con alguna promoción que se esté realizando. En todo caso, el citado documento, establece que, en el transcurso de dichas escenas, no se podrá realizar ningún tipo de alusión al producto promocionado, ni tampoco podrá figurar en pantalla.

En este sentido, la incorporación de la Directiva europea 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (más conocida como Directiva de Prácticas Comerciales Desleales), puede suponer la calificación de influencia indebida –y, por ende, como práctica agresiva- de cualquier conducta que suponga la utilización como prescriptores frente al niño de personas en las que aquél tenga depositada una especial confianza. Esta última podrá tener lugar ya sea por la relación familiar o académica que existe ya sea por la autoridad moral influyente –y, en ciertos casos, determinante- que la correspondiente persona –o, en su caso, personaje de ficción- pueden ejercer sobre el niño.

Así, cuando se refieran a menores, no deberán incitar, de forma directa o indirecta, o incentivar, a través de padres o tutores, propios o de terceros, a la contratación del bien o servicio ofertado⁷⁴, ni, en ningún caso, perjudicar a tal colectivo desde un punto de vista físico o moral⁷⁵. Ello no será visible solo para el caso de la industria juguetera⁷⁶, sino que también podrá concurrir en el supuesto de la alimentación. Como dispone el apartado sexto del código de conducta PAOS, no deberá efectuarse presión en las ventas. De hecho, como es conocido, los menores de edad –sobre todo aquellos que tienen una edad de hasta 12 años- no están preparados, en modo alguno, para adoptar decisiones con suficiente toma de juicio y/o independiente. Por eso, con carácter general, en base al mencionado código de conducta, en los anuncios de

74 Al hilo de esta cuestión, debe apuntarse que la marca representa un factor que, en cierto modo, genera un *status*, convirtiéndolo, al mismo tiempo, en una suerte de necesidad. Como la práctica pone de manifiesto, cuando no se consigue un bien y/o servicio de una determinada marca, se genera un sentimiento de inferioridad. En el caso concreto de los menores, este sentimiento de frustración se acrecienta cuando el producto haya sido adquirido por amigos o personas de su entorno más cercano.

75 Leñena Mendizábal, E. e Irákulis Arregui, N. "La publicidad contraria al orden constitucional y los derechos de la personalidad", *Sentencias de TSJ, AP y otros Tribunales* (2004), 20; Leñena Mendizábal, E. e Irákulis Arregui, N. "La publicidad ilícita y el estudio de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales", *Aranzadi Civil* (2007), 12, 13-43.

76 Sobre esta cuestión y la eficacia que, al respecto desempeña la autorregulación, puede verse Martínez Pastor, E. Pérez-Ugena, A. y Salas, A. "Publicidad y juguetes: Análisis de los códigos deontológicos y jurídicos", *Pensar la Publicidad* (2010), 4, (2), 127-140.

alimentos y bebidas dirigidos a este público, deberá evitarse el recurso a una presión comercial excesiva⁷⁷. Los anuncios de esta tipología de productos no deben hacer un llamamiento directo a los menores. Asimismo, los anuncios no deben mostrar que un padre o un adulto vinculado, directa o indirectamente, que adquiere un alimento o una bebida para el mismo es un padre o adulto mejor o más inteligente que el que, en su caso, no lo hace.

Tal práctica comercial, de acuerdo con el Anexo I –núm. 28- de la Directiva de Prácticas Comerciales Desleales, se reputa desleal, en cualquier circunstancia, debiendo tener, también, esta consideración en todos los Estados miembros.

Recapitulando, para hacer frente a los contenidos ilícitos se recurrirá a la legislación vigente y los canales, tanto policiales como civiles, de denuncia. En este caso, lo que se pretende es eliminar los contenidos de la circulación, detener a los infractores y llevarlos ante la justicia. España, además de su legislación nacional, como país miembro de la Unión Europea, debe tomar las medidas pertinentes para incorporar a su legislación la normativa europea que recomienda la inclusión de los crímenes de racismo, xenofobia, apología de la violencia y del terrorismo y la discriminación racial en Internet, en el marco del Convenio sobre Ciberdelincuencia, de 23 de noviembre de 2001, firmado por dicho país en ese mismo año, pero no ratificado hasta septiembre de 2010⁷⁸. Su aplicación beneficia el control y represión de los delitos que se producen en este ámbito.

Este Convenio constituye el primer tratado internacional sobre delitos cometidos vía Internet y otras tecnologías de última generación. Merece la pena destacar, además, la existencia de un Protocolo adicional al Convenio para criminalizar los actos de racismo y xenofobia cometidos a través de sistemas informáticos de 28 de enero de 2003⁷⁹. Este Protocolo tiene por objeto la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia, en el ámbito de los sistemas informáticos, y, en particular, Internet, penalizando los actos racistas y xenófobos⁸⁰.

Mantener a los menores a salvo de los peligros de la Red no es tarea fácil. Además de luchar frente a las conductas y contenidos ilícitos, es preciso adoptar una serie de medidas que les protejan, a la vez que se respeta su necesidad de libertad y su avidez de conocimientos. Sin embargo, cualquiera de estas medidas –ya sean

77 La publicidad de alimentación no deberá apremiar a la obtención del producto anunciado, ni, tampoco, crear un sentimiento de inmediatez o exclusividad.

78 Boletín Oficial del Estado núm. 226, 17 de Septiembre de 2010.

79 El Consejo de Ministros de España, en mayo de 2013, autorizó la firma del Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos.

80 Este protocolo entró en vigor en mayo de 2012 –España, como hemos señalado, lo hizo en mayo de 2013- y lo han ratificado seis países, mientras que otros, como Reino Unido, Rusia o Suiza, todavía no lo han suscrito.

de tipo tecnológico, educativo⁸¹ o social- tiene costes y beneficios y su aplicación va a depender de aspectos como la edad o las características del menor. Encontrar el equilibrio entre intereses no es sencillo: mayores costes pueden estar justificados si el daño presumible es grande o muy probable o si están implicados niños de edades tempranas, más que adolescentes.

En el caso de los contenidos nocivos, el objetivo está limitado, por tanto, a evitar que los menores encuentren materiales indeseados o que puedan afectar a su normal desarrollo. Las estrategias serán, por consiguiente, de tipo preventivo, refiriéndonos fundamentalmente a soluciones de tipo tecnológico, educativo y social.

Queda claro, en definitiva, que el control de contenidos en la Red constituye una cuestión de primer orden que suscita nuevos retos para el Derecho e, indiscutiblemente, para las empresas que operan en este nuevo medio, cual es Internet. La forma en la que tradicionalmente se ha abordado este problema, lamentablemente, falla en la Red. Por una parte, los Estados ya no pueden actuar en solitario para hacer frente al control de los materiales que circulan por un medio de comunicación que no conoce fronteras territoriales. Son, por tanto, precisas soluciones supranacionales. Sin embargo, yendo más allá de la consideración esgrimida, en Internet no se puede seguir actuando sólo con prohibiciones – instrumento habitual de control de contenidos en los medios de comunicación clásicos- para regular los materiales presentes en la Red, pues tales medidas, en la práctica, han acreditado elevados niveles de ineficacia, así como, en ciertas ocasiones, de posible inconstitucionalidad⁸².

3.A propósito de la utilidad de los filtros de control parental

La regulación estatal debe seguir ostentando un papel activo en Internet, pero, junto a ella, se están abriendo paso medidas complementarias, entre las que destacan, como anteriormente apuntamos, la autorregulación del sector –a través de los denominados códigos de conducta- y el propio control del usuario mediante filtros⁸³ que, como seguidamente observaremos, también suscitan un buen número de problemas.

En cuanto a los códigos de conducta y la encomiable labor que desempeñan, en la materia que examinamos, únicamente anticiparemos que representan una

81 Dentro de la publicidad de corte educativo, dirigida al colectivo de los menores de edad, podemos destacar, sin ánimo agotador, las siguientes acciones: campañas que evitan el consumo de drogas; campañas relativas a una alimentación sana y equilibrada; protección del medio ambiente; difusión y fomento de la lectura.

82 García Morales, M. J. "Libertad de expresión y control de contenidos en Internet". En AA.VV. *Internet y pluralismo jurídico*. Granada (2003): Comares, 33-69; García Morales, M. J. "Nuevas tecnologías y libertad de expresión: regulación, autorregulación y filtros en Internet". En AA.VV. *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*. Granada (2006): Comares, 33-57.

83 Con carácter general, puede verse el trabajo de Cremades García, J. "Los filtros en Internet", *REDETI: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red* (2000), 3, (3), 113-136.

pieza clave para el control de contenidos ilegales en la Red, pues en los mismos se establecen una serie de compromisos éticos que los agentes que, en materia de comercio electrónico, interactúan se obligan voluntariamente a cumplir⁸⁴.

Debe ponerse de manifiesto, como hemos adelantado, la posibilidad que el consumidor o usuario –en este caso el padre o tutor- tiene de instalar programas que, con carácter previo, filtren los contenidos a los que, desde el equipo informático en el que se instale, podrán accederse.

La Unión Europea ha apostado, de manera firme, por la eficacia que los filtros presentan en la materia que examinamos a través de numerosas actuaciones, cuales, entre otras, son la Decisión 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales, así como la Decisión 854/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se crea un programa comunitario plurianual para el fomento de un uso más seguro de Internet y las nuevas tecnologías en línea. Ciertas legislaciones de los países de nuestro entorno –como la alemana o la francesa- prevén la obligación del proveedor de bien suministrar estas medidas a los usuarios bien, al menos, de informarles acerca de las mismas. La LSSI-CE determina, en el art. 18.2 párrafo 3, que “los poderes públicos estimularán, en particular, el establecimiento de criterios comunes acordados por la industria para la clasificación y etiquetado de contenidos”, presuponiendo, de este modo, su utilización para luchar contra contenidos nocivos. Asimismo, procede poner de manifiesto que las actividades de clasificación y etiquetado de contenidos son, en cualquier caso, previas al sistema de filtrado.

En esta línea, cabe destacar la aprobación, por parte de la Junta de Andalucía⁸⁵, dentro del ámbito de España, del Decreto 25/2007, de 6 de febrero, por el que se establecen medidas para el fomento, la prevención de riesgos y la seguridad en el uso de Internet y las tecnologías de la información y la comunicación por parte de las personas menores de edad. Su importancia, además de en su contenido, estriba en que representa el primer texto normativo aprobado en España de estas características. Y es que, como hemos puesto de relieve, el uso de Internet constituye una valiosa herramienta educativa, si bien su uso inadecuado representa una amenaza para un sector de la población especialmente vulnerable, cual es el de los menores de edad⁸⁶.

84 Price, M. E. y Verhulst, S. G. “Selbstregulierung und Verhaltenskodizes als Grundlage von Internet-Politik”. En AA.VV. *Verantwortung im Internet*. Gütersloh, (2000): Bertelsmann Stiftung, 141-209.

85 Constituye la institución en la que se organiza el autogobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Esta última representa una de las diecisiete Comunidades Autónomas en las que se divide España.

86 Sobre este particular, podemos destacar, entre otros muchos, en el espacio de América Latina, las siguientes normas que buscan la salvaguardia del menor: la ley peruana 29139 que prohíbe el acceso de los menores de edad a Web de contenido de carácter pornográfico.

Se trata de evitar que la visión de comunicaciones comerciales, presentes en ciertas páginas Web, incentiven, aunque sea de manera indirecta, trastornos de la conducta alimentaria o eventuales conflictos de carácter emocional. Por ello, lo más oportuno es que los filtros instalados, por padres o tutores, impidan el acceso a este tipo de páginas con contenidos nocivos.

Sin embargo, existe un problema, desde el punto de vista de la efectividad, a valorar, consustancial a las limitaciones de los programas informáticos en sí, que viene determinado por la imposibilidad que, en ciertas ocasiones, los filtros presentarán para bloquear el acceso a contenidos potencialmente nocivos o, en otros, por el contrario, restringirán el acceso a apartados que no presenten, en absoluto, carácter nocivo⁸⁷.

Asimismo, como es sabido, todos los filtros presuponen una actividad de selección y, en su caso, de etiquetaje, realizándose esta última labor por parte de organizaciones privadas dedicadas a la clasificación de contenidos en Internet. No obstante, diversas instancias han puesto de relieve la falta de neutralidad de tales labores de etiquetaje, pues, en numerosas ocasiones, pretenden reflejar en los sistemas de clasificación sus propios intereses e imponer, de manera sutil, determinados criterios morales⁸⁸. Se trata de evitar que las comunicaciones comerciales puedan incentivar, aunque sea de manera indirecta, trastornos de la conducta alimentaria o eventuales conflictos de carácter emocional.

4. La capacidad en el espacio electrónico

En materia de comercio electrónico, sobre todo por lo que a los consumidores respecta, *a priori*, no resulta posible comprobar la capacidad de obrar de las partes que están contratando electrónicamente. Por lo que al empresario se refiere, su identidad y correspondiente capacidad puede ser conocida a través de diversos medios, como, por ejemplo, el certificado digital y la inscripción en el Registro Mercantil⁸⁹, cuyo acceso electrónico es posible y, dicho sea de paso, recomendable⁹⁰. Más problemático resulta, sin embargo, el conocimiento efectivo de la capacidad del consumidor; pues, en la actualidad, no existen medios inequívocos que nos permitan conocer la misma. De hecho, todavía no es posible acceder electrónicamente, a estos efectos, al Registro Civil.

87 Weinberg, J. "Rating the Net", *Hastings Communications and Entertainment Law Journal* (1997), 19, 453-462.

88 Conseil d'Etat, *Internet et les réseaux numériques*. París (1998): La Documentation française.

89 Sobre las bondades, en la materia que comentamos, de los iconos de confianza, nos remitimos al trabajo de López Jiménez, D. "Los distintivos electrónicos de confianza: el sello de calidad registral", *Boletín del Colegio de Registradores de España* (2009), 153.

90 Guisado Moreno, A. *Formación y perfección del contrato en Internet*. Madrid (2004): Marcial Pons; Camacho Clavijo, S. *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*. Madrid (2005): Reus.

En cuanto a la actividad contractual del menor en el marco del comercio electrónico debemos manifestar que siempre que exista capacidad natural deberá reconocerse la correspondiente capacidad de obrar⁹¹. A este respecto hemos de señalar que, aunque en algunos casos la existencia de autogobierno es evidente, en otros puede no ser tan clara, de forma que, en ocasiones, puede existir incertidumbre para el tercero respecto a si debe contratar con el representante legal o debe hacerlo con el menor.

La validez de los contratos electrónicos efectuados por el menor estriba en el hecho de que requieran del menor una capacidad conforme a su edad y entendimiento –capacidad natural- y que no precisen de una especial complejidad, lo cual no tendrá lugar cuando se trate de contratos que el menor realice con habitualidad.

No es precisa la intervención del representante legal del menor, de acuerdo con el art. 162.1 Código civil español –CC-, cuando se trate de actos que éste pueda realizar, teniendo en consideración sus condiciones de madurez, por sí mismo.

En materia de contratación, en general, y de comercio electrónico, en particular, debe coordinarse el reconocimiento de la capacidad del menor con la protección que sea precisa⁹². Ante la falta de norma que determine la capacidad general del menor no emancipado, cuando el mismo intervenga en materia de contratación electrónica, no podrá determinarse, con carácter general, si el contrato es válido o no, debiendo, en todo caso, atender al supuesto concreto y valorar la capacidad del menor teniendo en consideración tanto la importancia del acto en cuestión como la madurez y desarrollo personal del menor. Aun así, por el simple hecho de que el menor sea parte del contrato, tal circunstancia, teniendo en cuenta los arts. 1300 a 1302 CC, no podrá ser invocada por la otra parte para anular el mismo, pues sólo podrán solicitar la impugnación el propio menor, cuando alcance la mayoría de edad, o el representante legal de éste último.

Procede destacar que los menores de edad no podrán contratar determinados productos o servicios como tabaco, alcohol u otros productos perjudiciales para la salud y/o prohibidos por la ley. En efecto, deberán establecerse mecanismos técnicos que acrediten que quien adquiere los productos citados es, como mínimo, mayor

91 Jordano Fraga, F. "La capacidad general del menor", *Revista de Derecho Privado* (1984), 883-904; Gete-Alonso y Calera, M. C. *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*. Madrid (1985): Civitas; Gordillo Cañas, A. *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Madrid (1986): Tecnos; Ramos Chaparro, E. *La persona y su capacidad civil*. Madrid (1995): Tecnos; O'callaghan Muñoz, X. "Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de protección del menor", *La Ley* (1996), 4, 1247-1251; López San Luis, R. *La capacidad contractual del menor*, Dykinson, Madrid, 2001; Toldrá Roca, M. D. *La anulabilidad por causa de incapacidad (Reflexiones en torno al artículo 1304 del Código Civil)*. Valencia (2006): Tirant lo Blanch.

92 Díaz Alabart, S. "El derecho de asociación de los menores", *Revista de Derecho Privado* (2002), 9, 613-648.

de edad. En otras palabras, antes de perfeccionarse el contrato electrónico, deberá verificarse la edad del consumidor y/o usuario.

Cabe, en este sentido, la posibilidad de que el menor adquiera o contrate electrónicamente un bien o servicio sirviéndose, para ello, de maquinaciones fraudulentas existiendo, por tanto, dolo. Tal fenómeno existirá en el supuesto de que el menor se haga pasar en la contratación electrónica, cuando así sea preciso, por mayor de edad o por otras personas, mayores de edad, suplantando, además, la personalidad de éstos.

III. VIRTUALIDAD DE LA AUTORREGULACIÓN COMO SUGERENTE COMPLEMENTO (QUE NO ALTERNATIVA) DE LA NORMATIVA LEGAL IMPERANTE

Aunque ya hemos anticipado, cuando ha resultado procedente, las bondades que, en materia de protección de los menores de edad, con carácter general, desempeña el fenómeno de la autorregulación, cabe, a continuación, efectuar un análisis más extenso y particularizado del mismo.

I. Concepto

Hemos adelantado, al hilo del análisis de ciertos ámbitos –vinculados, directa o indirectamente, con la contratación electrónica- en los que el menor puede verse perjudicado, las prerrogativas que los códigos de conducta ostentan (que, como veremos, representa uno de los presupuestos de los sistemas de autodisciplina). De hecho, uno de los contenidos más significativos de los mismos es, precisamente, la protección de los menores de edad. Los preceptos de los códigos de conducta inciden en la necesidad de garantizar la salvaguarda de tal colectivo en diferentes espacios, cuales, por ejemplo, son bien el marco general de la contratación electrónica bien un ámbito concreto de este último, que, en el caso que nos ocupa, es el los productos alimenticios. Es, en este último supuesto, donde se inserta el código PAOS, del que, más adelante, nos ocuparemos. Son numerosas y ciertamente plausibles las medidas propuestas para alcanzar un nivel de protección elevado de los menores de edad.

Con carácter general, en virtud de la autodisciplina, se busca conseguir que los operadores de la cadena alimentaria fijen sus propias vías o canales de perfeccionamiento de la actividad contractual mediante un código de conducta que, insistimos, se inserta dentro de un sistema de autorregulación. Por lo que respecta a su naturaleza jurídica, sin perjuicio de que no nos ocuparemos de tal materia, en este momento, cabe precisar que se aproxima a la de un contrato normativo⁹³.

93 Al respecto, véase López Jiménez, D. "Aproximación a la posible naturaleza jurídica de los instrumentos derivados de la autorregulación en el ámbito digital", *Revista Jurídica del Notariado* (2012), 84.

Podemos definir, con carácter general, la autorregulación publicitaria como un sistema voluntariamente establecido por las empresas que integran el sector publicitario (anunciantes, agencias y medios de comunicación) en virtud del cual se persigue que el ejercicio de la actividad publicitaria –tradicional⁹⁴ y virtual⁹⁵- se haga de forma legal, honesta y responsable, en beneficio de los consumidores y usuarios, de los competidores, del mercado publicitario y de la sociedad en general⁹⁶.

La autorregulación, aplicada al ámbito que analizamos, es un sistema mediante el cual la industria publicitaria se autodetermina⁹⁷. Los tres actores de la industria: los anunciantes (que abonan los gastos de publicidad), las agencias (a cargo de su forma y contenido) y los medios (que ejercen de vía o soporte) se ponen de acuerdo sobre unos mínimos de conducta.

El fenómeno de la autorregulación publicitaria transfronteriza representa una manifestación del progresivo desarrollo de una normativa extraestatal –diferente de la legislación estatal y de la normativa internacional (contenida, en gran medida, en los convenios internacionales)- significativa, no solo para la ordenación de las relaciones mercantiles, sino, además, para la tutela de los consumidores en un entorno de expansión de la contratación internacional de consumo⁹⁸.

94 Sobre este particular, Gómez Segade, J.A. y Lema Devesa, C. “La autodisciplina publicitaria en Derecho comparado y en el Derecho español”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* (1982), 31-114; Tato Plaza, A. “El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* (1997), 18, 161-186; Gómez Castallo, J.D. “Autocontrol Publicitario, un complemento al control legal”, *Marketing y Ventas para directivos* (1998), 13, 10-11; Gómez Castallo, J.D. “La autorregulación publicitaria”, *Economistas* (2002), 20, 58-67; De la Cuesta Rute, J.M. “Un límite al poder autorregulador de autocontrol de la publicidad”, *Cuadernos de derecho y comercio* (2003), 43, 11-36; Tato Plaza, A. “La autodisciplina publicitaria”, *Revista Autocontrol de la Publicidad* (2005), 102.

95 En relación a esta materia, Gómez Castallo, J.D. “Sistemas alternativos de resolución de conflictos. La autorregulación e Internet”. En AA.VV. *Comercio Electrónico en Internet*. Madrid (2001): Marcial Pons, 449-475; Aparicio Vaquero, J.P. “Autorregulación de Internet y resolución extrajudicial de conflictos”. En AA.VV. *Autores, consumidores y comercio electrónico*. Madrid (2004): Colex y Caja Duero, 471-510; Tato Plaza, A. “La publicidad en Internet”. En González Delgado, J.A. (Coord.), *Responsa iurisperitorum digesta*. Salamanca, (2004): Ediciones de la Universidad de Salamanca, 89-104; Alvarado Herrera, L. “La autorregulación en la publicidad realizada por medios electrónicos: algunas reflexiones sobre confianza on-line”. En AA.VV. *Derecho Patrimonial y Tecnología. Revisión de los principios de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas*. Barcelona (2007): Marcial Pons, 475-488; Patiño Alvéz, B. *La autorregulación publicitaria: especial referencia al sistema español*. Barcelona (2007): Bosch; Guillén Catalán, R. “La autorregulación: solución alternativa de conflictos en materia de comunicaciones comerciales electrónicas”. En AA.VV. *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*. Valencia (2008): Tirant lo Blanch, 339-346.

96 Fernando Magarzo, R. “La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial”, *Estudios sobre Consumo* (2008), 84, 71-83; Gómez Castallo, J.D. “Autorregulación: una publicidad responsable en beneficio de los consumidores, la industria y el mercado”. En AA.VV. *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid (2010): Marcial Pons, 116.

97 El fenómeno de la autorregulación, según dispone Cranston, R. *Consumers and the Law*. Londres, (1984): Weidenfeld & Nicolson, proviene de una concepción gremialista de los mercaderes en la Edad Media que concibieron la necesidad de aprobar códigos de conducta para fortalecer la posición de ese gremio frente al mundo exterior. Modernamente, la concepción que se ha configurado en estos sistemas de autorregulación proviene del sistema jurídico anglosajón.

98 Callies, G.P. “Transnationales Verbrauchervertragsrecht”, *RebelsZ* (2004), 68, 254-259.

Existen dos grandes modalidades de sistemas de autodisciplina. Por un lado, los individuales en los que las reglas de conducta y el organismo de control se sitúan dentro de una sola empresa, y, por otro, los colectivos en los que ambos aspectos – las reglas de conducta y el organismo de verificación- abarcan a una multiplicidad de empresas. A su vez, los últimos mencionados –colectivos- pueden ser sectoriales o centralizados. En los sectoriales, el sistema de autodisciplina alcanza a empresas que pertenecen al mismo sector o grupo profesional, mientras que en los centralizados se integran empresas de diversos grupos profesionales.

Aunque la publicidad difundida en Internet se encuentra sometida a la propia normativa legal, como no podía ser de otra manera, tal régimen parece no ser suficiente o adecuado. De hecho, aunque la heterorregulación debería ser una ordenación de mínimos, lo cierto es que la misma no está siendo todo lo eficaz que debiera. En efecto, en cierta medida, como consecuencia del control externo, existe una hiperregulación sobre la comunicación comercial debido a la pluralidad de legisladores⁹⁹, de enfoques¹⁰⁰, intereses¹⁰¹ y controles¹⁰².

Teniendo en cuenta numerosos factores que imperan en la cuestión que consideramos –como, entre otros muchos, la extraterritorialidad de la Red, la extraordinaria celeridad de las modificaciones tecnológicas acontecidas en el espacio que analizamos, así como la necesidad de garantizar elevados niveles de protección para todos los tipos de agentes que, en este espacio, interactúan (los consumidores –mayores y menores de edad-, la industria, la Administración o, en otros términos, la sociedad en su conjunto)-, lo más aconsejable es que tal normativa se vea completada¹⁰³ –pero no sustituida- por el fenómeno de la autorregulación. Ahora bien, no debe tampoco pasar desapercibido que el contenido de la legislación condiciona directamente el de la autorregulación¹⁰⁴. Sin embargo, existen autores¹⁰⁵

99 Debe, en todo caso, ponerse de manifiesto el ingente entramado normativo que, tanto en España como en los países de nuestro entorno, afecta al sector de la publicidad. Por lo que se refiere a nuestro país, ha de indicarse que tal elenco de disposiciones se elaboran en diversos ámbitos. En este sentido, aunque la legislación y normativa reglamentaria estatales son realmente numerosas, todavía lo son más, si cabe, las que tienen carácter autonómico.

100 Ha de aludirse a la regulación del mensaje publicitario desde tres grandes perspectivas, a saber: la regulación general; la disciplina por razón del medio y; la ordenación en función del producto.

101 Respecto a los objetivos perseguidos por las normas aprobadas en materia publicitaria, cabe determinar que los mismos son muy dispares. Así, por ejemplo, podemos mencionar la salvaguarda de la competencia económica, la protección de los consumidores, etc. En todo caso, debe advertirse que, en ocasiones, puede resultar complejo determinar el interés específico que una norma vinculada con la publicidad va a tutelar.

102 En el supuesto de que se difunda un anuncio eventualmente ilícito cabe la posibilidad de que el mismo sea sancionado por vía administrativa, civil o penal.

103 Martín Llaguno, M. *En torno a la deontología de la comunicación comercial*. Alicante, (2006): Publicaciones de la Universidad de Alicante, 188; García Uceda, M. *Las claves de la publicidad*. Madrid (2008): Esic, 469; Muñoz Machado, S. "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica". En AA.VV. *Derecho de la regulación económica. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid (2009): Iustel y Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, 121.

104 Petty, R.D. "The Law of misleading advertising: an examination of the difference between common and civil law countries", *International Journal of Advertising* (1996), 15, 1 y 2.

105 Lewin, H.J. "The limits of self-regulation", *Columbia Law Review* (1967), 67, 603-644; Stern, L. "Consumer self-protection via self-regulation", *Journal of Marketing* (1971), 35, 4-53.

que consideran que el fenómeno de la autorregulación no ha de ser sacralizado, ya que presenta una limitación inherente. Así, la propia industria puede sugerir que se observen un elenco de prácticas ideales, aunque las empresas no tienen, en modo alguno, la obligación de observarlas. En efecto, no tienen el mismo grado de coercibilidad que una norma jurídica. En todo caso, su asunción voluntaria supone un plus adicional frente a otras empresas, por lo que su adhesión debe ser valorada positivamente, por el público destinatario, pues constituye una ventaja competitiva.

2. Presupuestos

Los documentos de buenas prácticas, en ocasiones, se integran en lo que puede denominarse un sistema de autorregulación. Para su concurrencia deberán necesariamente concurrir dos presupuestos. Se trata, por un lado, del documento de referencia¹⁰⁶ o de buenas prácticas y, por otro, del organismo de control, imparcial e independiente, que se encargará de velar por su plena observancia¹⁰⁷. La falta de alguno de los presupuestos preceptivos o el mal funcionamiento de los mismos determinará que el sistema, además de ineficaz, sea incompleto. Seguidamente, efectuaremos ciertas consideraciones respecto a cada uno de los mencionados.

Por un lado, el documento de buenas prácticas supondrá el establecimiento de ciertas garantías, que vayan más allá de la legislación semi-imperativa¹⁰⁸, que es una exigencia ineludible para que nos encontremos ante un verdadero documento de buenas prácticas (típicamente, insistimos, un código de conducta), ya que, de otro modo, podríamos estar ante una mera recopilación legislativa o una explicación, más o menos, didáctica de la normativa imperante. El documento de buenas prácticas regiría, en toda su extensión, en las mejoras operadas –en el plano estrictamente legal, así como en el ético–, con respecto al potencial consumidor y/o usuario, pero no en las rebajas realizadas sobre la legislación protectora del consumidor que no debe olvidarse ostenta carácter semi-imperativo¹⁰⁹. En otras palabras, cuando la norma

106 La denominación de las figuras derivadas de la autorregulación es radicalmente diversa a las que ostentan las fuentes jurídicas clásicas.

107 Ahora bien, la Ley española 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) únicamente reconoce aquellos sistemas de autodisciplina que incluyan mecanismos de resolución extrajudicial de litigios que se fundamenten y hayan sido objeto de reconocimiento a tenor de lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 y que, como tales, hayan sido notificados a la Comisión Europea.

108 Son válidas, por consiguiente, las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas que la normativa legal mínima para el consumidor y/o usuario. Se hace aplicación de las denominadas, por la doctrina alemana, normas semi-imperativas (*Halbzwingende Vorschriften*) que serían modificables únicamente en beneficio del consumidor, pero no en sentido contrario.

109 Frente a lo establecido en el art. 6.2 del CC español –que preceptúa que “la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”–, el art. 10 del Real Decreto Legislativo español 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias –TRLGDCU– incluye la regla general de la irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores y, además, atribuye a la renuncia, no precisamente cualquier grado de invalidez, sino la nulidad de pleno Derecho. Tratándose de un Derecho tuitivo de la parte débil, que es el consumidor, frente al empresario, que podría, de manera sencilla, imponer sus condiciones, la irrenunciabilidad de derechos representa una regla necesaria para su efectividad real. De hecho, numerosas reglas similares a la del art. 10

legal sea semi-imperativa, no se podrá excluir su contenido en perjuicio de la parte a la que la ley quiso proteger. La redacción de los documentos en los que se incluyen las normas de conducta resulta posible gracias al principio de la autonomía de la voluntad y, naturalmente, habrán de respetar la legislación tanto imperativa como semi-imperativa que, sobre el particular, existe¹¹⁰. De hecho, como acertadamente determina un sector de la doctrina¹¹¹, es posible que la acción reglamentista no sea precisamente la opción más idónea para solventar muchos problemas, en cuyo caso la autorregulación puede alcanzar sugerentes objetivos de protección de los consumidores –entre los que deben entenderse incluidos los menores-, sobre todo en industrias que comparten un gran interés por mantener la confianza de los consumidores. Una autorregulación real, con compromisos claros y (voluntariamente) obligatorios con los consumidores y que sea correctamente aplicada, puede reducir la necesidad de la reglamentación. Las normas que se recogen en estos códigos suelen estar mucho más adaptadas al problema concreto que quieren solucionar; ya que la elaboración de los mismos se ha efectuado, precisamente, por las personas que se encuentran en una relación más cercana con la problemática a resolver.

Sin perjuicio de que nos dedicaremos, de manera preferente, al examen del código PAOS que rige en el ámbito de la publicidad, debemos considerar que el mismo coexiste con otros instrumentos, cual, entre otros, es el código de buenas prácticas mercantiles en la contratación alimentaria¹¹².

Y, por otro, el segundo presupuesto al que aludimos es el órgano de control para, en su caso, solventar las controversias acontecidas entre las empresas adheridas y los consumidores o usuarios que, de una u otra forma, acometan la contratación o prestación de un bien y/o servicio, incluyendo las actividades destinadas a la promoción –publicidad interactiva- de los mismos. En otras palabras, el mecanismo extrajudicial de resolución de litigios¹¹³ se pronunciará sobre la existencia o inexistencia de una posible vulneración del documento de buenas prácticas (cual, por ejemplo, es un código de conducta) en el que el mismo se integra, imponiendo, en su caso, la sanción que proceda según el articulado de este último. Del artículo 37.4 de la LCD pueden deducirse dos grandes cuestiones. Por un lado, el carácter

del TRLGDCU figuran en otras muchas normas, comunitarias, estatales y autonómicas, de protección de los consumidores. Finalmente, también hemos de advertir que, aunque el art. 10 del TRLGDCU alude a los derechos que esta norma reconoce, tal término debe ser interpretado en un sentido amplio. Así, debería entenderse incluido en el mismo, de manera complementaria, la renuncia de cualquier facultad o la renuncia de acciones para la protección de tales derechos, así como de cualquier interés legítimo tutelado por el TRLGDCU.

110 Sobre este particular, López Jiménez, D. “El principio de la autonomía de la voluntad como instrumento para la consecución de la confianza electrónica: los códigos de conducta”, *Repertorio de Tribunales Superiores de Justicia - Audiencias Provinciales* (2009), 20, 11-24.

111 Vega Vega, J.A. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. Madrid (2005): Reus, 404.

112 A ello se dedican los arts. 15 a 18 de la Ley española 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria.

113 En el ámbito del Derecho francés debemos señalar que, en el marco de la *Loi de modernisation de l'agriculture et de la de la pêche* -Ley sobre la modernización de la agricultura y la pesca- de 27 de julio de 2010, sin acudir a la autorregulación, se recurrió a un mediador cuyas competencias se ampliaron en 2011.

obligatorio del órgano de control que necesariamente debe existir para que estemos ante un verdadero organismo de control. Y, por otro, que dicho órgano ha de ser independiente.

Lo primero resulta no solo de la naturaleza del sistema de autodisciplina – que, como ya vimos, requiere la existencia del documento de buenas prácticas – típicamente un código de conducta- y del órgano de control-, sino de la fórmula verbal imperativa empleada por el legislador español (“se dotarán”), de manera que los que no tengan ese órgano no parece que deban merecer la condición de sistema de autorregulación a los efectos legales.

La independencia del órgano es presupuesto para que pueda asumir el sistema de resolución extrajudicial de controversias¹¹⁴ legalmente previsto, y deberá predicarse tanto de los miembros que lo componen como del propio órgano en sí en su actuación. A tal fin, el establecimiento de un elenco de causas de abstención y recusación ayudaría a reforzar esa garantía, que deberá respetar las exigencias contenidas en la Recomendación comunitaria 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998 y de la Recomendación europea 2001/310/CE, de 4 abril 2001, de la Comisión que establece los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, cuando se trate de un código de conducta que reglamente las relaciones entre empresarios y consumidores.

La normativa indica que dichos sistemas de autodisciplina deben cumplir los requisitos establecidos en la legislación comunitaria y, como tales, sean notificados a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo, de 25 de mayo de 2000, relativo a la red comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo o cualquier disposición equivalente (que se conoce como red EJE¹¹⁵). Parece, en consecuencia, que impone que los órganos de control estén integrados en la red EJE. Integración que implica el pleno respeto de los principios establecidos en la Recomendación europea 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, relativos a independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de elección y derecho de representación, completados, asimismo, por la Recomendación

114 Según la Unión Europea, en la actualidad, se estima que existen unos 750 sistemas nacionales de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo.

115 La Red EJE –Red extrajudicial europea de resolución alternativa de conflictos- es una red de asistencia e información al consumidor constituida por puntos de contactos nacionales –denominadas “cámaras de compensación”- establecidos en todos los Estados miembros, así como en Noruega e Islandia. La misma tiene como fin la solución extrajudicial de conflictos en el ámbito de consumo, pero en especial los vinculados con el comercio electrónico transfronterizo. Con esta medida, se trata de facilitar a los consumidores el acceso a una vía de compensación en el supuesto de litigio con proveedores establecidos en otros países de la UE, así como de Noruega e Islandia, diferentes del Estado miembro de residencia del consumidor.

comunitaria 2001/310/CE, de 4 abril 2001, de la Comisión¹¹⁶ –que alude, en su ámbito, a los principios de imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad¹¹⁷–.

Dicho de otra manera, solo se consideran verdaderos sistemas de autodisciplina, a efectos legales, los que reúnan los requisitos explicitados. En caso contrario, se hablaría de sistemas de autodisciplina impropios, hasta el punto que su presentación pública podría incluso dar origen, a tenor del art. 5 de la LCD, a un acto desleal por engaño.

3. Eficacia

En caso de infracción de los códigos de conducta, no hay, sin embargo, un aparato público o estatal –órganos jurisdiccionales o, en su caso, administrativos– para hacerlos cumplir. Uno de los interrogantes más significativos que los mismos plantean es, precisamente, cuál es su eficacia real, así como, en este sentido, qué acontece en caso de incumplimiento. La respuesta al respecto pasa por el poder sancionador que el organismo de control del sistema de autorregulación ostenta. Tal autoridad, de carácter coactivo, está supeditada al grado de compromiso que, en su caso, el empresario sancionado tenga.

Los códigos deontológicos no tienen, en ningún caso, la coerción de una norma jurídica¹¹⁸. Este punto es probablemente su debilidad, sin que la misma pueda interpretarse como su ineficacia. Teniendo en consideración que, en la práctica totalidad de las ocasiones, no puede hablarse de un comportamiento ético al margen de la legalidad, el primer mandato ético al que ineludiblemente deben obedecer los sistemas de autorregulación, en el ámbito que comentamos, estriba en la necesidad de adecuar las operaciones efectuadas a la legalidad vigente¹¹⁹.

Un supuesto especialmente controvertido, en todo el orden de cuestiones que venimos abordando, vendría determinado por el hecho de qué consecuencias podría tener la exhibición del sello de confianza –acreditativo de la adhesión a un determinado código de conducta en materia de comercio electrónico– en el sitio Web y/o en diferentes instrumentos o canales publicitarios de la empresa y el

116 Aunque en un plano diverso, debemos, asimismo, tener en cuenta el Reglamento 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, relativo a la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores.

117 Doce años después de la aprobación de las Recomendaciones de la Comisión sobre los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, en materia de consumo, el análisis de la situación actual pone de manifiesto que las medidas adoptadas únicamente, a nivel nacional, no han hecho que la cobertura de tales instrumentos sea realmente suficiente.

118 En cualquier caso, como adelantamos, cabe recordar que, en sede de naturaleza jurídica, los códigos de conducta podrían aproximarse a la figura de los contratos normativos. Por consiguiente, como puede colegirse, son verdaderamente contratos. Sería la contractualidad la que, por tanto, explica su eficacia.

119 Tato Plaza, A. “La autodisciplina publicitaria”, *Revista Autocontrol de la Publicidad* (2005), 102.

posterior incumplimiento que las obligaciones inherentes a su muestra representa. En relación a esta cuestión, debemos efectuar dos matizaciones.

La primera que la publicidad integra el contenido del contrato. Como determina el art. 61.2 del TRLGDCU, "las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato". Si referimos tal estipulación al ámbito de los códigos de conducta del comercio electrónico, habremos de considerar la plena vigencia de las obligaciones asumidas por el prestador de servicios de la sociedad de la información. En consecuencia, como lo ofrecido no coincide con lo publicitado –aunque sea en el ámbito del régimen puramente jurídico o contractual del convenio–, existiría incumplimiento contractual por parte del prestador de servicios de la sociedad de la información cuya actitud defraudaría las iniciales expectativas del consumidor y/o usuario.

La segunda, sin perjuicio de que ya lo hemos anticipado, pasa por considerar la posible deslealtad del comportamiento recientemente descrito. En efecto, la Directiva sobre prácticas comerciales desleales ha dado un paso adelante en la imbricación de los sistemas de autocontrol en el régimen de represión de la competencia desleal, al incluir entre las prácticas comerciales desleales el incumplimiento de los compromisos asumidos por la adhesión a códigos de conducta en determinadas circunstancias. A este respecto, el art. 6.2.b) de la misma sólo considera práctica comercial engañosa el incumplimiento de los compromisos asumidos por la adhesión a códigos de conducta, en los casos en los que el empresario haga expresa mención de su sometimiento a tal código entre las alegaciones o manifestaciones realizadas en una práctica comercial. La idea que subyace en este precepto es que cuando una empresa declara su adhesión a un código hace nacer expectativas legítimas.

4. Autocontrol de la Publicidad como sistema ejemplar sobre la materia

Además de la verificación *a priori* (denominada *copy advice* o asesoramiento previo¹²⁰), ciertos sistemas de autodisciplina posibilitan un examen *a posteriori* de las eventuales disputas que se susciten en torno a la posible vulneración del código de conducta. Este último se efectúa por parte del organismo de control que actúa una vez que la campaña promocional se ha difundido. En tal supuesto, el contenido de las resoluciones determinarán, en su caso, la ilicitud de la publicidad,

120 En el caso del informe de pre-emisión, o *copy advice*, el Gabinete Técnico de Autocontrol, cuando sea solicitado por un anunciante, un medio de difusión y/o una agencia, con carácter previo a que el anuncio o comunicación comercial sea objeto de difusión o comunicación, analiza su grado de compatibilidad con las normas legales y éticas –cuyo compromiso ha sido asumido en virtud de la adhesión a los códigos de conducta–. Las conclusiones de tal dictamen pueden ser diversas. Así, puede ser que no existan obstáculos para la difusión pública de la comunicación comercial; que se desaconseja, por completo, la difusión del mismo; y, por último, que se aconseja la difusión del anuncio, aunque con restricciones, cuales son, por ejemplo, que el mismo tenga lugar, con carácter exclusivo, en determinadas franjas horarias.

por la infracción de una o varias normas éticas –presentes en el articulado de los códigos de conducta-, instando al anunciante a cesar o modificar la publicidad. Entre los sistemas extrajudiciales más paradigmáticos, contemplados en la lista publicada por la Comisión Europea sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores, destaca el denominado Jurado de Autocontrol de la Publicidad. Sin perjuicio de la loable labor que tal organismo realiza, se echa en falta la puesta en marcha de una institución que tutele, de manera efectiva, vele por los derechos del menor de edad. Tales derechos resultan especialmente dignos de salvaguarda, por encima de cualquier derecho de índole comercial, por legítimo que el mismo sea¹²¹.

Entre los órganos extrajudiciales de resolución de conflictos que existen, a escala europea, en materia de publicidad interactiva, hay uno que constituye un modelo de referencia. Se trata del Jurado de Autocontrol de la Publicidad, que presenta origen español.

La asociación en la que el Jurado de Autocontrol de la Publicidad se integra, aunque sin ser un órgano dependiente de la misma –pues goza de plena independencia-, es Autocontrol. Esta última se constituyó en 1995, ostentando su precedente en Autocontrol de la Publicidad S.A. que se creó en 1977. Respecto a los asociados de Autocontrol, cabe indicar que, entre anunciantes, agencias y medios, agrupa a más del 75% de la industria publicitaria en España.

Autocontrol es el único organismo privado español que ha sido incorporado por la Comisión Europea a su Red Extra-judicial Europea, por cumplir, su órgano extrajudicial de resolución de controversias –el Jurado de la Publicidad-, los requisitos y principios de independencia¹²², transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de elección y derecho de representación por parte del consumidor, establecidos en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los de los litigios en materia de consumo¹²³.

Las funciones, la composición y el funcionamiento del Jurado se regulan tanto en los arts. 44 a 50 de los Estatutos de Autocontrol, de 11 de mayo de 1995 –cuya última modificación es de 26 de abril de 2011-, como en el Reglamento del propio

121 En la nueva Ley General española de la Comunicación Audiovisual se prevé la creación de un Consejo estatal de Medios Audiovisuales. Éste es susceptible de ostentar un elenco importante de consecuencias positivas en la materia que abordamos.

122 Sobre los conceptos de independencia e imparcialidad, Galán González, C. *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*. Valencia (2005): Tirant lo Blanch, 19-26.

123 Ahora bien, no faltan reclamaciones administrativas en las que expresamente se alude a la falta de independencia e imparcialidad del Jurado de la Publicidad. En este sentido, la Resolución, de 28 de abril de 2008, de la Comisión Nacional de la Competencia (AC 2008/1775), que desestima el recurso presentado por Ausbank Consumo frente a Autocontrol. A este respecto, Ausbank Consumo entendía que el Jurado carecía de tales caracteres, dado que estaba integrado en la propia estructura de quien crea las normas, ser designado y pagado por Autocontrol.

Jurado de la Publicidad, de 23 de abril de 1997, cuya última reforma data de 2 de octubre de 2013.

El Jurado está formado, en virtud de los arts. 44. I del Estatuto de Autocontrol y 3 del Reglamento del Jurado, por un presidente, seis vicepresidentes y veinte vocales de indiscutible imparcialidad. Nótese el acento de imparcialidad que pretende ponerse de relieve y, en consecuencia, alcanzarse con el vocablo "indiscutible". Es importante insistir en la necesidad de que ninguno de los miembros del Jurado puede tener relación de ningún tipo con las empresas adheridas. El art. 14 del Reglamento del Jurado establece, en este sentido, un completo régimen de causas de abstención y de recusación que impide la participación de los miembros del Jurado en los que concurran uno o varios de los motivos enumerados en aquél precepto.

Resulta interesante señalar que, a pesar de que no existe indicación expresa sobre el particular ni en los Estatutos de Autocontrol ni en el propio Reglamento del Jurado, tanto el presidente como los seis vicepresidentes del Jurado son juristas, mientras que los vocales son expertos en publicidad¹²⁴.

El Jurado actúa en pleno o por secciones. El pleno es competente para aprobar los anteproyectos de códigos y normas de conducta elaborados por las secciones y resolver los recursos de alzada que se interpongan contra las resoluciones dictadas por las secciones. Las secciones, que son seis presididas por un vicepresidente del Jurado, son competentes para: emitir dictámenes solicitados por la asociación; elaborar los anteproyectos de códigos y normas de conducta para la asociación¹²⁵; solventar las reclamaciones por infracción de los códigos y normas de conducta que aplica la asociación; resolver las solicitudes de revisión de *copy advice* planteadas por anunciantes; atender las solicitudes de aclaración de las resoluciones; y actuar como árbitro en aquellas cuestiones publicitarias sometidas a su decisión.

Tal órgano únicamente interviene cuando una controversia está planteada y actúa de acuerdo con un procedimiento reglado según los principios de igualdad de las partes, de audiencia y de contradicción. Aunque es cierto que el Jurado ostenta una dependencia administrativa de Autocontrol de la Publicidad, no es, en absoluto, un órgano suyo. Está formado por expertos¹²⁶ de diferentes ramas del saber: Derecho, Economía, Publicidad, Comunicación, Sociología, etc., al que se recurre cada vez en

124 Tato Plaza, A. y Fernández Carballo-Calero, P. "Derecho de marca y autodisciplina publicitaria". En AA.VV., *Marca y publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar*. Madrid (2009): La Ley, 1005.

125 Mientras el código general de conducta publicitaria es elaborado por Autocontrol, los códigos de conducta de carácter sectorial no son elaborados por dicha asociación. En efecto, son objeto de redacción por parte de la asociación sectorial de que se trate. En todo caso, una vez que se han constituido, es Autocontrol quien se encarga de su cumplimiento.

126 De hecho, entre los vocales de las diferentes secciones se encuentran ex directivos de agencias de publicidad, ex directivos de medios, así como personas que ocuparon puestos de relevancia en materia de consumo en el ámbito de la Administración Pública.

más ocasiones¹²⁷. Cabe precisar que el Instituto Nacional de Consumo español participa en la selección del 25% de sus componentes¹²⁸. A pesar de su juventud, el sistema de autorregulación publicitaria creado por Autocontrol se ha convertido en el mecanismo preferente de resolución de controversias en España¹²⁹ por encima, incluso, de los tribunales de justicia¹³⁰.

Podemos afirmar que el gran protagonista del nuevo sistema español de autodisciplina publicitaria es el denominado Jurado de la Publicidad que se define en el art. 44.1 de los Estatutos de Autocontrol como un órgano especializado en materia deontológica-publicitaria, dotado de absoluta autonomía e independencia en sus funciones y formado por personas independientes¹³¹.

Conviene advertir que las diferencias que existen entre que el Jurado actúe en aplicación de normas y que Autocontrol emita dictámenes sobre la publicidad son muy significativas. Los dictámenes de Autocontrol se emiten por órganos de la propia asociación, no responden a ningún procedimiento regular y, sobre todo, Autocontrol, al realizar esa actividad dictaminadora, no hace ninguna operación de solución extrajudicial de conflictos¹³². Por eso, el dictamen no puede tener el valor jurídico de una resolución del Jurado.

Únicamente se ocupa de la publicidad comercial, quedando, por consiguiente, excluida la publicidad política, institucional y religiosa. Además, a tenor del art. 13.2 del Reglamento del Jurado, necesariamente debe tratarse de publicidad emitida en España en los últimos doce meses, incluyéndose la publicidad de carácter transfronterizo –art. 12.2 del Reglamento del Jurado–, pero también aquella que se haya difundido en el extranjero, que hayan sido condenados en firme por el correspondiente órgano nacional de autocontrol integrado en EASA¹³³ –*European Advertising Standards Alliance* o Alianza Europea para la Deontología Publicitaria–, si es que existen indicios de que la misma se vaya a emitir también en España –art. 12.3 del Reglamento del Jurado–. De igual modo, de acuerdo con el art. 13.3 del Reglamento del Jurado, no se admitirán a trámite las reclamaciones que versen

127 Illescas Ortiz, R. y Perales Viscasillas, P. *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Madrid (2003): Editorial Centro de Estudios Ramón Areces y Universidad Carlos III de Madrid.

128 Autocontrol ha firmado tres convenios con el Instituto Nacional de Consumo -INC-. El primero de tales convenios, firmado en 1999, tiene como fin establecer un marco de relación que posibilite la cooperación mutua en el seguimiento de la publicidad y la detección, corrección y supresión de la publicidad incorrecta. De hecho, en el mismo se prevé que corresponderá al INC el nombramiento de un 25% de los miembros del Jurado, como medio para garantizar la participación de los consumidores en dicho órgano.

129 A fecha de hoy, ha resuelto unos 2000 casos relativos a cuestiones publicitarias.

130 Fernando Magarzo, M.R. "Arbitraje y publicidad. La resolución extrajudicial de controversias en el ámbito publicitario: el jurado de autocontrol de la publicidad", *Anuario de Justicia Alternativa* (2007), 8, 91-92.

131 Tato Plaza, A. "La autodisciplina publicitaria", *Revista Autocontrol de la Publicidad* (2005), 102.

132 El procedimiento ante el Jurado no presenta, en modo alguno, carácter arbitral, ni el mismo se rige por la normativa de arbitraje, sino por lo establecido en su propio Reglamento.

133 Representa una organización sin ánimo de lucro, creada en 1992, con sede en Bruselas, que reúne a diversas organizaciones nacionales de publicidad de autorregulación de Europa y otros espacios diversos.

sobre una comunicación comercial que haya sido resuelta o esté en tramitación en un proceso judicial o procedimiento administrativo¹³⁴.

En cuanto a los textos que sirven de base a las resoluciones del Jurado de la Publicidad, debe precisarse que no son estrictamente normas legales¹³⁵, ya que, de actuar en tal sentido, el Jurado podría estar invadiendo la función jurisdiccional que, de acuerdo con el art. 117 de la Constitución Española de 1978, sólo compete a los jueces y tribunales¹³⁶.

La resolución de conflictos, en materia de publicidad interactiva, se fundará en el código (general) de conducta publicitaria de 1996¹³⁷ –cuya última modificación data de 2011–, así como en el código sectorial de que se trate –en nuestro caso el código PAOS–. Las normas contenidas en código sectorial deben reputarse como deontológicas o éticas, sin perjuicio de que contienen, además de la normativa aplicable, en ciertos supuestos, un plus de mejora de los derechos de los potenciales consumidores y/o usuarios. La valoración jurídica –carácter deontológico o ético– que hemos efectuado sobre las normas contenidas en los códigos de conducta, que el Jurado aplica, ostenta el respaldo de nuestra mejor doctrina¹³⁸ e, incluso, el propio Jurado en sus resoluciones así lo reconoce¹³⁹. Ahora bien, esta diferenciación, en la práctica, se diluye, ya que los instrumentos de autorregulación establecen la observancia de las normas jurídicas, como regla básica de comportamiento ético, lo que permite que el Jurado sancione el incumplimiento de la legalidad¹⁴⁰ como un comportamiento contrario a la ética publicitaria.

134 También debe manifestarse que la presentación de una demanda ante los tribunales de justicia en relación a una publicidad de la que esté conociendo el Jurado, supondrá la inmediata paralización del procedimiento iniciado en este último.

135 Tal situación difiere con la valoración de la naturaleza jurídica de la autodisciplina publicitaria propia de la doctrina italiana que considera las normas éticas de la publicidad como parte de un ordenamiento jurídico privado. Sobre este particular, Zorzi, N. "Autodisciplina pubblicitaria", *Contrato e impresa* (1985), 2, 50.

136 Así, la SAP Madrid 29 abril 2008 (AC 2008, 1075).

137 El apartado E se refiere a la protección del público infantil. En el mismo Autocontrol determina que la publicidad habrá de ser particularmente cuidadosa. Además, no habrá, en modo alguno, de explotar la ingenuidad, inmadurez, inexperiencia o credulidad, ni, en absoluto, abusar de su sentido de lealtad. Especialmente sugerentes, a nuestros efectos, resultan las menciones que se efectúan en cuanto a la protección de la salud, en virtud de la evitación de la comunicación comercial que incentive a sus receptores, sobre todo a los adolescentes, a adquirir comportamientos o pautas que puedan ser nocivos para su salud.

138 Barona Vilár, S. *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajurisdiccional*. Valencia (2008): Tirant lo Blanch, 258.

139 Así, entre otras muchas, la resolución de la sección segunda del Jurado de 24 de julio de 1996 "Conservera Campofrío".

140 Según el Jurado de la Publicidad, existen tres criterios para efectuar la interpretación del principio de legalidad. El primero es la lectura simple y elemental de la norma jurídica. El segundo, cuando la complejidad del asunto lo requiera, y sea necesaria la interpretación de la Ley, se acudirán a los pronunciamientos jurisprudenciales existentes. Y, en tercer término, si la complejidad del caso lo requiere, y no existe jurisprudencia, al respecto, el Jurado deberá realizar un profundo y sincero posicionamiento deontológico que evite dejar sin solución la controversia. Cabe apuntar que existen motivos de crítica para los tres razonamientos enunciados –véase Patiño Alvéz, B. *La autorregulación publicitaria. Especial referencia al sistema español*. Barcelona (2007): Bosch, 242–. El primero, porque una lectura, simple y elemental, de la norma jurídica, como criterio interpretativo, implica su aplicación, reservada a los jueces y Tribunales. El segundo, el criterio jurisprudencial, ya que la aplicación de los criterios jurisprudenciales para los casos de mayor complejidad –en otros términos, aquellos que requieren un alto esfuerzo en la interpretación de la Ley–, implica no sólo el reconocimiento de la labor de interpretación

Debe advertirse que tanto las propias partes, en sus escritos, como los fallos del propio Jurado de la Publicidad aluden a resoluciones precedentes de tal órgano que, de alguna manera, puedan servir de fundamento a sus razonamientos. En efecto, como bien apunta la doctrina¹⁴¹, el Jurado, salvo excepciones debidamente motivadas y justificadas, no suele apartarse, en modo alguno, de lo resuelto en otros conflictos. En cierta medida, podría, según la opinión doctrinal que seguimos, colegirse que se desenvuelve de una manera similar a lo que acontece con la jurisprudencia de los tribunales y, sobre todo, del Tribunal Supremo de España. Tal proceder obedece a exigencias de seguridad jurídica, del principio de igualdad, así como de la prohibición de la arbitrariedad.

La autoridad técnica y la imparcialidad demostrada por sus resoluciones, dictadas por juristas de reconocido prestigio y expertos de contrastada reputación en el sector, han generado una alta credibilidad y confianza, desde sus comienzos hasta la actualidad, tanto entre la industria publicitaria como ante la Administración pública española y la sociedad en general. Cuando, tras haber sometido el asunto al Jurado de la Publicidad, las partes han acudido posteriormente a los Tribunales españoles de Justicia, los pronunciamientos judiciales han coincidido sustancialmente con el contenido de las resoluciones del Jurado previamente dictadas¹⁴², pudiéndose, de este modo, observarse que del Jurado ha emanado una doctrina sólida con trascendencia en la Jurisdicción ordinaria española¹⁴³.

IV. EL CÓDIGO DE CORREGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD DE ALIMENTOS Y BEBIDAS DIRIGIDA A MENORES, PREVENCIÓN DE LA OBESIDAD Y SALUD (CÓDIGO PAOS)

El preámbulo de la Ley española 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud establece que la salud de la población española no solo se ha beneficiado de unos servicios sanitarios de calidad, así como de la excelencia de los profesionales que en ellos trabajan, dado que también lo ha hecho de su entorno, su clima, su entramado social y familiar, su alimentación, y de un importante número de factores que han

de la Ley que realiza, sino que, además, al escudarse en criterios jurisprudenciales, se refiere a la interpretación que un juez realiza de una norma jurídica, por lo que el Jurado estaría aplicando incorrectamente la norma. Y el tercero, el criterio deontológico, dado que supone la realización de una interpretación de la propia norma jurídica, debido a que no puede dejar sin resolver una cuestión planteada.

141 Rebollo Puig, M. "La resolución extrajudicial de conflictos publicitarios. El Jurado de la Publicidad". En AA.VV. *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Barcelona (2010): Marcial Pons, 340.

142 Como, a este respecto, determina Gómez Castallo, J.D. "Autorregulación: una publicidad responsable en beneficio de los consumidores, la industria y el mercado". En AA.VV. *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Madrid (2010): Marcial Pons, 128, en 2008, hasta 17 casos, sobre los que existía un pronunciamiento del Jurado de la Publicidad, han sido posteriormente examinados por los Tribunales de Justicia, habiendo sido aportado al juicio la opinión de Autocontrol. Pues bien, sigue diciendo tal autor, en todos los supuestos, con una única excepción, ha habido coincidencia sustancial.

143 Tal extremo, es reconocido tanto por la doctrina -Gómez Castallo, J.D. y Fernando Magarzo, M.R. "Códigos de Conducta y Sistemas de Autorregulación: en especial, en el ámbito de las comunicaciones comerciales. Parte I", *Autocontrol* (2011), 163, 11-15- como por la Jurisprudencia -SAP Madrid 5 diciembre 2001; SJM Málaga de 30 de octubre de 2007 (JUR 2008/3260)-.

contribuido, qué duda cabe, a situarla entre los Estados del mundo con mejores indicadores de salud.

Ahora bien, la publicidad de alimentos dirigida al menor de edad debe discurrir dentro de ciertos parámetros que garanticen la tutela integral del colectivo al que van dirigidos. Como hemos visto, se trata de un público especialmente permeable a cuanto procede del exterior. Por ello, tanto la legislación heterónoma como las normas autónomas, que complementan a las primeras, deben aunar esfuerzos en beneficio de tal fin. El fenómeno de la autorregulación resulta especialmente sugerente en esta materia. En virtud del mismo, se ha elaborado el código PAOS del que, a continuación, nos ocuparemos. Consideramos que el mismo representa un verdadero paradigma sobre la materia que aborda.

I. Orígenes

Hace aproximadamente 8 años -2005-, el Ministerio de Sanidad de España, la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición¹⁴⁴ –AESAN-, Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas –FIAB-, firmaron la primera versión del código PAOS. Este documento de buenas prácticas se integraba dentro de la denominada estrategia NAOS¹⁴⁵ –Nutrición, Actividad Física, prevención de la Obesidad y Salud-. Su articulado incluye un elenco de reglas relativas al desarrollo, ejecución y difusión de las comunicaciones comerciales dirigidas a los menores de edad. En su primera versión (2005) únicamente se refería a esta materia en los medios impresos, si bien en 2010 también se incluyó el medio televisivo. En 2012 se incluyó la Red.

Con el código de conducta PAOS se fortifica un modelo que resulta pionero en el plano comunitario. Asimismo, en cierta medida, se refuerza el compromiso entre el sector público y el privado en el sector de la alimentación dirigida a menores.

El objetivo que se busca con el código de buenas prácticas que comentamos estriba en fijar un elenco de reglas dirigidas a guiar a las empresas adheridas¹⁴⁶ en el desarrollo, ejecución y difusión de las comunicaciones comerciales dirigidas a menores, con la finalidad de que tales mensajes fomenten la adopción de dietas y estilos de vida saludables, para prevenir la obesidad infantil¹⁴⁷. Se trata, en suma, de

144 Se trata de un organismo adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo de España, que tiene como objetivo garantizar el más alto grado de seguridad y, además, fomentar la salud de los ciudadanos.

145 Dicha estrategia tiene como finalidad reducir la prevalencia de la obesidad, así como del sobrepeso y sus negativas consecuencias. Todo ello en el ámbito de la salud pública y de los efectos sociales.

146 En la actualidad, están adheridas hasta 35 empresas que constituyen el 75% de la inversión publicitaria del sector.

147 Desde 1980 hasta 2008, en Estados Unidos, la proporción de sobrepeso en menores de edad, cuyas edades oscilan desde los 6 a 11 años, se ha duplicado. De hecho, ha pasado desde el 6.5% a un 15.3%. Si atendemos a las cifras empíricas, cabe destacar que en el caso de los adolescentes la cifra se ha triplicado –ya que ha pasado del 5% a un 15%-. En consonancia con las cifras mencionadas, los gastos en inversión publicitaria, por parte de las empresas de comida rápida, han protagonizado un crecimiento muy notable. Tal gasto no resulta exagerado,

reducir las comunicaciones comerciales relativas a los alimentos que ostenten un elevado poder calórico; restringir la televisión orientada a los menores; y, finalmente, limitar las prácticas comerciales que pueda reputarse agresivas en materia de alimentos con un alto valor calórico y bajo o limitado aporte nutricional.

Si bien, como hemos adelantado, se han sucedido varias versiones del código de conducta PAOS, la última data de 2012¹⁴⁸, entrando en vigor el 1 de enero de 2013. Interesa reseñar que, para el caso de la publicidad on-line, se otorgó un periodo de transición de 6 meses con el objetivo de adaptar la misma a las normas del código de buenas prácticas. En otros términos, su vigencia, para el plano virtual, comenzó el pasado 1 de julio de 2013.

Por lo que respecta a las entidades activamente comprometidas con su articulado, debemos resaltar que, a fecha de hoy, ha sido aceptado por veintisiete de las más significativas empresas de alimentación que existen en España (gran parte de ellas son notables multinacionales). Desde septiembre de 2009, el código PAOS también ha sido aceptado por varias cadenas de televisión¹⁴⁹. Este último convenio es especialmente sugerente, sobre todo a nuestros efectos, ya que las cadenas de televisión asumen el deber de observar el código de buenas prácticas citado, exigiéndose su cumplimiento a todos los anunciantes –sin excepción–, con independencia de que hayan o no firmado el acuerdo al que nos referimos. Interesa destacar que no es aplicable a Televisión Española, ya que, desde enero de 2010, dejó de difundir publicidad.

2. Contenido: análisis de su articulado

El código deontológico que analizamos, representa un elenco de reglas, claras y precisas, sobre materias tan diversas como: la presentación e información de los productos; presión de ventas; limitación a la promoción en virtud de personajes famosos y de determinados programas en los que el menor tenga depositada una especial confianza; identificación de la publicidad; sorteos, concursos y clubes de carácter infantil; seguridad; educación e información nutricional; marketing viral; tratamiento de datos personales o privacidad; y salvaguarda frente a contenidos inapropiados.

pues la inversión comercial ha pasado de 100 millones de dólares por año en 1983 a más de 15000 millones de dólares por año en el 2007. Sobre este particular, Batada, A. y Wootan, M.G. "Nickelodeon markets nutrition – poor food to children", *American Journal of Preventive Medicine* (2007), 33 (1), 48-50; Linn, S. y Novosat, C. "Calories for sale: food marketing for children in the twenty-first century", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* (2008), 615, 133-155.

148 La modificación esencialmente perseguía, entre otros aspectos, elevar la edad del público destinatario a los 15 años de edad en el caso de que se trate de publicidad digital, tratamiento de datos de carácter personal y marketing viral.

149 Se trata de un acuerdo celebrado por parte de FORTA, UTECA el Ministerio de Sanidad de España, FIAB y Autocontrol de la Publicidad.

Respecto a las normas que han servido de fundamento al código PAOS, pueden agruparse en dos grandes bloques. Por un lado, las normas deontológicas imperantes, a nivel internacional y comunitario, sobre el particular¹⁵⁰. Y, por otro, las normas legales que presentan tanto carácter nacional¹⁵¹ como comunitario¹⁵². Igualmente, como dispone el código de buenas prácticas, el articulado del mismo se revisará periódicamente con la finalidad de adaptarlo a las modificaciones legales operadas. Las reformas que, en su caso, se efectúen a las reglas deontológicas serán anunciadas convenientemente para su conocimiento público.

Antes de entrar en materia, propiamente dicha, interesa detenerse en el ámbito subjetivo del código de conducta que comentamos. En este sentido, el mismo resulta aplicable a la publicidad de alimentos y bebidas, efectuada por parte de empresas adheridas, dirigidas a menores de 12 años con carácter general –en el ámbito físico, concretamente medios audiovisuales e impresos (con la excepción del embalaje y etiquetado de los productos)- y, en el plano digital, a los menores de 15 años¹⁵³. Como puede colegirse, se tutela a los menores frente a los efectos eventualmente nocivos que puede presentar la publicidad digital. En este sentido, ha de repararse que se amplía la salvaguarda de los menores desde los 12 hasta los 15, pues, como la práctica pone de relieve, los niños hacen uso de las nuevas tecnologías cada vez a edades más tempranas. Parece plausible la ampliación de este último límite de edad.

Como se recordará, el art. 46 de la Ley española 17/2011 de 5 de julio persigue fomentar la aprobación de instrumentos de autorregulación que incrementen la protección de los menores de 15 años. Al hilo de cuanto comentamos, debe manifestarse que cuanto menor es la edad del individuo al que se dirige el anuncio, lógicamente, más alto es el grado de credulidad y, por tanto, el legislador, pero, también, el propio sector, debe garantizar su salvaguarda, pues ello redundará en

150 Nos referimos a los Principios de la Publicidad de Alimentos y Bebidas aprobados en febrero de 2004 por la Confederación de Industrias Agro-alimentarias de la UE y el ICC *Framework for Responsible Food and Beverage Communications* de la Cámara de Comercio Internacional de julio de 2004, aunque se modificó en agosto de 2012.

151 Se trata, entre otras, de la Ley General de Publicidad; Ley de Competencia Desleal; TRLGDCU; Real Decreto en virtud del que se aprueba la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de productos alimenticios; Real Decreto sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria; Ley General de comunicación audiovisual; Ley de protección de datos de carácter personal; Real Decreto por que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de protección de datos de carácter personal; y la Ley de seguridad alimentaria y nutrición.

152 Reglamento 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos; Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2010, sobre los efectos de la publicidad en el comportamiento de los consumidores; Reglamento 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre información alimentaria facilitada al consumidor; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 2 de mayo de 2012, sobre una estrategia europea en favor de una Internet más adecuada para los niños.

153 La *Union of European Beverages Associations* –UNESDA–, de la que forman parte importantes compañías internacionales de alimentación –como, entre otras, Coca Cola y Unilever–, ideó un código de buenas prácticas dirigido a proteger a los menores de edad frente a la publicidad de alimentos. Todo ello en el marco de los medios audiovisuales, impresos o escritos y electrónicos. Hace relativamente poco tiempo su articulado se modificó para que pudiera ser aplicable a los SMS, juegos y plataformas de mensajería instantánea.

beneficio del interés general, de los consumidores y/o usuarios y del mercado en sentido amplio.

Con carácter general, persigue que la publicidad dirigida a los menores de edad, que se efectúe en televisión, medios impresos y en la Red, no fomente o incluya hábitos de alimentación o formas de vida poco sanas o saludables. Así, por ejemplo, las comunicaciones comerciales que tengan como destinatarios a tal colectivo, no deberán promover la comida o bebida inmoderada, excesiva o compulsiva ni presentar hábitos de vida que puedan reputarse sedentarios¹⁵⁴. En esta línea, resulta necesario que los anuncios promuevan la conveniencia de mantener una alimentación variada, moderada y equilibrada. Del mismo modo, debe destacarse la utilidad de que los menores realicen actividad física. En suma, deben arbitrarse los instrumentos necesarios para combatir la obesidad infantil.

Su articulado se refiere a sugerentes cuestiones relativas a las nuevas tecnologías¹⁵⁵. Así, en primer término, en la norma 29, determina que cuando las empresas adheridas acudan a técnicas de marketing viral dirigidas a menores de 15 años de edad –recurriendo a prácticas como “reenvía a un amigo” o postales electrónicas- no captarán, en modo alguno, datos del tercero receptor del marketing viral en el instante del reenvío.

Resulta, igualmente, plausible el apartado XIV del código de conducta, que lleva por rúbrica “Protección frente a contenidos inapropiados”, englobando las normas 30, 31 y 32. *Grosso modo*, alude, por un lado, a la necesidad de preservar al menor de contenidos nocivos e ilícitos en el caso concreto de sitios Web que pudieran perjudicarle y, por otro, de fomentar la educación de este colectivo en esta materia¹⁵⁶. En el supuesto de que los sitios Web de empresas adheridas al código PAOS incluyan apartados, total o parcialmente, dirigidos a mayores de edad cuya visualización pudiera causarle perjuicio, deberán ser identificados, con carácter previo como tal. Se trata de una cuestión a la que, además, puede coadyuvar, de manera significativa, los filtros que podrán instaurar los progenitores o tutores. Del mismo modo, las empresas adheridas a este documento no deberán efectuar publicidad de esta modalidad de productos en sitios Web dirigidos a adultos o exhiban contenido no apto para el menor.

154 Así, no resulta conveniente que el anuncio incluya imágenes que muestren a los menores tirados en el sofá. A *sensu contrario*, sí parece plausible que exhiba al menor realizando deporte y actividades al aire libre.

155 Existen códigos de conducta específicos sobre la materia, como el redactado por BBB y CARU, que, de manera específica, alude a la tutela que debe efectuarse, respecto a los menores de edad, en la Red, *microsites*, teléfonos móviles y otros dispositivos como las PDA. Asimismo, resulta conveniente reseñar que, de forma complementaria, trata la forma en la que deben configurarse determinados juegos interactivos. Igualmente, se disciplina el *licensing*, extremo objeto de ordenación en el código PAOS. El recurso a esta última modalidad no debe, en modo alguno, explotar la vulnerabilidad del menor de edad.

156 En este sentido, cabe referirse a ciertas iniciativas, como el denominado Plan HAVISA, que buscan fomentar hábitos de vida saludables entre la población española. Se trata de una iniciativa del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, AESAN, y la Fundación Alimentum.

En cualquier caso, si bien el código de conducta que examinamos merece una valoración positiva, por lo que respecta a la tutela del menor de edad, en cuanto a la publicidad de alimentos, incurre en ciertas limitaciones que, en cierta medida, podrían ser criticables. Nos referimos a que debería haberse regulado, de manera más prolija, los diferentes formatos a los que los prestadores de servicios pueden recurrir en toda esta materia. Como ya tuvimos ocasión de advertir, existen otros códigos de buenas prácticas en el Derecho comparado que sí suplen, con acierto, esta suerte de laguna. Nos referimos al instrumento norteamericano redactado por BBB y CARU. Así, a título de ejemplo, podría ser conveniente que discipline, de forma específica, los diversos formatos publicitarios a los que puede recurrirse en la Red, pero también otros afines no presentes en Internet. En concreto, existe uno de ellos que merece una especial consideración. Nos referimos a los *advergames*. En este sentido, debería regularse su contenido y formato. Asimismo, dado que parecen observar el formato del videojuego, deberían ser catalogados en función de la edad que sería más adecuada por parte del usuario. Podría recurrirse, en toda esta cuestión, el formato paneuropeo de PEGI, que además de la edad más conveniente para el usuario, se refiere al lenguaje empleado, si concurre violencia, escenas de sexo, miedo y violencia. Este tipo de elementos pueden ser ciertamente útiles para los padres y/o tutores de cara a valorar si resulta conveniente para el desarrollo mental del menor su uso o, por el contrario, debe prohibirse su utilización.

3. Gestión y verificación

La aplicación y control del código de conducta que comentamos se encomienda a Autocontrol de la Publicidad, que, como tuvimos ocasión de contemplar, representa la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial.

Estamos ante un documento de buenas prácticas que contempla dos tipos de verificación. Por un lado, el sistema de consulta previa que es obligatoria y vinculante. Esta última ha de realizarse al Gabinete Técnico de Autocontrol con carácter previo a la difusión de las campañas dirigidas a menores de hasta 12 años de edad o que bien se emitan en el marco de franjas de protección reforzada de la infancia. Y, por otro, el sistema de resolución de reclamaciones *a posteriori*. En otros términos, estaremos ante una reclamación planteada, por parte de consumidores, empresas o la Administración Pública, en el caso de que se haya vulnerado el articulado del código de buenas prácticas. Las sanciones pecuniarias que, en su caso, podrán imponerse, por parte del Jurado de Autocontrol de la Publicidad, van desde los 6.000 euros a los 180.000.

Existe una materia especialmente sugerente, a nuestros efectos, en sede de consulta previa, que es la monitorización de la publicidad de alimentos dirigida a menores de 15 años de edad que se difunda en Internet. Debido a las peculiaridades de la Red, que, como determina el código PAOS, impiden la concurrencia de un

procedimiento reglado de consulta previa, se decidió implementar un mecanismo concreto de monitorización para la publicidad digital que se opere en esta materia. Todo ello con la finalidad de alcanzar un seguimiento periódico, eficaz y ágil. Esta monitorización se realizará una vez al año por una entidad independiente y externa. En 2013 Autocontrol efectuó la primera.

Desde el momento en que entró en vigor el código de conducta hasta mediados de 2013 –30 de junio de dicho año- el documento de buenas prácticas que comentamos, ha sido objeto de una notable aplicación. En efecto, para tomar conciencia de cuanto planteamos, podemos apuntar que, a título de ejemplo, el Gabinete Técnico de Autocontrol de la Publicidad ha revisado un total de 3.353 proyectos de anuncios o piezas publicitarias, con carácter previo a su difusión, relativos a alimentos y bebidas dirigidos a menores de hasta 12 años de edad –*copy advice* o asesoramiento previo¹⁵⁷-. En sede de reclamaciones *a posteriori*, o después de la emisión del anuncio, el Jurado de la Publicidad ha tenido ocasión de conocer de 21 supuestos de infracción del código PAOS. De ellas, 3 fueron estimadas por completo, 3 lo fueron de manera parcial, 7 desestimadas, 5 fueron aceptadas y 3 fueron resueltas por mediación.

Finalmente, debe reseñarse que se creó una Comisión de seguimiento del código PAOS con representantes de los anunciantes, del consejo de consumidores y/o usuarios y de la AESAN. Dicha comisión está encargada de verificar la eficacia del sistema. Asimismo, cabe destacar que, en su caso, puede acordar la presentación de eventuales reclamaciones.

V. CONCLUSIONES

Las nuevas tecnologías han irrumpido en nuestras vidas relativamente hace muy poco tiempo. Aunque la razón de su concepción obedece a motivos de carácter positivo, cuya finalidad, dicho en términos coloquiales, es hacernos la vida más fácil, existen ciertos colectivos que, en cierta medida, pueden verse perjudicados. Nos referimos a los menores de edad. Estos últimos, en ocasiones, efectúan un uso no demasiado adecuado de los nuevos instrumentos tecnológicos, entre los que ocupa una posición de primer orden Internet.

Para la protección de los menores de edad en los nuevos escenarios tecnológicos, en el que cabe destacar la Red con carácter general, se han aprobado un elenco de normas legales, si bien no reglamentan, con suficiente grado de detalle y celeridad, todos los extremos susceptibles que, en la práctica, pueden llegar a plantearse.

¹⁵⁷ En virtud de la realización de un buen número de *copy advice* sobre alimentación, el Gabinete Técnico de Autocontrol ha ideado un elenco de criterios interpretativos relativos a la normativa publicitaria de alimentos. Estos parámetros aseguran, por un lado, una unidad de criterio –que se aplicarían de forma uniforme a todas las empresas que soliciten un asesoramiento previo o *copy advice*-, y, por otro, aportan una cierta seguridad a los prestadores de servicios en cuanto al diseño de los anuncios.

Consciente de tales limitaciones, el legislador comunitario y nacional –este último a impulsos del europeo- busca fomentar, en virtud de la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad, la autorregulación del sector. Uno de los instrumentos más paradigmáticos de esta última son los denominados códigos de conducta. Tales documentos suelen integrarse en los sistemas de autodisciplina, cuyos presupuestos necesarios son, además del mencionado código de conducta, un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos para solventar las eventuales controversias acontecidas entre las empresas adheridas y los consumidores o usuarios que, de una u otra forma, acometan con aquéllas la contratación o prestación de un bien y/o servicio, incluyendo las actividades destinadas a la promoción –publicidad interactiva- de los mismos.

Uno de los contenidos en los que los códigos de conducta complementan, de manera plausible, la reglamentación jurídica vigente, es el vinculado con la tutela de los menores de edad, a propósito de la alimentación. No se trata, en modo alguno, de una cuestión baladí. De hecho, se trata de instaurar la necesidad de que los menores tomen conciencia del hecho de la importancia de una alimentación sana y equilibrada. Se trata, entre otros extremos, de prevenir la obesidad y el sobrepeso. Puede afirmarse, en todo este orden de cuestiones, que la obesidad constituye la epidemia del siglo XXI. En este sentido, como la realidad pone de relieve, la obesidad no respeta sexos o grupos étnicos. En otros términos, puede sostenerse que ninguna persona está libre, siendo visible que está presente en la población de los países desarrollados desde etapas ciertamente precoces, ya que afecta a niños a edades sensiblemente cada vez más tempranas.

Uno de los códigos de buenas prácticas más significativos, en la actualidad, es el código PAOS, del que hemos tenido ocasión de ocuparnos. Las estipulaciones presentes en el articulado del mismo son realmente sugerentes para garantizar la salvaguarda de un segmento de consumidores de vital importancia que está todavía constituyendo y forjando su personalidad. Se trata de un colectivo especialmente crédulo y vulnerable ante los mensajes comerciales –en este caso dedicados a la alimentación-, que, dicho sea de paso, les puede hacer que asuman como habituales determinadas conductas que son susceptibles de perjudicar su salud.

En definitiva, la autorregulación jurídicamente relevante es aquella que resulta inteligible y aceptable por el sistema del Derecho, llegando, en ciertos supuestos, a incorporarla como si de una referencia propia se tratara. En el seno de semejante consideración debemos entender incluida la previsión del legislador de promocionar la autorregulación en sectores como la alimentación de los más pequeños de edad. Es, por tanto, patente un relativo proceso de desplazamiento de la producción normativa desde los poderes públicos a las entidades privadas. Resulta, asimismo, significativo poner de manifiesto que esta traslación debe relacionarse con el

creciente papel que, con el transcurrir de los años, han alcanzado diferentes colectivos, como asociaciones empresariales, profesionales, de consumidores, etc., que tienen reconocido un espacio de producción normativa para la defensa de sus legítimos intereses económicos.

VERACIDAD DE LA INFORMACION, PRESTIGIO
PROFESIONAL Y PERSONAS JURÍDICAS
(CASO REAL MADRID C. DIARIO LE MONDE)

ACCURACY OF INFORMATION, PROFESSIONAL STANDING
AND LEGAL ENTITIES (CASE REAL MADRID C.LE MONDE)

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 250-273



Pedro
CEBRIÁN
GÓMEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de abril de 2014
ARTÍCULO APROBADO: 30 de mayo de 2014

RESUMEN: El presente trabajo se proyecta sobre en análisis de la reciente STS núm. 488/2014, de 24 de febrero, en la que viene a confirmarse la condena al diario francés Le Monde por la vinculación del Real Madrid C.F. y otros clubes de la LFP con la trama de dopaje conocida como “Operación Puerto”. Se presta atención especial al juicio de ponderación entre el derecho al honor y la libertad de información, así como el requisito de veracidad de lo publicado, la protección del prestigio profesional y la cuestión sobre el derecho al honor de las personas jurídicas.

PALABRAS CLAVE: Real Madrid C.F., Le Monde, derecho al honor, libertad de información, requisito de la veracidad, prestigio profesional, persona jurídica.

ABSTRACT: The present study is intended to analyze the recent judgment of STS 488/2014, February 24th, 2014, in which the sentence confirmed the defamation of French newspaper Le Monde by linking Real Madrid, and other LPF football teams, with the notorious doping scandal known as “Operation Puerto”. Special emphasis will be placed on the weighting between the right to honour, and the right to freedom of information, as well as the requirement for accuracy of information, the protection of the professional standing and the legal entities honour issue.

KEY WORDS: Real Madrid C.F., Le Monde, right to honour, right to freedom of information, accuracy of information, professional standing, legal entities.

SUMARIO: I. La sentencia Real Madrid C. F. contra el diario Le Monde.- I. Antecedentes de hecho.- 2. La identificación de los ofendidos.- 3. El recurso de amparo.- 4. Pronunciamiento de la Sala.- 5. El caso particular del F.C. Barcelona.- II. La colisión entre el derecho al honor profesional y la libertad de información. I. Derecho al honor y su protección por el art. 18 CE.- 2. La cuestión del prestigio profesional.- 3. El requisito de la veracidad en la libertad de información.- 4. Criterios de determinación en la diligencia de comprobación de la veracidad.- III. La problemática respecto al honor de las personas jurídicas.

I. SENTENCIA REAL MADRID CONTRA DIARIO LE MONDE.

I. Antecedentes de hecho.

El pasado día 7 de Diciembre de 2006, el rotativo francés Le Monde publicaba en su soporte digital, bajo el titular “Le Real Madrid et le Barça liésaudocteur Iván”, unas supuestas acusaciones contra el Real Madrid C.F. y el F.C. Barcelona, ambos clubes de la Liga Profesional de Fútbol, en relación con la red de dopaje denominada “Operación Puerto” que meses antes saltaba a la luz evidenciando diversas prácticas ilícitas con el objetivo de incrementar el potencial físico de un conjunto de deportistas, inicialmente pertenecientes al ámbito del ciclismo, a los que los que el principal implicado en la trama, el doctor Emiliano Fuentes y sus contactos a nivel europeo, ofrecían servicios médicos. Dichas acusaciones emitidas por el mencionado diario, dieron lugar al inicio y apertura de un procedimiento judicial que, recientemente resuelto por la STS núm. 488/2014, de 24 de febrero (JUR 2014, 54551), han puesto de nuevo sobre la mesa uno de los aspectos con mayor resonancia en nuestro ordenamiento jurídico durante los últimos años: el requisito de la veracidad en el ejercicio del derecho de libertad de información.

A lo largo de la publicación digital en cuestión, el director general adjunto de deportes del citado periódico y firmante también del artículo, D. Stephane Mandard, realiza una serie de acusaciones sobre los clubes mencionados, entre otros, a tenor de unas relaciones profesionales previas, justificadas bajo un conjunto de documentos confidenciales según el rotativo, entre los implicados en la extensa red de dopaje y determinados deportistas pertenecientes a dichos clubes, quienes, al parecer, pudieron solicitar en años anteriores, determinados servicios de preparación física

• Pedro Cebrián Gómez

Titulado en la doble titulación de Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universidad de Valencia. Desarrolló su practicum universitario en el bufete valenciano Attard&Davó Abogados especializándose en materia societaria y deporte. Premio de Fiscalidad Facultad de Economía de Valencia-APAFCV. Actualmente desarrolla en Portugal el programa de formación internacional de la Comisión Europea en el departamento internacional de Science4you.

y deportiva. De acuerdo con el supuesto de hecho de la sentencia, el firmante del artículo justifica sus afirmaciones basado en unos supuestos documentos relativos a los programas de recuperación física, concretamente del F.C. Barcelona, en los que aparecen los apuntes "IG" y "E", a los que el mismo asocia con la "insulina Factor de crecimiento" y "EPO" respectivamente, entrando, posteriormente, en el detalle de ciertas revelaciones de fuentes, que no se mencionan en ningún momento, y que hacen referencia a testimonios de supuestos testigos basadas en antiguas salidas y/o entradas de algunos deportistas en determinadas clínicas que, tras el inicio de la operación contra el dopaje en el año 2006, aparecían presuntamente como partícipes de la trama. El artículo en ningún momento hace mención expresa a ninguna fuente concreta ni ofrece ni identifica la procedencia de ninguna de dichas revelaciones.

La información anterior era, de nuevo, publicada en la versión impresa del diario al día siguiente, 8 de Diciembre de 2006, que abría el rotativo con la imagen en portada de un ciclista con indumentaria de los colores de la bandera española junto al titular "Dopage: le footballaprès le cyclisme". Nuevamente, la redacción del diario apuntaba a cuatro clubes de la LFP, entre ellos, Real Madrid C.F y F.C. Barcelona, como presuntos implicados en la operación contra el dopaje, derivado de documentos no revelados por el firmante que hacían creer, por un juego de signos y siglas, que se había recomendado la utilización de productos dopantes. Además, la versión publicaba una supuesta entrevista con el doctor imputado en la que el mismo confesaba, en relación a sus vínculos con los clubes profesionales anteriores, haber recibido reiteradas amenazas de muerte sobre su persona y su familia.

Los hechos anteriores dieron lugar a la presentación de una demanda interpuesta ante Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Madrid por el Real Madrid C.F. y componentes del equipo médico del club contra la sociedad mercantil *Société Editrice du Monde*, propietaria del periódico *Le Monde*, y el periodista D. Stephane Mandard, director adjunto de deportes del mencionado diario y firmante del artículo que propició el desencantamiento de la causa, solicitándose la declaración de que tal información vulneró el Derecho al Honor del Real Madrid C.F y su equipo médico, la publicación de la condena en el interior y portada del diario, la condena al pago de la cantidad de 500.000 euros en concepto de indemnización en beneficio de la entidad y 50.000€ a cada uno de los responsables del equipo médico, y finalmente, la condena al abono de las costas procesales.

Como se puede observar, como parte ofendida en el actual proceso que analizamos, se encuentra únicamente el Real Madrid Club de Fútbol, dado que de forma separada y a través de un procedimiento anterior, la entidad F.C. Barcelona formuló su propia demanda en los mismos términos y fundamentos de derecho, viniendo el TS, en fecha 7 de noviembre de 2011, a condenar al rotativo francés

por vulneración del derecho al honor de la entidad barcelonesa. Haremos mención posteriormente a este pronunciamiento.

La contestación del diario y periodista a la demanda presentada por el Real Madrid C.F. formuló, en primer lugar, declinatoria por falta de jurisdicción, motivando tal petición en el hecho de que los tribunales Españoles carecían de competencia internacional, que fue finalmente desestimada en fecha 25 de enero de 2008, tras lo cual, ambos demandados prosiguieron apantear la excepción por falta de legitimación activa de las personas físicas miembros del equipo médico del club, alegando aquellos que la noticia únicamente hacía referencia a la entidad como persona jurídica y no al personal integrante de la misma. En última instancia, la parte codemandada se opuso al fondo del asunto defendiendo el "evidente" interés público e informativo del contenido publicado, además de la veracidad de lo informado, argumentando la diligente comprobación previa de la misma.

En fecha de 27 de febrero de 2009 la magistrada-juez titular del referido Juzgado dicta sentencia en cuyo fallo estima parcialmente la demanda formulada condenando a *Société Editrice du Monde* y director adjunto al pago de la cantidad de 300.000 euros a la entidad deportiva y 30.000 euros a Alfonso del Corral, director del servicio médico del club y a la publicación a su costa de la sentencia en el diario *Le monde*, en portada e interior; así como en el diario *Marca*, con un relieve similar con el que fue publicada la noticia.

En síntesis, la sentencia vino a fundamentarse en que, a) No era un hecho discutido que la información gozaba de relevancia pública; b) el periodista codemandado no desplegó la diligencia necesaria para comprobar la veracidad de la noticia ya que "su único sustento estaba constituido en documentos cuya existencia no pudo ser corroborada"; c) la información publicada, además de no ser cierta, perjudicaba gravemente la estimación colectiva del Real Madrid; d) la información publicaba desmerecía el honor del jefe de los servicios médicos del club deportivo.

2. La identificación de los ofendidos

En referencia al anterior apartado d) de los fundamentos esgrimidos por el Juzgado de Primera Instancia n° 19 de Madrid, cabe mencionar brevemente el hecho de que en su sentencia, la magistrada-juez vino a concluir que en el presente caso, el único aludido por las afirmaciones que había sido efectivamente objeto de descalificaciones dignas de vulnerar su derecho al honor fue el jefe de los servicios médicos únicamente y no el resto de los miembros, concluyendo en su pronunciamiento que se procedía a absolver al diario francés de los pedimentos de la demanda formulados por el resto de los demandantes del equipo médico, imponiendo a éstos el pago de las costas causadas a su instancia. La sentencia de primera instancia estimó que la expresión *médecin d'équipe* se refería únicamente

al médico del equipo en singular; y no a los médicos del equipo en general, como se sostenía en la demanda inicial aunque, si bien es cierto, consideró que podía entenderse referida al conjunto de personal que integran los servicios médicos del club". No obstante, al ser el codemandante Alfonso del Corral el director del equipo médico y el único de los médicos que tenía firmado contrato con el club, concluyó que el único de los médicos perjudicado por una intromisión en su derecho al honor era él.

Este hecho fue motivo de recurso de apelación contra dicha sentencia por parte de los mencionados miembros del equipo médicos del club alegando el desmerecimiento que las afirmaciones producían sobre sus derechos al honor; pese a la ausencia de su identificación como tales. La sección 8ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 18 de octubre de 2010 desestimando el recurso de apelación y considerando que la expresión solo se refiere al médico del equipo, como cabeza visible del cuadro médico del equipo, que ha quedado acreditado que ostentaba Alfonso del Corral. A diferencia de la sentencia de primera instancia, refiere la expresión única y exclusivamente al codemandante D. Evelio, no a los demás codemandantes del equipo médico del Real Madrid, conclusión que es respaldada por parte del TS en el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia que comentamos.

En suma, parece no haber duda acerca de que la protección del derecho al honor del conjunto de profesionales médicos únicamente podría predicarse respecto "al médico del equipo" y no sobre la totalidad de personas que integran los servicios medios del club dado que de la redacción de la divulgación se entiende, pese a que no haya una identificación expresa, que las manifestaciones iban dirigidas hacia él en concreto, derivado de la inclusión de una serie de indicios que inevitablemente conducían a su persona, desestimándose la demanda del resto del miembros de dicho servicio.

3. El recurso de amparo.

La *Société Editrice du Monde* y D. Stephane Mandard anunciaron la interposición de recurso de casación contra la sentencia de apelación en base a la infracción del art. 2.1 de la LO 1/1982 y del art. 9.3 de la LO 1/1982 referidos a la protección civil del honor; de la intimidad y de la propia imagen y a la presunción de existencia de intromisión ilegítima, escrito que fue presentado el día 23 de noviembre de 2011. Dicho recurso de casación, formulado y admitido al amparo del art. 477.2-1º LEC, vino a componerse de dos motivos: El primero, fundamentado en la infracción del art. 2.1 y 7.7 LO 1/82 al entenderse errónea la ponderación que la sentencia previa realiza de los derechos en conflicto por concluir que existe una intromisión ilegítima en el derecho al honor del Real Madrid Club de Fútbol y de su jefe de servicios médicos. Alegan en dicho recursos que se trata de una noticia "veraz, al haber sido

contrastada por el periodista que la publicó” además de gozar de “interés general y relevancia pública”. Añade, en cuanto a la apreciada vulneración del derecho al honor del jefe de los Servicios Médicos del club, que la información publicada se mencionaba a varios clubes y que con la mención *Le medicin d'equipe* se efectuaba una referencia genérica y no a ningún médico en particular. Por tanto, defiende el recurso, que no existen motivos suficientes para entender que la información divulgada resulta ofensiva o lesiva para la reputación del médico aludido.

A lo largo de argumentación, el TS realiza un análisis de su propia jurisprudencia acerca de las pautas que debe seguir el juicio de ponderación entre el derecho fundamental al honor, recogido en el art. 18.1 CE, y el derecho fundamental de libertad de información, enunciado en el art. 20.1 d) CE, entre los que destacan los siguientes fundamentos jurídicos:

Respecto de la inclusión o no de la protección del prestigio profesional en el derecho al honor; recoge el TS, en su FJ 3º junto al que acompaña numerosa jurisprudencia en materia¹, que ha quedado reiteradamente admitido la consideración de que ataques con cierto grado de intensidad sobre la actividad profesional de un individuo puedan ser apreciados como una transgresión de dicho derecho fundamental. De conformidad con la STC 9/2007 de 15 de enero (RTC 2007, 9), entiende el TS que la información divulgada sobre la vertiente profesional de una persona puede suponer un verdadero ataque a su honor personal, “incluso de especial gravedad” ya que se entiende que la actividad laboral puede llegar a ser una de las vías más destacadas de manifestación externa de la personalidad, lo cual, evidencia un efecto directo sobre tal relación, pudiendo producir, tal descalificación, consecuencias tanto patrimoniales como en la imagen que se tenga sobre la persona². Resulta importante, también, destacar la mención que realiza el tribunal sobre dicho aspecto puntualizando acerca de que, como resulta lógico, no toda crítica cabe en el cerco de protección marcado por el derecho al honor, sino únicamente aquellas que en su fondo “constituyen una descalificación personal al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales”, dependiendo en cada caso, por tanto, de “quién, como, cuando y de que forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido”

Continúa en su FJ 5º pronunciándose acerca de la cuestión de veracidad, que trataremos posteriormente. Afirma en su redacción que para que la libertad de información pueda prevalecer sobre el derecho al honor, deberá serle exigida a aquella que cumpla con el requisito de ser veraz. Tal exigencia debe ser entendida como el despliegue de “una razonable diligencia por parte del informador para

1 SSTS 15 diciembre 1997 (RC n° 1/1994); 27 enero 1998 (RC n° 471/1997); 22 enero 1999 (RC n° 1353/1994); 15 febrero 2000 (RC n° 1514/1995); 26 junio 2000 (RC n° 2072/1095); 13 junio 2003 (RC n° 3361/1997); 8 julio 2004 (RC n° 5273/1999); 19 julio 2004 (RC n° 3265/2000); 19 mayo 2005 (RC n° 1962/2001).

2 STC 180/1999, de 11 de octubre (RTC 1999, 180), FJ 5º.

contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso". Con el fin de poder apreciar si dicha diligencia ha sido o no empleada por el informador; recoge la sentencia la necesidad de tener en cuenta los siguientes requisitos: a) el nivel de diligencia exigido adquirirá su máxima intensidad cuando la noticia suponga un descrédito en la consideración de la persona³; b) deberá respetarse la presunción de inocencia⁴; c) para exigir el mayor o menor grado de contraste de la información revelada, se tendrá en cuenta la trascendencia de la divulgación⁵; d) condición pública o privada del ofendido, reconociendo a estas últimas un ámbito superior de privacidad que impide conceder trascendencia general a hechos que la tendrían de ser referidas a personajes públicos⁶; e) se tendrá en cuenta el objeto de la información, no siendo lo mismo presentar manifestaciones propias que transmitir de forma neutra divulgaciones de otros⁷; f) otros como la fuente que proporciona la noticia o la posibilidad efectiva de contraste. Exige, por tanto, la reiterada jurisprudencia, una "actuación razonable de comprobación de la veracidad de los hechos que expone para no defraudar el derecho de todos a una información veraz" (STC 240/1992, FJ 7º).

En su FJ 6º, el TS concluye, al hilo de lo anterior, que el requisito constitucional de la veracidad "no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como verdaderos bien simples rumores carentes de toda constatación o bien meras invenciones o insinuaciones".⁸

En último lugar, resulta importantedestacarlo enunciado por el FJ 8º en referencia a la identificación del ofendido, citando los ponentes que "el mero hecho de no citar a una persona no es excusa para poder hacerlo objeto de ataques a su honor"⁹. Entiende el tribunal que la referencia entre una persona y la conducta descalificadora puede realizarse no únicamente por imputación directa dirigida a un sujeto, sino también por señas de identificación de las que pueda inferirse o deducirse con claridad quien es el sujeto sobre el que se revierte la divulgación.¹⁰

3 STC 240/1992, de 21 de diciembre (RTC 1992, 240), FJ 7º.

4 STC 219/1992, de 3 de diciembre (RTC 1992, 219), FJ 5º.

5 STC 240/1992, de 21 de diciembre (RTC 1992, 240), FJ 7º.

6 STC 171/1990, de 12 de noviembre (RTC 1990, 171), FJ 5º.

7 STC 28/1996, de 26 de febrero (RTC 1996, 28).

8 Reiterada jurisprudencia comparte la conclusión: SSTC 6/1988, de 21 de enero (RTC 1988, 6); 105/1990, de 6 de junio (RTC 1990, 105); 171/1990, de 12 de noviembre (RTC 1990, 171); 172/1990, de 12 de noviembre (RTC 1990, 172); 40/1992, de 30 de marzo (RTC 1992, 40); 232/1992, de 14 de diciembre (RTC 1992, 232); y 240/1992, de 21 de diciembre (RTC 1992, 240).

9 STC 176/1995, de 11 de diciembre (RTC 1995, 176).

10 La STS 7 diciembre 1993 (RC nº 766/91) vino a concluir, por el contrario, que dicha protección no puede extenderse a personas simplemente aludidas por la noticia por su proximidad o vinculación a lugares mencionados en aquella.

4. Pronunciamiento de la Sala.

De la aplicación de los anteriores razonamientos, entre otros, procede el tribunal a desestimar la pretensión de los recurrentes, basados en los dos motivos expuestos anteriormente y alegando los siguientes motivos:

En primer lugar, se menciona que el caso expuesto no parece plantear la menor duda acerca del interés público que revierte sobre él, así como tampoco sobre el carácter público de la entidad y las personas físicas a quien afectaba. La importancia que cobraba en este aspecto el derecho de información es indiscutible dado que ponía en relación al notorio equipo Real Madrid Club de Fútbol junto a una extensa trama de dopaje, lo que dejaba intuir una implicación de la entidad deportiva en el atentado contra la salud de los deportistas así como contra los principios propios de toda actividad física y la sujeción de éstos a las normas.

Continúa, así pues, esgrimiendo que el argumento por parte de los recurrentes de que la información publicada era vez no puede ser acogido, considerando adecuado el juicio de ponderación realizado por la Audiencia Provincial. El ponente estima que, a la vista de las pruebas practicadas respecto a las fuentes, las comprobaciones resultan insuficientes para considerar cumplido el deber de diligencia en el contraste de la información, divulgando, en el presente caso, unas afirmaciones basadas en datos inconsistentes y presentando éstos como ciertos y comprobados, suponiendo un grave descrédito para el Real Madrid al vincularlo con una trama de dopaje en el ámbito deportivo bajo la llamada "Operación Puerto" cuando, entiende el TS, "no se disponía de pruebas para ello".

Prosigue, en su tercer apartado, haciendo hincapié en la indudable repercusión de la divulgación en el honor del club dada la notoriedad del mismo, lo cual, obligaba al periodista a ver incrementado el deber de diligencia en las comprobaciones, y que no tuvo lugar derivado de las siguientes conclusiones:

En primer lugar, no se aportó indicio ni prueba sobre la existencia de la documentación a la que tuvo acceso, lo que parece atentar contra los principios de nuestro ordenamiento en materia de protección del honor, dado que de permitir estas actuaciones "se crearía una especie de casta privilegiada de informadores cuya sola palabra bastaría para tener por veraz todo lo que publicaran". En segundo lugar, la negación de los hechos por parte del jefe de los servicios del club debería haber alertados a los demandados para extremar su diligencia, consecuencia que no tuvo lugar. Seguidamente, resulta poco comprensible, dada la gravedad del ilícito atribuido al club, que no hubiera habido contacto previo con éste con el fin de contrastar las informaciones. En cuarto y último lugar, respecto del descrédito en la consideración del club demandante, entiende a modo de cierre, que el tratamiento de la información era completamente susceptible de lesionar el derecho al honor

de aquel dada "la indudable gravedad de los hechos y su trascendencia social" y sin que haya existido, aquí, el pertinente juicio de proporcionalidad entre el ejercicio del derecho a la información y el respecto del honor del club, produciéndose un "sacrificio desproporcionado en detrimento del segundo". (FJ 9º- 3ª).

La sala viene a concluir, también, que la información enjuiciada vulnera el derecho al honor del codemandante Alfonso del Corral por ser esta la persona que aparecía públicamente como médico de la entidad deportiva, haciendo, la publicación del diario, una mención expresa en sus informaciones al "*medico del equipo*", lo que, según el tribunal, parece no ofrecer dudas en cuanto a la facilidad de identificar al ofendido. Junto a ello, se destaca el hecho de que además de dicho cargo, el mencionado jefe de los servicios médicos había desarrollado su carrera como afamado deportista del equipo de baloncesto del Real Madrid además de ser frecuentes sus apariciones en retransmisiones deportivas de partidos de fútbol, lo que incrementaba la gravedad de las acusaciones al suponer un desprestigio colectivo aun mayor tanto a nivel personal como profesional.

Respecto de la cuantía de las indemnizaciones, motiva el TS que no se aprecia ninguna razón legal que justifique la reducción de las cuantías acordadas a favor de los demandantes dado que comparte el juicio del tribunal sentenciador acerca de la gravedad de los hechos divulgados. Dicha reclamación se realizó en base al hecho de que el F.C. Barcelona, en el litigio promovido contra los mismos demandados, fue indemnizado con una cuantía inferior a la actual solicitada por el Real Madrid, 15.000€, lo que, afirma el tribunal, no implica que se vulnere la igualdad ante la ley dado que la presente decisión no queda condicionada por los planteamientos concretos en aquel otro litigio.

5. El caso particular del F.C. Barcelona (STS núm. 807/2011, de 7 de noviembre).

El anterior pronunciamiento vino a corresponder los anteriores razonamientos que, previamente, concluyó el TS en el proceso entablado entre el diario francés y el F.C. Barcelona, en su S. núm. 807/2011 de 7 de noviembre (RC nº 183/2010). Dicha demanda, iniciada por el club catalán, se fundamentó también en la imputación, por parte del rotativo, sobre la entidad deportiva, de una utilización de sustancias dopantes no autorizadas supuestamente a raíz de la contratación de los servicios del doctor Fuentes, presunto implicado en la trama "Operación Puerto", en forma de planes de preparación física para los jugadores durante la temporada 2005/2006.

El juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del club barcelonés tras concluir que no quedó acreditada la veracidad de la información que el periódico publicó mediante el artículo titulado "El Real Madrid y el Barça vinculados al doctor Fuentes", publicado en el diario digital "lemonde.fr" del día 7 de diciembre 2006 y

en día sucesivos, e igualmente en el diario impreso "Le Monde" del 8 de diciembre de 2006.

A lo largo de la STS 7 noviembre 2011 la Sala 1ª recordó que tanto la jurisprudencia constitucional como la ordinaria, consideran incluido en la protección del honor el prestigio profesional.¹¹ Partiendo de dicha base, sostiene que el derecho al honor se encuentra limitado por las libertades de expresión e información y cuyo conflicto debe ser resultado en base a las técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso y examinando la intensidad y trascendencia con la que cada derecho colisionado resulte afectado.

Sobre el punto de partida de dicho balance de derechos, la sentencia viene a recoger el pronunciamiento que la STS 11 marzo 2009 (RC n° 1457/2006) realiza afirmando que la ponderación de tales derechos debe respetar "la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor por resultar esencial para la formación de una opinión pública libre e indispensable para el pluralismo que exige el principio democrático", más teniendo en cuenta la indiscutible relevancia pública que revierte un caso de tales magnitudes por el tipo de información divulgada, como es la acusación de prácticas de dopaje a un club de elevada notoriedad internacional como es el F.C. Barcelona, su equipo médico y sus jugadores. La prevalencia anterior en detrimento del derecho al honor viene a justificarse, en suma, por la relevancia pública o interés general de la noticia, dado que de no existir ésta última no podría hacerse valer tal juicio favorable al derecho de libertad de información.

No obstante, la libertad de información, concluye el TS en su enjuiciamiento del caso, cuando comporta la transmisión de noticias de producen un desmerecimiento del individuo, exige que se cumpla el requisito de la veracidad para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor; a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones.

El TS, en el caso de la sentencia del Barcelona, del mismo modo que ha sucedido con el reciente pronunciamiento en el caso del Real Madrid, viene a definir esa veracidad como "una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, puede más adelante ser desmentida o no resultar confirmada"¹². Viene a ofrecerse, además, una enumeración de requisitos que posteriormente trataremos en epígrafe aparte y que han quedado constatados por la jurisprudencia mayoritaria como los criterios

11 SSTS 15 diciembre 1997 (RC n° 1/1994); 27 enero 1998 (RC n° 471/1997); 22 enero 1999 (RC n° 1353/1994); 15 febrero 2000 (RC n° 1514/1995); 26 junio 2000 (RC n° 2072/1095); y 13 junio 2003 (RC n° 3361/1997), entre otras.

12 STC 29/2009, de 26 de enero (RTC 2009,29), FJ 5°

para apreciar la suficiencia o no de la diligencia empleada por el informador en materia de veracidad, entre ellos, el nivel de descrédito en la consideración, que aumenta la exigencia de comprobación [STC 240/1992, de 21 de diciembre (RTC 1992, 240)], el respeto o no de la presunción de inocencia [STC 219/1992, de 3 de diciembre (RTC 1992, 219), FJ 5º], la trascendencia de la información, que, de nuevo, incrementa la rigurosidad en las comprobaciones [STC 219/1992, de 3 de diciembre (RTC 1992, 219)], la condición pública o privada del aludido [STC 171/1990, de 12 de noviembre (RTC 1990, 171), FJ 5º], la forma de presentación de los hechos [STC 28/1996, de 26 de febrero (RTC 1996, 28)], el carácter del hecho noticioso, la fuente, la posibilidad efectiva o no de contraste, etc.

De conformidad con el análisis de los anteriores criterios, el TS determinó que, a pesar del indudable carácter público de la noticia divulgada en el reportaje, el juicio de ponderación realizado por la Audiencia Provincial era adecuado, concluyendo que, a la vista de las pruebas practicadas, las fuentes y comprobaciones realizadas por el periodista eran insuficientes para considerar cumplido el requisito de veracidad y argumentando que “con base en unos datos inconsistentes y no contrastados, se publicó una noticia presentando como ciertos y comprobados unos hechos que podían suponer un grave descrédito para el FCB”. Así pues, el Supremo desestimó el recurso presentado y confirmó la sentencia impugnada, manteniendo la condena al rotativo francés.

II. LA COLISIÓN ENTRE EL DERECHO AL HONOR PROFESIONAL Y LA LIBERTAD DE INFORMACION.

I. Derecho al honor y su protección por el art. 18 CE.

Como bien se puede concluir a tenor del conflicto que suscita la sentencia anterior, resulta obvio entender que uno de los aspectos que cobran especial relevancia a consecuencia de ella es el referido a la protección que merece el derecho al honor ante la posible injerencia durante el desarrollo del derecho de la información y libertad de expresión, consagrados en el art. 20 CE.

Enuncia la teoría mayoritaria¹³ que puede entenderse vulnerada la protección constitucional al derecho al honor cuando el individuo sufre en su propia estima una desvalorización desde el punto de vista de los valores imperantes y consagrados de la sociedad actual, no cabiendo como tal vulneración cuando únicamente se refiera a la mera imputación de un hecho o descalificación.

13 De la cuestión tratan extensamente De Verda y Beamonte, J.R.; Talavera Fernández, P.; Paraca Vaca, O. *Imagen, honor e intimidad. Su protección jurisdiccional frente a las intromisiones ilegítimas*. Valencia-Santa Cruz de la Sierra (2012): Ed. El País, 249-253.

El TS viene defendiendo que el derecho al honor es un concepto jurídico cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, lo que otorga un cierto margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales en el proceso de concreción de si existe o no una lesión en aquel derecho fundamental.

En términos similares se posiciona la Derecho Boliviano, cuyo Tribunal Constitucional ha asentado de forma clara en sus sentencias SC 127/2010-R y SC 686/2004-R la delimitación de lo que califica como el “derecho a la honra”, enmarcándolo en la “estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida y tratada por los demás miembros de la sociedad”, donde de nuevo, vuelve a aparecer la importancia del matiz social y su trascendencia. Afirma además, que se trata de un derecho “que se gana de acuerdo a las acciones realizadas por cada persona de manera que en virtud de ellas el individuo pueda gozar del respeto y admiración de la colectividad a consecuencia de su conducta”.

2. La cuestión del prestigio profesional.

Delimitado en términos generales, pues, cual es el alcance de la protección constitucional del mencionado derecho, entraremos a analizar la discutida cuestión de si el prestigio profesional, como variante del derecho al honor, podría ser incluido dentro del ámbito amparado por el art. 18 CE y Ley Orgánica 1/1982.

Las posturas iniciales tomadas por los órganos jurisdiccionales españoles se posicionaron, en un primer término, bajo la postura contraria a admitir que dicha extensión podía caber dentro del cajón de supuestos protegidas por el artículo 18 CE, dando lugar a la sucesión de fallos jurisprudenciales que mantuvieron la negativa a incluir la protección del prestigio profesional a través del vía del anterior artículo.

En tal sentido se pronunció la sentencia STS 16 junio 1989 (Id Cendoj: 28079110011989100144), la cual resolvía el conflicto surgido ante las acusaciones realizadas en un programa de televisión bajo el titular de “Justicia pequeña, gran corrupción”, refiriéndose a un abogado que, al parecer, se aprovechaba de la angustia y preocupación de sus clientes para defraudarles a través de la solicitud de grandes sumas de dinero con promesas engañosas de sobornar a funcionarios de los órganos judiciales. Dicho reportaje omitió también la circunstancia de que la Audiencia Provincial de Madrid había absuelto al abogado de un delito de estafa recogiendo en su motivación final que no había quedado probado que el abogado hubiera destinado ningún tipo de pago al soborno de funcionarios, sino que la cuota íntegra abonada por los clientes había sido recibida como pago por los trabajos realizados.

Sin embargo, el TS¹⁴ casó la sentencia de la Audiencia que procedió a la desestimación de la demanda de protección civil del derecho al honor del abogado frente al ataque del programa de televisión motivando tal decisión, entre otros motivos, bajo el hecho de que la protección y amparo de la protección jurisdiccional del prestigio profesional no puede considerarse incluida dentro del contenido esencial del derecho al honor:

Mención especial recibe, como punto de inflexión, la conclusión recogida en la STC 40/1992, de 30 de marzo (RTC 1992, 40), que resuelve el recurso de amparo interpuesto por el abogado del caso anterior y que, de la mano de la intervención del Ministerio Fiscal, quien solicita también la revocación de la sentencia recurrida en base a que “dejar fuera del ámbito de protección de la Ley Orgánica 1/1982 las actuaciones profesionales [...] equivale a privar al derecho al honor de parte de su contenido esencial”, vino a marcar el asentamiento de una actualmente ya consolidada tesis favorable a considerar la inclusión de dicha protección en el marco del art. 18 CE.

Pese a proceder a desestimar el recurso de amparo aplicando la doctrina del “reportaje neutral”, viene a pronunciarse motivando que aunque la protección constitucional que recibe el derecho al honor y, de otro lado, el prestigio profesional de la persona no son necesariamente lo mismo, ello no debe hacernos caer en el error de “negar rotundamente que la difusión de hechos directamente relativos al desarrollo y ejercicio de la actividad profesional de una persona puedan ser constitutivos de una intromisión legítima en el derecho al honor cuando excedan de la libre crítica a la labor profesional”.

A través de dicho recurso de amparo, se asientan los cimientos de la actual doctrina favorable a admitir la protección de la pericia profesional a través del art. 18 CE cuando por la naturaleza y forma en la que se produzca la revelación de información se pueda entender que desmerece en la consideración ajena de la dignidad del profesional como persona.

Así pues, parece conveniente afirmar, y así lo demuestra la posterior reiterada jurisprudencia del TC, que pese a que la simple crítica a la pericia profesional de una persona no puede ser entendida, en sí misma, como una divulgación lesiva para el derecho al honor de la persona, no puede, afirma la doctrina mayoritaria, entenderse que, con carácter general, la crítica a la actividad profesional no supondrá de ningún modo una vulneración del derecho al honor.¹⁵

14 La mencionada STS 16 junio 1989 (Id Cendoj:28079110011989100144) rezaba “que las actuaciones profesionales quedan fuera del ámbito de la Ley Orgánica 1/1982 y que la tutela jurídica, cuando fueren vulnerados esos derechos, siempre ha de formularse por el cauce del art. 1902 del Código Civil”.

15 STC 40/1992, de 30 de marzo (RTC 1992, 40), FJ 3º; STC 180/1999, de 11 de octubre (RTC 1999, 180), FJ 5º. En ellas se viene a destacar la especial relevancia que puede cobrar el ataque a la pericia profesional sobre el honor de la persona, derivado de ser la actividad profesional, en muchos casos, una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad con el resto de la colectividad.

Concluyen, además, J.R. DeVerda, P. Talavera y O. Parada¹⁶, que el prestigio profesional no es, en si mismo, objeto de protección autónoma por parte del art. 18 CE, sino tan sólo y únicamente en la medida de que la crítica acerca del desarrollo de la actividad profesional, por la naturaleza, forma o característica de la divulgación, hagan desmerecer su consideración como persona.

Viene, por tanto, admitido tanto por parte de la doctrina mayoritaria como de la jurisprudencia la protección del honor de la persona cuando está, en el ámbito de su actividad, reciba por parte de terceros descalificaciones personales que repercutandirectamente sobre su dignidad y consideración individual¹⁷.

Pronunciations mas recientes, como la enunciada por la ATC 336/2008, de 27 de octubre, han vuelto a confirmar la conclusión anterior; permitiendo que en la actualidad, ataques dirigidos a la vertiente profesional de una persona, como el vertido sobre la pericia profesional del responsable de los servicios medios del Real Madrid C.F., vengan a admitir la posibilidad de que tales divulgaciones supongan injerencias en el honor de los perjudicado¹⁸ y por tanto, se abra al puerta a la protección constitucional a consagrado en el art. 18 CE.

No cabe duda pues, tras lo expuesto anteriormente, que notiene sentido excluir del cerco protector que el texto constitucional asigna al derecho fundamental del honor; aquellas afirmaciones o divulgaciones que, pese a tener una dirección enfocada hacia la perspectiva profesional de la persona, terminan por producir un evidente menosprecio en la dignidad de la misma, siendo tal injerencia una verdadera intromisión ilegítima que no debe ser, en ningún momento, extraída de la esfera que delimita el honor de la persona únicamente bajo la justificación de que tienen como objeto el medio donde el individuo ejerce su labor profesional.

Al hilo de la sentencia que nos encontramos, consideración especial merecerá más adelante, una vez probado que el alcance de la protección del art. 18 CE incluye también el denominado "honor profesional" y que por tanto, puede entenderse, en sí mismo, vulnerado el honor del jefe de los servicios médicos del club, si deberá admitirse o no la posibilidad de incluir en esta protección el prestigio profesional no únicamente respecto de las personas físicas, como se ha tratado anteriormente, sino también de las personas jurídicas, derivado del hecho de que en el presente caso, una de las partes codemandantes que solicita la aplicación del mencionado artículo, el Real Madrid Club de Fútbol, revierte la forma de entidad deportiva no mercantil, lo que hace que debamos replantearnos nuevamente nuestra argumentación, estudiando la jurisprudencia en materia al respecto, para concluir simerece ampliar

16 DeVerda y Beamonte, J.R.; Talavera Fernández, P.; Paraca Vaca, O. *Imagen, honor e intimidad*, cit., 257.

17 STC 80/1999 de 11 de octubre (RTC 1999, 80), FJ 5°.

18 Conclusión acorde con lo dicho en la STS 18 julio 2008 (RC n° 2509/2001).

el alcance de la protección constitucional del honor también sobre formaciones jurídicas distintas a las personas físicas.

3. El requisito de la veracidad en la libertad de información.

Como se puede percibir fácilmente, otros de los aspectos que la sentencia tratada vuelve poner en juego nuevamente es la cuestión del deber de veracidad que debe imperar como legitimador del ejercicio del derecho a la libertad de información, articulándose este deber como requisito indispensable para que la utilización de tal libertad puede entenderse efectuada dentro de los márgenes que delimitan y describen el mencionado derecho.

Enuncia el art. 20 de nuestra Constitución que “Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. [...] d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. Seguidamente, el texto continúa en su apartado 4º promulgando que “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

La primera conclusión que salta de forma sencilla a la vista recae sobre el hecho de que el art. 20. l d) CE no protege, de ninguna manera, cualquier tipo de información divulgada sino que, exclusivamente, extiende dicha protección a revelaciones que tengan por objeto hechos veraces.¹⁹ No obstante, parece no haber duda de que dicho deber no exige la total exactitud de lo que se transmite, ya que llegado tal caso, haría inoperante el reconocimiento de la libertad de información dadas la escasa posibilidad que a la hora de divulgar una información se tenga certeza plena y rigurosa de la exactitud de lo que se está afirmando.

Ha quedado aprobado por la doctrina el hecho de que la obligación se materialice en desplegar la diligencia propia de un profesional de la comunicación en la averiguación de la verdad.²⁰ Dicha obligatoriedad de búsqueda de la verdad de la noticia cobra especial relevancia en la sentencia arriba mencionada donde, según los razonamientos del tribunal, el intento de comprobación de la veracidad o no de la información difundida no pudo quedar demostrada de ninguna manera, lo cual, ante

19 “La comunicación que la Constitución protege es, ciertamente, la que transmite información veraz” [STC 240/1992, de 21 diciembre (RTC 1992, 240), FJ 5º].

20 Afirma la STC 139/2007, de 4 de junio (RTC 2007, 139), que el requisito de la veracidad “no debe identificarse con la idea de objetividad, ni con la ‘realidad incontrovertible’ de los hechos, pues ello implicaría la constricción del cauce informativo a aquellos hechos o acontecimientos de la realidad que hayan sido plenamente demostrados”

la ausencia de ese previo contraste de las fuentes, convierten tales informaciones referidas sobre la entidad deportiva en meros rumores o invenciones insidiosas.

La jurisprudencia de nuestro TC a tal efecto es considerablemente numerosa, viniendo a confirmar a lo largo de muchos de sus pronunciamientos²¹ que el hecho de exigir tal comprobación no consiste en la acreditación de que lo expuesto es totalmente cierto, ya que ello se tendría por imposible en gran número de casos. Se pretende, únicamente, algo que no sucedió en el caso del rotativo condenado, que quien exponga una serie de hechos que puedan llegar a desacreditar a un individuo, lo hagan bajo del amparo de las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia propia de un profesional.

4. Criterios de determinación en la diligencia de comprobación de la veracidad.

Apoyándonos en el análisis que el tribunal realiza sobre cuándo puede entenderse cumplido el deber de comprobación de la veracidad de las informaciones, resulta interesante, a tenor del impacto mediático que la promulgación de la sentencia ha tenido, proceder a mencionar cuales son los criterios que ayudan a enjuiciar la diligencia empleada por un profesional, de acuerdo a las consideraciones comúnmente aceptadas por la doctrina.²²

Como punto de partida, destacaremos la falsedad esencial de la noticia como principal motivo de negación del deber de comprobación, ya que este no se tendrá por realizado cuando la inexactitud de lo divulgado desvirtúe de un modo esencial la veracidad de la noticia.²³

Seguidamente, merece especial atención la gravedad del hecho imputado como uno de los principales medidores del nivel de diligencia de comprobación a emplear, adquiriendo éste una intensidad superior cuando lo informado suponga, por su propio contenido, una descalificación revertida sobre una persona u colectivo que pueda ver desmerecida su honorabilidad. Sobre ello se pronunció la STC 52/1996, de 26 de marzo (RTC 1996, 52), la cual, derivado de la gravedad de los hechos de la noticia, en la que se imputaba de forma pública un intento de chantaje de un empresario a un auditor, venía a concluir que, teniendo en cuenta el descrédito que se produjo objetivamente al honor del sujeto, y no habiéndose visto cumplido el requisito de comprobar previamente la veracidad de la información por parte del medio, procedía a desestimar el recurso de los condenados. Resulta, sin lugar a duda, fácilmente comprensible, el hecho de que ante divulgaciones que supongan

21 Destacan la STC 158/2003, de 15 de septiembre (RTC 2003, 158); la STC 240/1992, de 21 diciembre (RTC 1992, 240) y la STC 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999, 134).

22 De Verda y Beamonte, J.R.; Vidal Alonso, J.: "Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (II): El requisito de la veracidad", en AA.VV. *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones jurídicas* (coord. J. R. de Verda y Beamonte). Cizur Menor (2014): Thomson-Aranzadi (en prensa).

23 STC 240/1992, de 21 diciembre (RTC 1992, 240).

descalificaciones de un mayor grado sobre la honra, fama o reputación de cualquier individuo, el medio o sujeto emisor de las divulgaciones vea intensificada su obligación de comprobar la procedencia y veracidad de tales informaciones de conformidad con el grado de gravedad o trascendencia pública y social de las informaciones a publicar.

Al hilo del anterior criterio, debemos destacar, como ya se ha realizado en páginas anteriores, el pronunciamiento del TS en su desestimación del amparo solicitado por el diario *Le Monde* frente a la demanda del *Barcelona*, al citar que “la falta de veracidad de la información determina que decaiga el carácter prevalente de la libertad de información”²⁴, dado el grado elevado de desmerecimiento que comportaron las informaciones divulgadas en materia de dopaje frente al derecho al honor de la entidad demandante.

En tercer lugar, es comúnmente admitido como criterio de comprobación el hecho de si ha existido o no un previo contraste de la información con datos objetivos o fuentes dignas de solvencia. Afirmó la STC 190/1996, de 25 de noviembre (RTC 1996, 190), en la que condenó a un medio por intromisión ilegítima en el honor de una joven fallecida a la que se relacionaba con el consumo de drogas y cuya posterior autopsia desmintió dicho extremo, que dada la debilidad de las fuentes sobre las que provenía dicha información, la publicación de tales afirmaciones exigían un esfuerzo añadido de comprobación que no tuvieron lugar en el presente caso.

La STS 3 julio 2012 (RJ 2012, 8017), en particular, FJ 6º, sobre la acusación sobre el presidente de la Asociación de Víctimas del Terrorismo de cobrar cantidades de dinero de dicha organización, declaró inveraz las informaciones argumentando que “los demandados no hicieron el menor intento de contrastar dichos datos con alguien de la AVT y que el contraste era sumamente fácil tanto mediante las cuentas anuales como acudiendo a las personas que luego propusieron como testigos en su defensa”. Las facilidades de comprobación acerca de la veracidad de las informaciones publicadas por el medio, así como la ausencia de cualquier intento de llevarlas a cabo, llevaron al tribunal al entender, correctamente, que tal caso, no se habían cumplidos los requisitos que se presuponen para declarar veraz una información, y por tanto, que pueda superar el juicio de ponderación frente al honor del afectado.

En otros aspectos, cabe destacar también la especial solvencia de la que documentos oficiales gozan como fuentes de las informaciones a efectos de valorar el grado de diligencia mostrado por el profesional en su labor de contraste. Así lo confirmó la STC 129/2009, de 1 de junio (RTC 2009, 129), en que el alto tribunal concluyó que “la utilización como fuente directa para una información de unas diligencias policiales y judiciales en las que se confirme su contenido implica que

24 STS 7 noviembre 2011 (RC nº 183/2010).

los datos transmitidos en ese momento por el informante no puedan calificarse de producto de la mera invención". En todo caso, en dicha sentencia el tribunal terminó por no considerar veraz la información que publicó un periódico en la que atribuía a una víctima de homicidio "negocios de prostitución de alto nivel, según fuentes de la investigación". Dichas fuentes, constató el TC, se trataban únicamente de la declaración de un testigo, contenido en un atestado judicial en la que decía haber contactado telefónicamente con la fallecida tras ver un anuncio de que daba masajes. A tenor de tal información, y pese a proceder de fuente pública, se entiende que el tribunal concluyera que no era suficiente motivo para deducir la tajante afirmación de que regentaba tal negocio de prostitución.

Relacionado con el aspecto de la remisión a las fuentes, encontramos otro criterio de ponderación en el presente juicio a tener en cuenta: la alegación del secreto profesional como cajón de sastre protector de cualquier publicación por parte de un buen profesional de los medios. Acuerda la jurisprudencia mayoritaria que no se cumple el requisito de la veracidad cuando el periodista se remite a fuentes indeterminadas o se acoge a tal secreto. El TC²⁵ se pronunció en el año 2000 sobre las afirmaciones que un periódico vertía sobre cargos del Ministerio de Defensa y otros mandos acusándolos, entre otras cosas, de pago de comisiones millonarias, en base a unos escritos anónimos. Si bien es cierto que tras el seguimiento de tales afirmaciones anónimas pudieron extraerse algunas conclusiones incriminatorias en cuanto a irregularidades administrativas, no fue así en relación al supuesto pago de comisiones, lo que llevó al tribunal a estimar el recurso de los empresarios bajo el pretexto de que, pese a haber realizado algunas averiguaciones sobre la información que publicaba, no ocurrió lo mismo sobre otras, concretamente, respecto del pago de millonarias comisiones, no desplegándose actividad probatoria y remitiéndose "a unas fuentes indeterminadas".

La STC 240/1992, de 21 diciembre (RTC 1992, 240), en su FJ 7º, vino a tratar otro de los aspectos más relevantes a la hora de dilucidar si existió o no diligencia de comprobación de la veracidad, refiriéndose al hecho de si tuvo el informador la oportunidad o no de contrastar la información con el aludido. Dicho requisito parece entender como un deber que cobra especial intensidad cuando de las circunstancias de cada caso, se deduce la posibilidad de que el informador pudo haber tenido la oportunidad efectiva de contactar con la persona en cuestión con el fin de, al menos, comprobar, no únicamente la veracidad o falsedad de las acusaciones, sino también ofrecer al aludido a pronunciarse sobre las mismas. Así resulta del ATC 16/2006 de 18 de enero, donde en un caso de condena por calumnias a un periodista que acusó a dos recaudadores de impuestos de Sevilla de apropiación indebida, el tribunal vino a confirmar la condena de aquel dado que no existió previo contraste de la información con los principales afectados ni ninguna labor de averiguación. Merece

25 STC 21/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 21).

especial mención el hecho de que, además, el tribunal concluye que “aun negándose a efectuar declaraciones, ello no permite llegar a la conclusión de que el recurrente desplegase con ello la diligencia exigible” lo que viene a reforzar la importancia que el sentenciador ofrece al hecho de que los profesionales de la información verifiquen sus informaciones y no queden relevados de tales obligaciones por el mero hecho de oponerse, los aludidos, a dar su versión.

Comentaremos, para concluir dicho apartado, cual es la posición doctrinal respecto de la intención, el nivel de calificación y la posible rectificación posterior por parte del emisor de la información.

En relación a la primera de ellas, el móvil subjetivo del emisor, la jurisprudencia es constante a la hora de decretar la irrelevancia de dichas intenciones, argumentando que, aunque no se tuviera la intención de dañar, en caso de no desplegar las diligencias de comprobación necesarias, el emisor o divulgador de la información incurrirá en cualquier caso en responsabilidad por las afirmaciones publicadas. Ello se afirma en la STC 192/1999, de 25 de octubre (RTC 1999, 192), en la que se recoge que “la intención de quien informa no es un canon de la veracidad, sino la diligencia al efecto desplegada”

Además, respecto a la rectificación de la información que no es veraz, a posteriori, cabe también señalar que ello no libera, por sí misma, la responsabilidad en la que el profesional incurre tras la publicación de las afirmaciones.²⁶

La reciente STS 8 enero 2014 (RC nº 1315/2011) vino a considerar responsable a un diario que publicó por error unas acusaciones equivocadas sobre la muerte de un bebe, rectificándolas días después, lo que no fue motivo suficiente para eximir al periódico de su negligencia dado que dicho error en la identificación generó “dudas sobre la honorabilidad del demandante en su entorno familiar y social, efecto que no se eliminó con la rectificación efectuada con posterioridad”. En el presente caso, podemos comprobar cómo, al hilo de los dos últimos criterios expuesto, ni la posterior rectificación ni la ausencia de intención de dañar, eliminan la responsabilidad en la que incurre un profesional ante la evidente falta de comprobación de la veracidad de la información que trasciende el derecho al honor de un tercero.

Por último, señalar el consenso jurisprudencial por el cual ante un mayor grado de especialización por parte del emisor en una determinada materia, más elevado será el nivel de diligencia exigible dado que mayor consideración e impacto tendrán sus divulgaciones. La STS 4 julio 2012 (RC nº 716/2010) vino a defender tal posicionamiento entendiendo que las informaciones divulgadas por una periodista de televisión acusando a un partido político de financiarse por la FAES perjudicaban

26 STC 52/1996, 26 de marzo (RTC 1996, 251).

el prestigio de la fundación dada la elevada cualificación de los presentes en tal emisión y por tanto, la elevada fiabilidad que se presupone de sus divulgaciones al ser la condenada, en palabras del tribunal, “una profunda conocedora, por su actividad profesional, de la realidad política catalana; en cierto modo, una especialista en la materia”.

III. LA PROBLEMÁTICA RESPECTO AL HONOR DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Del mismo modo que sucedía en la controversia jurídica anterior; la cuestión ciertamente no pacífica relativa a si efectivamente las personas jurídicas en España pueden ser titulares o no del derecho al honor consagrado en el art. 18 CE, ha supuesto, desde su inicio, la existencia de una reiterada contraposición doctrinal entre resoluciones que admitían la titularidad de dichos entes respecto al derecho al honor y las que lo negaban alegando el significado personalista del precepto.

La STC 107/1988, de 8 de junio (RTC 1988, 107) vino establecer los cimientos de la posición contraria a admitir que las personas jurídicas pudieran ser titulares del derecho honor; acuñando lo que denominó el “carácter personalista” del derecho al honor y manifestando que “es más correcto desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador; pero que no son exactamente identificables con el honor”. Las SSTC 51/1989, de 22 de febrero (RTC 1989, 51), y 121/1989, de 3 de julio (RTC 1989, 121), vinieron a sustentar este primer posicionamiento contrario a admitir dicha posibilidad. La STS 5 octubre 1989 apoyó la vacilación jurisprudencial la entender y concluir que debía desestimar la protección solicitada por parte de un partido político que entendía vulnerado su derecho al honor; atendiendo, la sentencia, a que debía tenerse presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un carácter inherente a la persona, en el sentido de que se trata de un valor únicamente “referible a éstas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del derecho al honor de instituciones publicas”. Pese a hacer referencia, como se puede observar; a una institución pública, su razonamiento jurídico y conclusión pudo extenderse también a personas jurídicas, promulgando la incongruencia de atribuir la titularidad de dicho derecho a todo aquello que no se fueran personas consideradas de forma individual y la posibilidad de tratar la pertinente protección penal que el legislador considerara oportuno para tales ataques al prestigio y la reputación del ente pero a través de una vía ajena al concepto de honor tal y como se describe en nuestra constitución.

En sentido contrario, vino a manifestarse la STS 15 abril 1992 (RJ 1992, 4419), la cual, terminó por estimar la demanda de protección de derecho al honor presentada por una sociedad mercantil, y con ello, servir de sustento para la polémica jurisdiccional acerca de si éstas merecían o no ser beneficiarias de la protección constitucional otorgada al honor. Dicha pronunciación de nuestro Tribunal Supremo venía a

concluir que pese a admitir como cierto el hecho de que “el honor reconocido como derecho fundamental deriva de la dignidad humana” y que por tanto, presenta un “inegable carácter personalista”, ello no era motivo suficiente para “no incluir la extensión de la garantía constitucional a las personas jurídicas, y en concreto, a las sociedades mercantiles”. La justificación para llegar a tal conclusión partía del hecho de que reconocido que el prestigio profesional de la persona física es objetivo de protección, como se ha podido comprobar en líneas superiores, no existía razón para excluir de la misma el prestigio de la sociedad mercantil.

Al hilo de la justificación emanada por la sentencia anterior y aplicando su razonamiento al presente caso entre el rotativo y el club deportivo, se entiende que, de acuerdo al último razonamiento, el Real Madrid puede ser titular de la protección que el propio derecho al honor consagra en su artículo constitucional. Entiende, la sentencia, que, pese a la dificultad que implica atribuir el derecho al honor a una persona jurídica societaria, no ofrece, por otro lado, inconveniente aceptar que, en su aspecto exterior que se identifica con el reconocimiento por los demás de la propia dignidad, “es igualmente propio de aquellas personas jurídicas que pueden gozar de una consideración pública protegible”.²⁷

Otras numerosas sentencias ²⁸ vienen a respaldar la actual tesis favorable al reconocimiento del derecho al honor de las personas jurídicas, y que ha producido la consolidación de la, al parecer dominante, jurisprudencia favorable a dicha aceptación.²⁹

También el TC, en su S. 135/1995, de 25 de septiembre (RTC 1995, 135), vino a reconocer de manera expresa³⁰ la titularidad del derecho al honor por parte de personas jurídicas a partir de la interpretación del anterior derecho en un sentido objetivo definido como “buena reputación”, aplicación la descripción que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua realiza sobre el mencionado derecho.

En conclusión, por tanto, y de conformidad con lo sentenciado por la decisión del TS ante el cual la entidad Real Madrid Club de Fútbol solicitaba que se procediera a la protección de su honor como persona jurídica, parece correcto afirmar que

27 En el mismo sentido se orientó la STS 5 abril 1994 (RJ 2930), la cual vino a admitir la posibilidad de que el derecho al honor se presente también en personas jurídicas respecto de las cuales que merezcan ser protegidas ante “sensibles agresiones fruto del desbordamiento de la libertad de expresión a la dignidad que tiene derecho a ostentar y defender”.

28 La STS 26septiembre 1995 (Id Cendoj:28079110011995103287) argumentó que “aunque el honor sea un valor referible a las personas individualmente consideradas, no es patrimonio exclusivo de las mismas” y concluyó que “la persona jurídica también puede ver lesionado su honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad cuando la haga desmerecer en la consideración ajena”. También la STS 9 octubre 1997 (RJ 1997 7613) expuso que “ninguna norma constitucional ni de rango legal impide que las personas jurídicas puedan ser sujetos de los derechos fundamentales”

29 STS julio 2009 (RJ 2009, 4456) afirmó que “el honor, la fama o el prestigio de una persona jurídica es indudable e indiscutible”.

30 De la misma forma se pronunció la STC 183/1995 de 11 de diciembre (RTC 1995, 183).

existe un reconocimiento del más alto de nuestros tribunales, así como por parte del TS, de que el derecho al honor no es patrimonio único de las personas físicas por lo que no se debe excluir de su ámbito de protección a los entes jurídicos.

Ahora bien, aprovechando el presente comentario de la STS núm. 488/2014, de 24 de febrero (JUR 2014, 54551), que ha vuelto a reabrir el debate sobre la consideración de si pueden o no ser titulares las personas jurídicas del derecho al honor, debemos recordar la existencia de un considerable sector de la doctrina que mantiene la coherente postura de entender como una contradicción el atribuir a una persona jurídica o ente institucional la titularidad de un derecho como el del honor; dado que significa adjudicar a dicha entidad un bien propio y único de la personalidad, como es la honra, y cuya protección queda justificada, como ha quedado probado, bajo el mero hecho de que su fundamento parte de la dignidad innata al individuo.³¹ Por tanto, parece comprensible que si consideramos aquel derecho desde una perspectiva subjetiva, se vuelva complicado el poder predicar con toda certeza la posibilidad de que entes jurídicos sean titulares de tal derecho.

Dicho sector doctrinal ha venido a apoyarse en el hecho de que únicamente la persona física individualizada puede ser titular del derecho al honor; que no podrá ser atribuido, derivado de la propia naturaleza del mismo, a la persona jurídica y sus símbolos representativos, sin que, en ningún caso, ésta llegue a quedar desprotegida ante lo que se puedan considerar injerencias contra su reputación, nombre o trayectoria que verdaderamente dañen la imagen externa que la misma proyecta sobre la sociedad, dado que dichas infracciones serán protegidas debidamente a través de otros mecanismos establecidos por el legislador en materia de patentes y marcas.

En todo caso, lo anterior no obsta, de ninguna manera, para que en caso de se produjeran ataques que demuestren una posible injerencia sobre el derecho al honor de un grupo de personas que formen una entidad con personalidad jurídica, éstas puedan ejercitar una acción contra dicha intromisión. No parece haber problema en entender que cuando se produzcan divulgaciones que perjudiquen o dañen a título colectivo a un grupo de personas, pueda articularse la defensa de la protección de sus derechos en esa misma dimensión colectiva, a través de la legitimación de personas jurídicas en sustitución de tal colectividad.

En los términos anteriores, se pronuncia la STC 176/1996 de 11 de diciembre (RTC 1996, 176), la cual desestimó el amparo solicitado por parte de los condenados por una publicación en un Tebeo donde se podían observar viñetas alusivas a la

31 Mención especial merece la jurisprudencia constitucional boliviana al respecto, quien ha vinculado claramente el derecho al honor con la dignidad de la persona, siendo definido tal derecho por la STCB 0338/2003-R de 19 de Marzo como aquel derecho "que tiene toda persona por su sola condición de ser humano, para que se le respete y reconozca como ser dotado de un fin propio".

situación de los judíos, efectuando lo que el alto tribunal entendió como una apología de los verdugos, así como una glorificación de su figura, a costa de la humillación de sus víctimas, algo que, entendió el sentenciador que no podía caber en el cerco de la libertad de expresión y ante lo cual, se legitimó a dos asociaciones judías para solicitar la defensa de los valores éticos y morales que la publicación claramente dañaba sobre el pueblo que, pese a no haber vivido directamente dicha situación ni guardar parentesco directo, sufrieron dicha crueldad gratuita.

CUESTIONES JURÍDICAS



LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL ESTATUTO
ORGÁNICO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA GABRIEL
RENÉ MORENO (U.A.G.R.M.) A PARTIR DE LA PARIDAD EN EL
COGOBIERNO.

VIOLATION OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY IN THE
CONSTITUTION OF THE GABRIEL RENE MOTENO AUTONOMOUS
UNIVERSITY FROM PARITY IN COGOVERNMENT

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 276-299



Alejandro
COLANZI
ZEBALLOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de mayo de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: De la igualdad formal a la igualdad del Estado Social, pasando por la igualdad material. Analizar la igualdad dentro de los presupuestos objetivos de proporcionalidad y razonabilidad. En este marco, encarar el logro histórico obtenido a inicios del siglo XX, en dicho contexto cuantitativo y cualitativo, que en el presente siglo XXI se torna violatoria a la igualdad, ya que el voto de un docente equivale a la de 45 estudiantes y esto, per se, constituye distorsión de los objetivos de la educación democrática boliviana.

PALABRAS CLAVE: Principio de igualdad, cogobierno, autonomía, objetivo de la educación, conflicto entre bienes constitucionales, dignidad, discriminación.

ABSTRACT: From formal equality to social state equality, through material equality. Analyzing equality inside objectues budgets of propoortuonality and reasonableness. In this framework, addressing the historic achievement obtained in the early twentieth century, in that quantitative and qualitative context, which in this century becomes a violation to equality, as the vote of a teacher equals 45 students and this, by itself, constitute a distorsion to the bolivian democratic education.

KEY WORDS: Equality principle, co-government, autonomous, education objectives, conflict between constitutional assets, dignity, discrimination.

SUMARIO: I. Teoría del principio de la igualdad. Aproximaciones.- I. Renovación permanente de la igualdad.- La igualdad formal.- A) La igualdad material.- B) Estado social.- 2. Los presupuestos objetivos de la igualdad.- A) Razonabilidad.- B) Proporcionalidad.- II. La universidad en Bolivia en el nuevo marco constitucional.- I. La configuración legal del legislador: el Marco normativo legal.- 2. Universidad en Bolivia.- A) Antecedentes históricos.- B) Realidad actual de la Universidad Autónoma "Gabriel René Moreno".- III. La ponderación y conflictos entre bienes constitucionales.- I. Objetivo de la educación.- 2. Dignidad vs. Discriminación.- 3. Estatus académico vs. Ámbito político: gobierno universitario.- IV. A manera de conclusiones.

I. TEORÍA DEL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD. APROXIMACIONES.

Abordar la igualdad, constituye en sí mismo, introducirse en la memoria histórica de la humanidad, principalmente en los últimos 3 siglos. Es tal su importancia, que históricamente se configuró como un "principio regulador de la sociedad"¹; diríamos, que se constituyó en factor ordenador de las luchas por y desde el Estado moderno. A decir de Cerdá², "la idea de igualdad es uno de los parámetros fundamentales del pensamiento y de la organización social, económica, política y jurídica..."; y, en esa misma línea también lo menciona Carbonell³. Para Cruz y Pardo, complementariamente, la consideran "valor superior" del ordenamiento jurídico⁴.

Se puede afirmar categóricamente que "el vínculo básico que la idea de democracia establece con la idea de igualdad"⁵, permite configurar ese carácter ordenador. Es imposible concebir a la democracia sin igualdad y viceversa: tal es su importancia, lo graficaremos como a siameses que comparten el corazón.

Podríamos señalar que su origen se remonta al derecho natural, que apunta a que "todos los hombres son creados iguales"⁶, habiendo sido incorporada esta premisa,

- 1 Castro Chávez, N. *La acción afirmativa en materia de género y las cuotas de participación política en Costa Rica*. Tesis de Licenciatura. 2010, 5. Disponible en www.iiij.ucr.ac.cr/download/file/fid/370.
- 2 Cerdá Martínez-Pujalte, C. M^a. "Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación". *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadri que Furió Ceriol* (2005). 50/51, 193.
- 3 Carbonell, M. "Igualdad y Constitución", en AA.VV. *Discriminación, igualdad y diferencia política*. México (2004): Consejo Nacional para prevenir la discriminación, 10.
- 4 Cruz Villalón, P. y Pardo Falcón, J. "Los derechos fundamentales en la constitución española de 1978". *Boletín mexicano de derecho comparado*, nueva serie (enero-abril 2000). Año XXXIII-97, 137.
- 5 Tapia, L. *La coyuntura de la autonomía relativa del Estado*. La Paz (2009): CLACSO, 149.
- 6 Montaner, C.A. "Las falacias del igualitarismo". http://eju.tv/2012/11/las-falacias-del-igualitarismo/#utm_source=V.12.11.02.22&utm_medium=email&utm_term=&utm_content=zzz&utm_campaign=subscribe2.

• Alejandro Colanzi Zeballos

Abogado y Profesor de Criminología en la UAGRM. Magister en "Ciencias penales y criminológicas" y maestría en "Derechos y garantías constitucionales". Ex decano de la Facultad de Derecho de la UPSA. Autor de numerosas publicaciones científicas, entre las que destacan, *Construyendo Bolivia: aporte desde la Criminología*. La Paz (2006); Fondo Editorial de los Diputados; *Búsqueda criminológica*. Nueva Generación. Santa Cruz-Bolivia (1995); *Fundación Siglo Veintiuno*; *Granja de Espejos. ¿Aberración jurídica o lucha de clases?* Santa Cruz de la Sierra (1987); Edit. Cabildo.

en todas las proclamas filosóficas, políticas y –modernamente– constitucionales, como también en las declaraciones sobre derechos humanos que se dieron y se internacionalizaron.

A su vez, hablar de igualdad conlleva o arrastra la variable de la dignidad, porque el “principio de igualdad parte... de la igual dignidad de toda persona humana”⁷, vinculando, por esta vía, al ámbito de la discriminación, como lo señala Bayefsky al sostener que “la igualdad o no discriminación es una de las normas declaradas con mayor frecuencia”⁸, en relación a la protección de los derechos humanos. Cruz, en la misma línea, señala que la igualdad “afecta a la propia dignidad de la persona”⁹, y la dignidad de los humanos “está por sobre todo otro principio o valor, por tanto, ninguna norma jurídica ni aún un derecho de la persona puede ir en contra de la dignidad humana”¹⁰. Ninguna persona puede ser discriminada o evidenciarse que otra es preferida y ella relegada, como señala Rabossi, “a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado”¹¹.

Por otro lado, se puede sostener que “la construcción jurídica de la igualdad implica siempre un juicio de valor, un proceso de abstracción [...] de esta manera, el concepto es incompleto”¹², por ser relacional¹³, ya que “presume una diferencia entre las cosas que se comparan”¹⁴, de allí su ilimitada, interminable y adecuada definición, convirtiéndose en una herramienta cargada de futuro¹⁵. Dicho carácter relacional se produce a partir de percibir y contrastarla con la desigualdad; que han sido paralelas, ya que a “lo largo de la historia estas ideas han coexistido y evolucionado en forma conjunta”¹⁶.

Así mismo, podríamos sostener que “se entiende por igualdad el establecimiento de un criterio de lo que históricamente se pretende razonable para medir la

7 Nogueira Alcalá, H. “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional”. *Ius et Praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile (1997). 2-2, 235.

8 Bayefsky, A. F. *El principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional*. www.programamujerescdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/46.pdf.

9 Cruz Villalón, P. y Pardo Falcón, J. “Los derechos fundamentales”, cit., 139.

10 Nogueira Alcalá, H. “El derecho a la igualdad”, cit., 236. Véase también Nogueira Alcalá, H. “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”. *AFDUDC* (2006). 10, 801.

11 Rabossi, E. “Derechos Humanos: el principio de igualdad y la discriminación”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (1990). 7, 170.

12 Ruiz Carbonell, R. *El principio de igualdad entre hombre y mujeres. Del ámbito público al ámbito jurídico-familiar*. Tesis de doctorado, I I. www.tdx.cat/bitstream/10803/10750/1/RuizCarbonell.pdf.

13 Bobbio, N. *Igualdad y libertad*. Barcelona (1993): Paidós, 58.

14 Perez Portilla, K. *Principio de Igualdad: alcance y perspectivas*. México (2004): Consejo Nacional para prevenir la discriminación, 6.

15 Brito Melgarejo, R. “El principio de igualdad en el derecho constitucional comparado”, en AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Marineau*. México (2012): UNAM.

16 Brito Melgarejo, R. “El principio de igualdad”, cit.

legitimidad o ilegitimidad de una desigualdad jurídica de trato entre un conjunto de la ciudadanía¹⁷.

I. Renovación permanente de la Igualdad.

Por el carácter relacional, adecuado y cargado de futuro, el concepto de igualdad está marcado de una constante y permanente renovación, como se viene describiendo. Debemos recordar los siglos de “oscurantismos” que precedieron y motivaron la búsqueda de respuestas a las inaceptable fundamentaciones¹⁸ sobre el poder y la no valía del ser humano, como las de los “designios divinos” y “el Estado soy yo”, los procedimientos inquisitoriales, etc.

Es en este escenario en que el principio de igualdad (aporte de la emergente masonería con su triada de libertad, igualdad y confraternidad¹⁹) cobra notoriedad e importancia, surgiendo con mucha fuerza en la Europa de finales del siglo XVIII y sus zonas de influencia, y extendiéndose al siglo XIX.

Será en los procesos y de acceso al Estado moderno de EE.UU primero, y seguidamente de Francia, en los que se inicia esta formalización y protección del analizado principio de igualdad.

A) La igualdad formal.

A decir de Pardo y otros, es en “el contexto liberal decimonónico” que se puede entender su aparición, expansión y consolidación, ya que “el principio constitucional de igualdad representaba la ruptura con la anterior sociedad estamental, marcada por la desigualdad, los privilegios y las exenciones”²⁰.

Y es a partir de su constitucionalización que “la igualdad formal se identifica con el principio de igualdad ante la ley”²¹, y esta viene a ser “entendida como consecuencia de la generalidad de la norma” por lo que significaría “la sumisión a un mismo ordenamiento y la igual protección”²².

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos “el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenecen al juscogens,

17 Ruiz Carbonell, R. *El principio de igualdad*, cit. 11

18 Romero Soto, Julio. *Curso de Sociología Jurídica*. Ediciones Librería del Profesional, La Paz, 1979, pág. 32.

19 Feldis B., J. P. *Sociología Jurídica. En época de Caos*. 2ª ed., Santa Cruz de la Sierra-Bolivia (2009), 24.

20 Pardo López, M. y otros. “La Igualdad: artículo 14 de la CE”, en *Derecho Constitucional III*. Murcia (2011): Universidad de Murcia, 1-2.

21 Cerdá Martínez-Pujalte, C. Mª. “Los principios constitucionales”, cit., 202

22 Pardo López, M. y otros. “La Igualdad”, cit., 2.

puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”²³.

Como se ve, este salto histórico fue muy importante. Pero, con el transcurrir del tiempo, y en el devenir histórico, “la asimilación al principio de legalidad posibilitó no cuestionar el contenido de la ley en sí misma”²⁴, posesionándose el dicho popular de que la ley “se cumple y no se discute”. Este ejercicio se prolonga durante varias décadas.

B) La igualdad material.

Ser iguales ante la ley, con el pasar del tiempo, producía resultados de desigualdad, por lo que se comenzó a cuestionar “de forma progresiva y natural, la igualdad ante la ley pasó a ser entendida como igualdad en la aplicación de la ley”. No se cuestionaba a la ley misma sino a quienes la aplicaban y la forma en que lo hacían, por lo que los debates se centraron en la discrecionalidad o no del juzgador; “la aplicación desigual de la ley podía confundirse con un problema de mera inaplicación de la propia ley o dar lugar a una aplicación arbitraria a aquella”. Después, la discusión se giró hacia otras búsquedas, al darse cuenta que no sólo era un tema de aplicabilidad; el resultado no era el buscado y “la proyección del principio de igualdad [...] sobre su contenido se hacía imprescindible”²⁵.

Esta renovada visión se tornó en un imperativo, y “este nuevo significado [...] no elimina el anterior; sino que lo amplía”; por lo que “el principio de igualdad en la ley [...] constata la existencia de cánones de lógica o de razonabilidad que limiten la voluntad del legislador”²⁶, por lo que “se insta a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad del individuo [...] sea real y efectiva”²⁷.

A decir de Magnolia Pardo y otros, “aparece así un nuevo contenido del principio de igualdad: la igualdad material”²⁸, y con él, “la prohibición de discriminación no sería sino la otra cara de la moneda del principio de igualdad de trato”²⁹.

C) Estado social.

En el siglo XX se generan contradicciones profundas, y se producen hechos históricos trascendentes. Es en el México convulsionado por las luchas sociales, en la

23 Corte Interamericana de DD.HH. Opinión Consultiva No. 18, año 2023, parágrafo 101.

24 Pardo López, M. y otros. “La Igualdad”, cit., 2-3.

25 Pardo López, M. y otros. “La Igualdad”, cit., 3.

26 Pardo López, M. y otros. “La Igualdad”, cit., 3-4.

27 Cruz Villalón, P. y Pardo Falcón, J. “Los derechos fundamentales”, cit., 137.

28 Pardo López, M. y otros. “La Igualdad”, cit., 5.

29 Cerdá Martínez-Pujalte, C. M^a. “Los principios constitucionales”, cit., 194.

que se dan las primeras medidas de protección a los trabajadores y a los campesinos (1917), enrostrando al mundo un nuevo rol del Estado, con su nueva Constitución Política que emergía de una Asamblea Constituyente; y, será la efímera República de Weimar (1919-1933), como se llamó a esa Alemania que salió de su derrota de la primera guerra mundial, la que enarbola y pretende tomar la posta lanzada desde la indo-afro-latinoamérica.

La II guerra mundial, la situación en la que quedó el continente europeo, posibilitó que se constituyan en estados fuertes y que en la línea mexicana y la de Weimar, asuman roles antes impensables. Es así, que desde las cenizas emerge el Estado Social.

Para algunos autores, "el Estado social es la superación del Estado liberal"³⁰, que limitó e inmovilizó al aparato del Estado con el "dejar hacer, dejar pasar", para que sea el mercado quien regule, dicho de otro modo, la sociedad civil. Para nosotros, constituirá una maximización de lo social en la búsqueda de equilibrio frente al omnipotente y perverso mercado, sin salirse del ámbito liberal; constituirá el inicio del reconocimiento del "altro" frente al excesivo neoidealismo individualista; y, obviamente, adentrarse al reconocimiento del concepto del "ser social"³¹: soy, en cuanto soy ser social.

El Estado deja su función de tan sólo "reconocer" (Estado liberal) y pasa a "garantizar", "sostener", "regular", "vigilar", "proteger", entre otros verbos, con los que está plagada nuestra Constitución Política del Estado. Estamos ante un Estado que está obligado a intervenir, a regular, a ser activo. Estamos ante el Estado Social, el cual "se convierte así en agente activo del cambio social"³².

En ese contexto, la búsqueda de la igualdad toma otro rumbo. Y es en este escenario que "la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley son insuficientes para corregir, o al menos mitigar las desigualdades de hecho existentes"³³, y esto, permite que se siga reflexionando, desde esta otra esfera y visión.

Aunque el principio de igualdad "es sostenido tanto por los tratados internacionales en materia de derechos humanos, como por el texto de las constituciones contemporáneas posteriores a la segunda guerra mundial"³⁴, "continúa produciendo la sensación de materia poco trabajada, con numerosas incógnitas y cuestiones

30 Cerdá Martínez-Pujalte, C. M°. "Los principios constitucionales", cit., 4.

31 Colanzi Zeballos, A. *Búsqueda criminológica. Nueva Generación*. Santa Cruz-Bolivia (1995): Fundación Siglo Veintiuno, 93.

32 Pardo López, M. y otros. "La Igualdad", cit., 5

33 Pardo López, M. y otros. "La Igualdad", cit., 4.

34 Nogueira Alcalá, H. "El derecho a la igualdad", cit., 235.

todavía pendientes”³⁵, ya que, si bien “existe en las sociedades occidentales [...] una aceptación casi universal de la idea de igualdad [...] no todos los miembros de una sociedad tienen de hecho una idéntica percepción de la misma”³⁶, por lo que esta diversidad, como producto del reconocimiento del “altro” y del “ser social”, ha producido un aumento cuantitativo y cualitativo de las exigencias para no ser discriminados, y es así que “en los últimos 45 años, organismos internacionales se han abocado, en forma continua, al desarrollo y la promulgación del derecho de igualdad”³⁷.

El reconocimiento de ser “diferente” y no ser discriminado “ha ocurrido en diversos contextos: en relación con derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; en empleo, remuneraciones y educación; y en tortura, raza, sexo e infancia. Actualmente, también se está considerando en diversos contextos adicionales, incluyendo la religión, los enfermos mentales, las poblaciones indígenas y el derecho de salida y retorno”³⁸. Todo esto, debido al nuevo carácter del Estado social, que “tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatoria, combatir las prácticas de este carácter”³⁹.

En Bolivia, esta característica nueva de Estado, el social, se incorpora a la economía jurídica en la Constitución de 1938, después de un hecho que recondujo la visión general del país, la fatídica guerra del chaco, sostenida contra nuestro vecino Paraguay y producida por intereses foráneos de terceros. Posteriormente, la denominada “revolución nacional” de 1952 profundiza esa concepción, que termina plasmada en la constitución de 1967, y que perduró durante 42 años, más allá de las 2 reformas parciales (1994 y 2004); y, se ahonda en la actual Constitución Política (2009).

2. Los presupuestos objetivos de la igualdad.

La búsqueda de ampliar la aplicación de la igualdad, en las relaciones cotidianas, nos llevan a buscar las situaciones de desigualdad, cada vez con mayor precisión y sofisticación. Para ello, se plantea tomar a la discriminación como parámetro, y son los teóricos quienes nos señalan con claridad cuándo se está ante una discriminación.

Es Bayetsky quien, en esa búsqueda, señala que, “una distinción no discriminatoria debe: a) tener una justificación objetiva y razonable; esto es, debe perseguir una finalidad legítima; y, b) debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre

35 Pardo López, M. y otros. “La Igualdad”, cit., 1.

36 Cerdá Martínez-Pujalte, C. M^a. “Los principios constitucionales”, cit., 194.

37 Bayefsky, A. *El principio de Igualdad*, cit., 2.

38 Bayefsky, A. *El principio de Igualdad*, cit., 2.

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva. 18 sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (2003), al razonar en los párrafos 184-186. www.alcaldiabogota.gov.co/.../sidiel.../NIVR/JATRINDADECYATAMA.

la finalidad y el medio empleado para lograrla⁴⁰. Y Nogueira ahonda, aclarando aún más, que “si del análisis resulta que hay al menos un medio idóneo que no interviene en la prohibición de discriminación [...] la ley será inconstitucional por infracción del principio de igualdad⁴¹. Serán estas las características que debemos analizar:

A) Razonabilidad

No estaremos ante una discriminación si en la diferenciación de trato existe razonabilidad, objetividad, y un propósito legítimo: ésta es la conjunción que debemos buscar:

El primer elemento que debiéramos buscar es el de la racionalidad, que “implica prohibición de arbitrariedad...es el juicio de razonabilidad dentro del cual debe ser entendido el principio de igualdad⁴². Para la jurisprudencia constitucional, la razonabilidad o coherencia interna del ordenamiento jurídico, es un valor esencial⁴³.

Se afirma por ello, que “la igualdad se vulnera cuando no se encuentra razón objetiva para establecer una regulación jurídica diferenciada, por lo cual dicha regulación jurídica debe ser considerada arbitraria⁴⁴, y en la misma línea, la jurisprudencia europea se ha pronunciado, señalando que “el principio de igualdad de trato se viola cuando la distinción no tiene justificación objetiva y razonable⁴⁵.

Por último, se debe afirmar que “la igualdad ante la ley tutela a las personas frente a los eventuales privilegios, a los actos y normas discriminatorias o sin fundamento racional o justo, como asimismo, ante las eventuales irracionalidades del mismo ordenamiento jurídico⁴⁶.

B) Proporcionalidad.

Los tratos desiguales no necesariamente son violatorios del principio de igualdad, de allí que se pueda estar ante aquello que se ha denominado “discriminación positiva”. Para Nogueira, “el principio de igualdad no se reduce a la prohibición de tratos desiguales sin fundamento racional. La igualdad ante la ley tiene un carácter relativo y proporcional⁴⁷; y en relación a esta última característica, la del carácter o

40 Bayefsky, A. *El principio de Igualdad*, cit., 12.

41 Nogueira Alcalá, H. “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional”, cit. 214.

42 Nogueira Alcalá, H. “El derecho a la igualdad ante la ley”, cit., 810.

43 Sentencia Corte Constitucional italiana 30 diciembre 1982, núm. 204. *Foro It.*, 1982. I; y Sentencia del Tribunal Constitucional peruano. Exp. núm. 045-2004 – PI/TC.

44 Nogueira Alcalá, H. “El derecho a la igualdad ante la ley”, cit., 811.

45 STEDH 23 julio 1968, caso “Lingüística Belga”; y STEDH 13 junio 1978, caso Marcky c. Bélgica. I/3/06/78. Volumen 31, Serie A. Corte Europea de Derechos Humanos, parágrafo 10.

46 Nogueira Alcalá, H. “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional”, cit., 240.

47 Nogueira Alcalá, H. “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional”, cit., 212.

noción de “proporcional”, Barnes entiende que “aparece íntimamente relacionado con la idea de justicia material y, por consiguiente, ha estado presente, de un modo u otro, en la historia del pensamiento jurídico”⁴⁸.

Si bien es cierto, como señala Barnes, que la búsqueda de justicia material está presente, no es menos cierto que continuamente estamos ampliando sus límites, ya que “cuando se establece una diferencia basada en grupos de personas o una diferenciación referidas a circunstancias que se traduce en tratamiento desigual de personas, se debe desarrollar un análisis atendiendo, además, al principio de proporcionalidad, ya que ese trato desigual puede comprometer otros derechos fundamentales o... protegidos”⁴⁹.

Para el Tribunal Constitucional Alemán, se estará ante la violación al principio y derecho de igualdad “cuando un grupo de destinatarios de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otros destinatarios de la misma, a pesar de que entre los dos grupos no existan diferencias de tal tipo y de tal peso que puedan justificar el trato diferente”⁵⁰.

Este principio, el de proporcionalidad, se constituye a partir de tres subprincipios, a saber: a) de adecuación; b) de necesidad; y, c) de proporcionalidad en sentido estricto de ponderación. O dicho por Nogueira, el principio se descompone en los tres subprincipios antes señalados⁵¹. Para arribar al criterio de que si una norma viola el principio de proporcionalidad, pues habrá que someterla al análisis exhaustivo para ver si cumple con los referidos subprincipios de rigor. Analicemos cada uno de ellos.

a) *Subprincipio de adecuación*. Para Nogueira⁵², este subprincipio exige que se utilicen medios idóneos, para quien la idoneidad “es la relación de causalidad de medio a fin”, de coherencia entre el medio con el fin. Es en ese sentido que también se ha establecido en la jurisprudencia constitucional, al establecer que el principio de igualdad “se infringe igualmente cuando se establece claramente que no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines que se busca lograr”⁵³, y obviamente, “en el caso que no sea idóneo para lograrlo, el medio legislativo empleado será inconstitucional”⁵⁴.

48 Barnes, J. “Introducción al principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”. *Cuadernos de Derecho Público*. INAP (1998). 5, 11.

49 Nogueira Alcalá, H. “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional”, cit., 212.

50 Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sala I ra. BVerf GE 55 72 (88), del 07/10/80.

51 Nogueira Alcalá, H. “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional”, cit., 213-214.

52 Nogueira Alcalá, H. “El derecho a la igualdad ante la ley”, cit., 813.

53 STEDH 23 julio 1968, caso “Lingüística Belga”, y STEDH 13 junio 1978, caso Marcky c. Bélgica. Volumen 31, Serie A. Corte Europea de Derechos Humanos, parágrafo 10.

54 Nogueira Alcalá, H. “El derecho a la igualdad ante la ley”, cit., 814.

b) *Subprincipio de necesidad*. Con este subprincipio se busca que la regla sea “la utilización del medio legislativo alternativo menos restrictivo de los derechos e igualmente eficaz para alcanzar el objetivo propuesto”⁵⁵. Nos hace recuerdo al principio de restringir lo odioso.

c) *Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto de ponderación*. Con este subprincipio se tiende a buscar que los legisladores, al momento de aprobar una ley, tengan presente la no afectación de intereses y derechos “excesivamente” gravosos o desmedidos, tenidos como prohibición constitucional.

Para Nogueira, este subprincipio obliga al legislador a “ponderar en forma adecuada la intensidad del daño o lesión que la medida legislativa causa a los intereses de las personas, y el beneficio que la medida significa en relación al bien común”⁵⁶. Y el bien común debemos entenderlo como “la realización cada vez más fraterna de la dignidad común, lo cual exige no instrumentalizar a unos a favor de otros”⁵⁷, así como “el conjunto de las condiciones sociales que permiten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su persona”⁵⁸. Por ello, creemos y compartimos la noción de que “en el supuesto que la intensidad de la afectación de la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional”⁵⁹.

II. LA UNIVERSIDAD EN BOLIVIA EN EL NUEVO MARCO CONSTITUCIONAL.

Si bien nuestra república nace reconociendo a la universidad, pero lo hace como una instancia o un espacio dependiente del gobierno central. Será el movimiento autonomista de inicios del siglo XX (1918), que generado en Córdoba-Argentina- se irradia a nuestra indo-afro-latinoamérica y el resto del mundo. Diez años después, el movimiento universitario boliviano (1928) asume dichas banderas y da inicio a una serie de acciones en pro de su materialización; será éste y no la clase política quien lo encare, o como diría Rodríguez Ostría “su protagonista es siempre el mismo: el movimiento estudiantil”⁶⁰.

“Las universidades públicas son autónomas en Bolivia en virtud a la ley de 25 de julio de 1930 y de los ajustados resultados del Referéndum del 11 de enero de 1931”⁶¹, el mismo que se realiza en la búsqueda de introducir 9 reformas a

55 Nogueira Alcalá, H. “El derecho a la igualdad ante la ley”, cit., 814.

56 Nogueira Alcalá, H. “El derecho a la igualdad ante la ley”, cit., 814.

57 CELAM. Puebla. Editores: Paulinas y Presencia. Bolivia, 1979, 108.

58 Juan XXIII. “Pacem in Terris”, en *Ocho grandes mensajes*, 7ª ed. Madrid (1974): BAC, 227; Juan XXIII. “Mater et Magistra”, en *Ibidem*, 152.

59 Nogueira Alcalá, H. “El derecho a la igualdad ante la ley”, cit., 814.

60 Rodríguez Ostría, G. “Autonomía y cogobierno paritario, entre la memoria, las dudas y las perspectivas”. *Revista Ciencia y Cultura* (Universidad Católica de Bolivia) (1998). 3º, 104-121.

61 Rodríguez Ostría, G. “Autonomía y cogobierno paritario”, cit., 104-121.

la constitución política entonces vigente, una de ellas, la 8va., estaba referida a la autonomía universitaria. Es como resultado de dicha consulta soberana, que se le reconoce a la universidad boliviana su manejo autónomo, de allí que, a partir de ese hecho, las constituciones políticas delimitan claramente el marco autonómico de las universidades públicas bolivianas. Veamos:

Constitución de 1938: Artículo 159°.-Las Universidades públicas son autónomas e iguales en jerarquía. La autonomía consiste en la libre administración de sus recursos, el nombramiento de sus Rectores, personal docente y administrativo, la fijación de sus estatutos y planes de estudio, la aprobación de sus presupuestos anuales, la aceptación de legados y donaciones, la celebración de contratos y obligaciones para realizar sus fines y sostener y perfeccionar sus institutos y facultades. Podrán negociar empréstitos con garantía de sus bienes y recursos, previa aprobación legislativa.

Constitución política de 1947: Artículo 162°.- Las Universidades públicas son autónomas e iguales en jerarquía. La autonomía consiste en la libre administración de sus recursos, el nombramiento de sus Rectores, personal docente y administrativo, la fijación de sus estatutos y planes de estudio, la aprobación de sus presupuestos anuales, la aceptación de legados y donaciones, la celebración de contratos y obligaciones para realizar sus fines y sostener y perfeccionar sus institutos y facultades. Podrán negociar empréstitos con garantía de sus bienes y recurso, previa aprobación legislativa.

Constitución de 1967: Artículo 185°.- Las Universidades públicas son autónomas e iguales en jerarquía. La autonomía consiste en la libre administración de sus recursos, el nombramiento de sus rectores, personal docente y administrativo, la elaboración y aprobación de sus estatutos, planes de estudio y presupuestos anuales, la aceptación de legados y donaciones y la celebración de contratos para realizar sus fines y sostener y perfeccionar sus institutos y facultades. Podrán negociar empréstitos con garantía de sus bienes y recurso, previa aprobación legislativa.

La Constitución del 2009: Artículo 92.1.- Las Universidades públicas son autónomas e iguales en jerarquía. La autonomía consiste en la libre administración de sus recursos; el nombramiento de sus autoridades, su personal docente y administrativo; la elaboración y aprobación de sus estatutos, planes de estudio y presupuestos anuales; y la aceptación de legados y donaciones, así como la celebración de contratos, para realizar sus fines y sostener y perfeccionar sus institutos y facultades. Las universidades públicas podrán negociar empréstitos con garantía de sus bienes y recurso, previa aprobación legislativa.

Esta reforma constitucional, introducida mediante referéndum, fideliza la consigna de Córdoba⁶², la cual “reclama un gobierno estrictamente democrático y sostiene que el demos universitario, la soberanía, el derecho a darse el gobierno propio radica principalmente en los estudiantes”. De ello se lectura, que la mediocridad y la corrupción que se visualiza y se pretende revertir, sólo se dará a partir de la *democracia* y ésta, sólo a través del voto estudiantil.

I. La configuración legal del legislador: el Marco normativo legal.

Como se ha visto anteriormente, con meridiana claridad, que en 61 años, en 5 constituciones diferentes, contando desde la reforma parcial de 1931, dos aspectos no se modificaron: primero, el texto referido a la universidad es idéntico; y, segundo, en ningún momento se refiere a modalidad o forma alguna sobre el ejercicio de la autonomía reconocida y garantizada, como ser el cogobierno y menos paritario. Tampoco se lectura el voto calificado a favor de los profesores. La forma de gobierno es parte del ejercicio de la autonomía, dejándole esa definición al legislador universitario.

Sorpresivamente, el legislador universitario introduce en el Estatuto Universitario los conceptos de *cogobierno* y, además, *paritario*⁶³. Lo que implica que para elegir sus autoridades, el voto universitario se reduce a fracciones, ya que si dividimos la cantidad de alumnos por la de los profesores, así resulta. Debiendo recordar que, los trabajadores administrativos, que cuantitativamente son similares a los profesores, sólo tienen derecho a voz en el Ilustre Consejo Universitario⁶⁴.

Es necesario puntualizar que es el mismo Estatuto el que rescata a la *democracia* e *igualdad*⁶⁵ como principios que garantizan la participación en la vida institucional y en la formación de sus órganos de gobierno. Así también, señala que “toda discriminación social, política, religiosa, étnica, de género, por edad o por discapacidad física, es contraria al espíritu de la Universidad”⁶⁶.

Se debe entender que el Claustro Universitario, evento eleccionario, está enmarcado en el ámbito político, y como todo hecho político, tiene reglas. Sería inaceptable en elecciones generales de un país, que cualquier ciudadano pueda aspirar a la presidencia, ya que debe mínimamente, tener una edad determinada y no ser impedido por sentencia condenatoria alguna; diferente es la calidad de votante,

62 Proclama de Córdoba, 1918.

63 Estatuto Orgánico. Universidad Autónoma “Gabriel René Moreno”. Año 2007. Artículo: 2do.; inc. A y B del 4to.; y, 24avo.

64 Ídem. Inc. h) del artículo 25.

65 Estatuto Orgánico. Universidad Autónoma “Gabriel René Moreno”. Año 2007. Inc. D, art. 4.

66 Ídem.

que tan sólo debe ser mayor de edad y ciudadano, así esté cumpliendo sentencia condenatoria.

Mismo razonamiento debe tenerse ante un Claustro Universitario, en el cual, el o la candidat@ a Rectorado, Vicerrectorado, Decanatura, Vicedecanatura o Jefatura de Carrera, deben ser: *exclusivamente* un (a) profesor(a), con un mínimo de experiencia; grado y/o postgrado académico; no tener sentencia condenatoria o deuda al Estado. Sería impensable que alguien del estamento estudiantil aspirase a dichos cargos.

2. Universidad en Bolivia.

Nuestra Universidad, acompaña el desarrollo de nuestra sociedad; éstas, universidad y sociedad, cualitativa y cuantitativamente, han ido cambiando. Veamos:

A) Antecedentes históricos

Debemos contextualizar a Bolivia en su inicio del siglo XX, que es cuando su universidad se comienza a transformar. Aunque en el año 1900 se dio el 5to. Censo poblacional, hay dispares opiniones numéricas, es así que tenemos que entre Arce⁶⁷ y Averanga⁶⁸ una diferencia poblacional de 451 personas: 1.766.000 afirma el primero, y el segundo sostiene que fueron 1.766.451 personas censadas; y, por otro lado está Iño⁶⁹ que sostiene diferente al señalar que “apenas llegaba al millón y medio de moradores...”.

En ese parámetro cuantitativo poblacional, debemos señalar que su población votante, o sea, sus ciudadanos que votaron en las elecciones del 1904 alcanzaron apenas a 43.000⁷⁰. ¿Cómo entender aquello? Estamos hablando de escasamente un 2,86%, si tomamos el dato menor; sostenido por Iño, el de “millón y medio de moradores”.

Debemos entender aquello en la composición de una sociedad fundamentalmente agraria, con escasa población urbana, la misma que apenas alcanzaba a un 14%, según Iño⁷¹, a diferencia del 20% que sostiene Toranzo⁷², quien además señala que nuestra ciudad de *Santa Cruz de la Sierra se encontraba a la zaga con apenas 18.000 habitantes.*

67 Arze Aguirre, R. D. “Visión histórica”, en AA.VV. *Bolivia en el siglo XX. La formación de la Bolivia contemporánea*. La Paz (1999): Harvard Club de Bolivia, 50.

68 Averanga Mollinedo, A. *Aspectos generales de la población Boliviana*. La Paz 1974, 10

69 Iño Daza, W.G. “Aportes de la Reforma Educativa Liberal (1900-1920): inicios y consolidación de la formación docente”. *Revista Estudios Bolivianos* (2009). 15, 175-224.

70 Toranzo Roca, C. “Introducción”, en AA.VV. *Bolivia en el siglo XX. La formación de la Bolivia contemporánea*. La Paz (1999): Harvard Club de Bolivia, 4.

71 Iño Daza, W.G. “Aportes”, cit., 175-224.

72 Toranzo Roca, C. “Introducción”, 1.

De cualquier forma, los 43.000 votantes apenas podrían significar, aproximadamente, un escaso 10% de la población urbana.

Siendo una sociedad preponderantemente rural, existía una profunda división entre lo urbano y lo rural, esta última, absolutamente marginada e invisibilizada por su condición eminentemente indígena, los mismos que no eran propietarios de las tierras que cultivaban, ya que sus propietarios vivían en las ciudades.

Es así que se entenderá el por qué sólo uno de cada cinco bolivianos sabía leer, como lo sostiene Contreras⁷³, que además señala que a principios del siglo XX “sólo había cuatro universidades públicas con menos de doscientos alumnos”. ¿Por qué es significativo el dato sobre cuántos leían? Porque de acuerdo a lo estipulado en el art. 33 de la Constitución de 1880, vigente en el momento de nuestros análisis, establecía que “Saber leer y escribir y tener una propiedad inmueble, o una renta anual de doscientos bolivianos que no provengan de servicios prestados en clase de domésticos”, se constituía en requisito esencial para ser considerado ciudadano⁷⁴. Y este requisito de ciudadanía persistió hasta la reforma constitucional de 1938, en la que se da inicio al constitucionalismo social en Bolivia. Debemos recordar que este requisito, en sentido contrario, constituía la calificación de “peligrosidad predelictual”, posibilitando su aprehensión a quienes no sabían leer ni escribir, y menos tenían vivienda y trabajo⁷⁵.

Es necesario recordar que las mujeres aún no lograban los derechos con los que actualmente gozan; es así que recién obtuvieron una pequeña victoria social en 1904, cuando pudieron trabajar en el servicio de correos, aunque para ello, debieran obtener individualmente un permiso “...firmado por el propio Presidente de la República”⁷⁶.

Como nos lo señala Contreras⁷⁷, a inicios del siglo XX existían 200 universitarios, los cuales eran formados por apenas 54 profesores universitarios, como nos lo muestra el siguiente cuadro elaborado por Iño⁷⁸:

73 Contreras, M. “Educación”, en AA.VV. *Bolivia en el siglo XX. La formación de la Bolivia contemporánea*. La Paz (1999): Harvard Club de Bolivia, 484-507.

74 Gerke, C. y Mendieta, G. “Derecho y Justicia”, en AA.VV. *Bolivia en el siglo XX. La formación de la Bolivia contemporánea*. La Paz (1999): Harvard Club de Bolivia, 387-388.

75 Colanzi Zeballos, A. *Granja de Espejos. ¿Aberración jurídica o lucha de clases?* Santa Cruz de la Sierra (1987): Edit. Cabildo, 104.

76 Toranzo Roca, C. “Introducción”, cit., 5.

77 Contreras, M. “Educación”, cit., 487.

78 Iño Daza, W.G. “Aportes”, cit., 175-224.

Cuadro N° 1

MAESTROS EN LOS NIVELES DE EDUCACIÓN, POR DEPARTAMENTO (1902)				
DEPARTAMENTOS	PRIMARIA	SECUNDARIA	SUPERIOR	TOTAL
La Paz	127	25	16	168
Beni	22	-	-	22
<u>Santa Cruz</u>	<u>88</u>	<u>16</u>	<u>2</u>	<u>106</u>
Oruro	48	11	1	60
Cochabamba	293	13	9	315
Potosí	148	10	3	161
Chuquisaca	149	28	18	195
Tarija	82	9	5	96
TOTAL	957	112	54	1123

Entonces, debemos resaltar, que a inicios del siglo XX habían 54 profesores universitarios para 200 alumnos universitarios, compuestos obviamente por varones universitarios. Como nos lo señala Contreras⁷⁹, que fue en 1917 que las normales y los liceos de señoritas abrieron sus puertas a la educación secundaria, a las mujeres; aún no a las universidades.

Es en este contexto en el cual “los ecos del Manifiesto liminar de Córdoba de 1918...en el marco del inicio de una crisis de la sociedad señorial, produjeron desde 1924 demandas por la separación de las universidades de la tutela del Estado-Docente”⁸⁰, porque era el gobierno central quien nombraba y posesionaba a las autoridades universitarias, y éstas, ejercían plenamente y rendían cuentas al Gobierno central. Para el mismo autor, el movimiento universitario eran “portadores de un discurso generacional, iluminista”.

El referéndum de enero del año 1931 y la post guerra del Chaco, posibilitan iniciar un periodo importante, que tiene como característica darle un protagonismo social al Estado, es así que con “la Constitución de 1938 abrió espacios de acción estatal en áreas como la educación, los aspectos laborales, la protección de la familia, mujeres y niños, y otorgó ciudadanía a la mujer y el consiguiente derecho a votar”⁸¹. Aunque será recién entre los años 1940 – 1942 que se proclama legalmente la igualdad de los cónyuges⁸², y es recién entre “1947 y 1949 las mujeres votaron

79 Contreras, M. “Educación”, cit., 487.

80 Rodríguez Ostría, G. “Autonomía y cogobierno paritario”, cit., 104-121.

81 Berthín Siles, G. “El Estado y las instituciones”, en AA.VV. *Bolivia en el siglo XX. La formación de la Bolivia contemporánea*. La Paz (1999): Harvard Club de Bolivia, 365.

82 Irurozqui, M. “Sobre leyes y transgresiones: reformas electorales en Bolivia 1826-1952”, en AA.VV. *Legitimidad, representación y alternancia en España y América Latina: las reformas electorales 1880-1930* (coord. C. Malamud). México (2000): FCE-El Colegio de México, 170.

por primera vez en elecciones municipales, aunque los políticos remarcaron que se trataba de una *prueba* para evaluar el buen criterio de las nuevas electoras⁸³.

Según Rodríguez, el año 1947, los docentes universitarios ya eran “apenas 542”⁸⁴, y la educación de masas no surgió “por demanda popular no por acción de las fuerzas del mercado, sino del Estado”⁸⁵. Es así que se llega al proceso de 1.952, donde se proclama y aprueba el voto universal, la reforma agraria y la nacionalización de las minas, produciendo una nueva realidad nacional, iniciando el ensanchamiento de la población urbana y la participación de los indígenas en calidad de campesinos propietarios de sus tierras.

Es bueno también tener en cuenta que recién en los años 90’s del siglo XX, la mayoría de edad se reduce de 21 a 18 años; por lo que, en el contexto antes descrito, las posibilidades de votación estudiantil dentro de las universidades, se reducían enormemente por edad (desde los 21 años), sexo (sólo varones), cantidad poblacional universitaria (recordemos, apenas 200 a principio de siglo), calidad económica (poseer bienes y rentas), etc. Si se podía votar cuando se cumplía 21 años y prácticamente se estaba egresando, reducía la cantidad de población votante. Entender como un avance la conquista de la autonomía, y la incorporación del estamento estudiantil a las decisiones de su propio gobierno, es comprensible, ya que sin lugar a dudas, el voto estudiantil válido (los dos últimos años de estudio, aproximadamente) equilibraba al del estamento docente.

B) Realidad actual de la Universidad Autónoma “Gabriel René Moreno”.

Si partimos del dato de inicios del siglo pasado que señalaba que Santa Cruz de la Sierra contaba apenas con 18.000 habitantes, y que ahora, después del Censo 2012, las primeras cifras alcanzan a señalar que el Departamento de Santa Cruz, tendría más de 2.776.244 habitantes⁸⁶. Este crecimiento poblacional lidera a nivel nacional desde hace más de medio siglo.

Si a inicios del siglo pasado la Universidad Autónoma “Gabriel René Moreno” (UAGRM) contaba con apenas 2 profesores (ver cuadro No. 1, nota 80), en la actualidad, el archivo oficial virtual registra que “La UAGRM cuenta con 12 Facultades y 5 Facultades Integrales, 5 Unidades Académicas, 61 Direcciones de Carrera, 6 Direcciones Universitarias, 25 Centros de Investigación, una planta de

83 Álvarez, M^a E. “El voto femenino llegó de la mano de mujeres de clase alta”. Periódico Digital del PIEB. Sociedad y Género. 23-10-2012.

84 Rodríguez Ostría, G. “Autonomía y cogobierno paritario”, cit., 104-121.

85 Contreras, M. “Educación”, cit., 484-485.

86 Diario Opinión, sección El País, 23 de enero del 2013. Cochabamba, Bolivia.

más de 1400 docentes y 1460 Administrativos, en sus aulas se forman alrededor de 78000 estudiantes”⁸⁷.

Por otro lado, la UAGRM se ubica en el ranking mundial de universidades, en el puesto 6088⁸⁸, teniendo como referente a la Universidad Mayor de San Simón (UMSS) de Cochabamba en el puesto 1789 como la mejor ubicada de Bolivia. Además, de los 4883 alumnos que egresan anualmente de la UAGRM, sólo se titulan 1775.

El promedio de edad para ingresar a la universidad es de 18 años, teniendo en cuenta que a primero básico de escolaridad se ingresa con 6 años, por lo que en el mejor de los escenarios, en el último año de bachillerato ya se cuenta con 17 años. Además, por el principio de igualdad, las mujeres y hombres, tienen mayoría a partir de los 18 años.

En esa perspectiva, si tenemos alrededor de 7000 estudiantes frente a 1400 docentes, obtenemos que UN sólo voto docente equivaldría a 55.71 votos estudiantiles, debido a que el legislador universitario establece el *cogobierno paritario* docente estudiantil (ver notas 66 y 67) en el Estatuto Universitario.

Ante esta *inequitativa, desigual y discriminatoria* realidad, debemos recordar a Ruiz Carbonell quien observa que “las luchas sociales han propiciado positivos, aunque insuficientes, cambios legislativos para reducir las desigualdades históricas”⁸⁹. Y, en esa perspectiva, Rodríguez Ostría señala que el *cogobierno paritario* “es un no gobierno”⁹⁰.

III. LA PONDERACIÓN Y CONFLICTOS ENTRE BIENES CONSTITUCIONALES.

Es necesario puntualizar los bienes u objetivos constitucionales que se buscan proteger y que se encuentran en conflicto. Si bien es cierto que desde el año 1931 hasta la fecha, diferentes constituciones bolivianas garantizan la autonomía universitaria, también es cierto que el legislador universitario ha generado contradicción y conflicto jurídico.

I. Objetivo de la educación.

Por un lado tenemos que el objetivo de la educación (CPE, art. 80.I.) es la “formación integral de las personas... de la conciencia social crítica en la vida y para la vida”; y, en la búsqueda del logro de ese objetivo, nuestra República viabilizó el voto o la participación de su ciudadanía a partir de los 18 años, en la seguridad de

87 <http://www.uagrm.edu.bo/informacion.php>.

88 Diario La Razón, sección Sociedad, 12 de mayo del 2013. La Paz, Bolivia.

89 Ruiz Carbonell, R. *El principio de igualdad*, cit., 50.

90 Rodríguez Ostría, G. “Autonomía y cogobierno paritario”, cit., 104-121.

que pueden y deben decidir la suerte del país. En esta misma visión, tenemos que un(a) joven mayor de 18 años, en condiciones de *igualdad (voto igualitario)* elige a su alcalde y sus concejales (gobierno autónomo municipal); hace lo mismo con su gobernador y asambleístas departamentales; los y las jóvenes indígenas, lo hacen en igualdad de condiciones, de acuerdo a usos y costumbres; también eligen a sus parlamentarios nacionales, a su gobierno central como a sus autoridades judiciales nacionales. Hay un ejercicio ciudadano por la –y en– igualdad de condiciones.

Por otro lado, en su alma mater, el sumun o culminación del sistema educativo, en la Universidad pública, ese objetivo se ve frustrado cuando 55.71 alumnos equivalen a *un sólo* voto del estamento docente, al elegir a su director de carrera, vicedecano, decano, vicerrector y rector. Surge aquí la interrogante en cuanto al objetivo constitucional, al fin supremo de la educación: la “formación integral de las personas... de la conciencia social crítica en la vida y para la vida”. ¿Se puede perseguir este objetivo en un proceso evidente de discriminación?

Recordemos que la jurisprudencia constitucional internacional se viene pronunciando respecto a ese objetivo del sistema educativo. Es López Castillo quien trabaja mostrando sentencias constitucionales españolas, las mismas que en la interpretación constitucional sostienen que “la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva”⁹¹ (STC 5/1981, FJ 7, véase voto particular I 10°.); y en esa misma línea jurisprudencial, lo interpretado por el (STC 77/1985, FJ 29° b y d) Tribunal Español en sentido de que si es el “objeto de la educación el pleno desarrollo de la personalidad humana del alumno, siendo la prohibición establecida una garantía para la consecución de este objetivo”⁹². Nuestro Tribunal Constitucional, el boliviano, también se ha pronunciado en el sentido del espíritu normativo constitucional, en sentido de que “...la autonomía no puede mantenerse al margen de los principios, valores y derechos del ordenamiento jurídico nacional”(SC 1278/2012, de fecha 19/09/12).

No es posible, y se constituye en una contradicción, enseñar a volar a un pájaro cuando tiene una atadura en su pata. Cómo lograr el objetivo constitucional de la educación, cuando se mella la dignidad del estamento estudiantil, que además, éste (el estamento estudiantil), su educación, es fin supremo del Estado.

2. Dignidad vs. Discriminación.

En otra línea de análisis, de ponderación y conflictos entre bienes constitucionales, tenemos al bien protegido por la norma de la igualdad, que es la dignidad de las

91 López Castillo, A. “Artículo 27”, en Rubio Llorente, F. y otros. *Derechos Fundamentales y principios Constitucionales. Doctrina Jurisprudencial*. Barcelona (1995): Ariel, 443.

92 López Castillo, A. “Artículo 27”, cit., 443.

personas naturales. Por otro lado, tenemos a la discriminación, como atentatorio al bien jurídico protegido, la dignidad.

El inciso 2) del art. 21 de la CPE, señala que la dignidad es un derecho humano, y será el art. 22 de la misma CPE quien señale que ésta, la dignidad de las y los bolivianos, es inviolable, por lo que “respetarla y protegerla, es deber primordial del Estado”. Es en esta línea que la jurisprudencia española se define al señalar que “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”(STC 53/1985 FJ 8º)⁹³. Será otra sentencia(STC 120/1990, FJ 4º) la que señale que la dignidad se constituye en el “... minimun invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar”⁹⁴.

El “minimun invulnerable” antes citado, aparentemente, el Estatuto Universitario de la UAGRM lo asegura al legislar como principio a la *igualdad* (parágrafo D, del artículo 4º), reafirmando que “Toda discriminación [...] por edad [...] es contraria al espíritu de la Universidad”. Es bueno recordar la STC (española) 69/1991, FJ 4º, en la que se interpreta que “La edad es naturalmente una circunstancia personal y como tal no puede ser razón para discriminación alguna”⁹⁵. Nuestra CPE en su parágrafo V de su art. 59 prescribe con claridad que “El Estado y la sociedad garantizarán la protección, promoción y activa participación de las jóvenes y los jóvenes en el desarrollo [...] político [...] sin discriminación alguna...”.

Debemos recordar que “el principio de igualdad parte en el nivel de conciencia jurídica actual de la humanidad de la igual dignidad de toda persona humana”⁹⁶. Es así que, la discriminación está expresamente desechada, como fin y función del Estado boliviano, así lo establece el inciso I (in mezzo) del art. 9 de la Constitución Política del Estado. Y, es el art. 14 de la misma CPE la que establece la igualdad formal, que en su parágrafo II señala que el Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación, entre ellas, por razón de edad, como también “grado de instrucción”. Debemos recordar lo sostenido por Rabossi, en sentido de que “a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna persona puede ser preferida a otra”⁹⁷, ya que esto, implica mellar la dignidad y generar discriminación, lisa y llanamente.

La Universidad Autónoma “Gabriel René Moreno” (UAGRM) es también Estado, y como tal, está sujeta a las decisiones que tomen las instituciones republicanas establecidas por norma, como ser el Tribunal Constitucional, el mismo que le está

93 López Castillo, A. “Artículo 27”, cit., 72.

94 López Castillo, A. “Artículo 27”, cit., 72.

95 López Castillo, A. “Artículo 27”, cit., 135.

96 Nogueira Alcalá, H. “El derecho a la igualdad ante la ley”, cit., 801.

97 Rabossi, E. “Derechos Humanos”, cit., 170.

señalando que, como gobierno autónomo, “no puede transgredir la CPE” (SC 0125/2.010 – R, de fecha 10/05/10); asimismo, teniendo que “autogobernarse y autodeterminarse”, deberá necesariamente ser en el “marco de la CPE y las leyes” (SC 0698/2004 – R). También prescribe, que el Legislador Universitario, al ejercer dicha función, deberá “...guardar coherencia con la CPE y las leyes” (SC 105/2003).

3. Estatus académico vs. Ámbito político: gobierno universitario.

Cuestionamientos surgirán respecto a por qué un titulado, posiblemente con postgrado, pueda igualarse a un estudiante que aún no obtiene título alguno. Consideramos que esto implica mezclar niveles de discusión.

Tenemos los niveles y grados académicos, por el cual el estamento docente logra, mediante concurso de méritos y/o examen de competencia, engrosar dicho estamento docente, por lo cual, además, recibe una remuneración. Dicho *status*, de docente, lo habilita como potencial candidata o candidato, para ocupar y ejercer roles como los de Dirección de Carrera, Vicedecanatura, Decanatura, Vicerrectora y Rectorado. Esta última dimensión, es una consecuencia de su logro académico (su licenciatura y postgrado, sus investigaciones y publicaciones académicas, etc.). Otra consecuencia, es la de participar y ocupar sus espacios gremialistas, como las Asociaciones Facultativas de Profesores y la Federación Universitaria de Profesores (FUP). Además, el estamento docente, goza de estabilidad laboral, de jubilación, de seguro social. A todo esto, el estamento estudiantil nunca podrá aspirar, porque no le corresponde, en tanto y en cuanto se mantenga en calidad de estudiante; y esta calidad, sólo dura lo que implica aprobar su malla curricular, o sea, es transitorio. En el estamento docente, el valor a mantener y reproducir es el de la *meritocracia*.

Por otro lado, el ámbito del gobierno autónomo se desarrolla en el ámbito político, y este, dentro del régimen democrático republicano imperante a partir del marco constitucional, como lo tenemos señalado. En este ámbito, pues se ha superado, con el advenimiento del constitucionalismo social, el voto calificado y hemos aterrizado en el *voto igualitario*. Esto nos lo señala la normatividad constitucional, la jurisprudencia constitucional, tanto nacional como foránea, y las leyes nacionales; forma parte de nuestra *cultura democrática*.

Es en el ámbito político que algunos autores, analizando la constitución española, señalan que “la participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos” coloca a éstos “en un plano de igualdad con la elección de sus representantes”⁹⁸. Y en esa misma línea Tapia señala que existe una “fuerte relación constitutiva entre la idea de democracia e igualdad, y de estas dos con los procesos de constitución de

98 Cruz Villalón, P. y Pardo Falcón, J., “Los derechos fundamentales”, cit., 119.

los sujetos políticos y de los espacios públicos⁹⁹, y continúa sosteniendo el citado autor que “la idea básica democrática sería la instauración de la igualdad política entre los sujetos que son reconocidos como parte de una unidad política, lo cual implica el derecho, incluso la obligación de participar en los espacios públicos para la deliberación, la legislación y la fiscalización”¹⁰⁰.

IV.A MANERA DE CONCLUSIONES.

Si bien es cierto que la autonomía universitaria implicó un gran avance en los procesos de maduración democrática, al independizarse de la influencia del gobierno central de turno como también el incorporar al estamento estudiantil en los procesos de toma de decisiones; no deja de ser menos cierto, que en el momento histórico en que surge, la realidad nos ha mostrado que los verdaderos votantes estudiantiles, apenas igualaban al estamento docente, y esto debido a que:

- a) existían pocos alumnos universitarios;
- b) la mayoría de edad era a los 21 años, cuando casi finalizaban sus estudios y, obviamente, disminuía la cantidad de estudiantes, por razones de deserción u otros; y
- c) porque el acceso a la universidad no era posible para las mujeres.

Dicha realidad ha cambiado sustancialmente, ya que ahora existen 1.400 docentes y por otro lado, 78.000 estudiantes, lo que significa que por cada voto docente le equivale a 55.71 estudiantes, por lo tanto que estamos ante un voto desigual, calificado o privilegiado, en detrimento, disminución o discriminatorio de los estudiantes universitarios. Y, si “se buscó la construcción de ciudadanía a través de la expansión de la educación”¹⁰¹, ésta no se puede ejercer si hay una evidente discriminación, porque las preferencias son discriminatorias “si tienen el efecto de menoscabar la igualdad”¹⁰² y ésta “implica la exclusión de todo trato desigual que no pueda justificarse constitucionalmente”¹⁰³; porque la discriminación se constituye en “la diferencia arbitraria, la desigualdad de tratamiento de las personas carente de justificación objetiva y razonable”¹⁰⁴.

El legislador universitario ha incurrido en la violación del principio de igualdad al desproteger el bien jurídico de la dignidad, cayendo en una clara y flagrante discriminación al establecer la *paridad* en un hecho eminentemente político, como

99 Tapia, L. *La coyuntura*, cit., 149.

100 Tapia, L. *La coyuntura*, cit., 150.

101 Contreras, M. “Educación”. cit. 484.

102 Bayefsky, A. *El principio de igualdad*, cit., 33.

103 Brito Melgarejo, R. “El principio de igualdad”, cit., 139.

104 Nogueira Alcalá, H. “El derecho a la igualdad ante la ley”, cit., 829.

lo constituye el Claustro Universitario que erige al gobierno universitario. Que esta *paridad* mella la dignidad del *ciudadano* que circunstancialmente se encuentra en calidad de estudiante universitario.

El legislador universitario no ha observado la Constitución Política del Estado (art. 80.I.), en la que se establece que el objetivo de la educación boliviana, es la “formación integral de las personas... de la conciencia social crítica en la vida y para la vida”, y que ésta no puede lograrse en flagrante discriminación y violación de la CPE.

Construir democracia implica necesariamente adecuar la igualdad a cada momento histórico, a la modificación de las realidades sociales y sus constantes mutaciones materiales. Y, por tanto, constituirá un salto, un avance, respetar el cogobierno pero erradicando la discriminatoria y perversa *paridad*.



LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO BOLIVIANO EN EL DERECHO
INTERNACIONAL. EL CASO DE LAS COMUNIDADES CAUTIVAS
GUARANÍES EN EL CHACO CHUQUISAQUEÑO: OBSERVACIONES Y
CONSIDERACIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

THE OBLIGATIONS OF BOLIVIAN STATE IN INTERNATIONAL
LAW. THE CASE OF CAPTIVE COMMUNITIES IN CHUQUISACA'S
CHACO: OBSERVATIONS AND RECOMMENDATIONS OF
INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 300-315



Ian
MIRANDA
SÁNCHEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de septiembre de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: En este artículo se examina la intervención de Organismos Internacionales en el Chaco chuquisaqueño. Debido a la existencia de comunidades cautivas en Chuquisaca surgen denuncias ante instancias internacionales, evidenciando relaciones de servidumbre y trabajo forzoso. Además, el artículo hace hincapié sobre la ausencia del Estado en la defensa y garantía de los derechos del Pueblo Guaraní.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, pueblos indígenas, guaraníes, comunidades cautivas.

ABSTRACT: This article examines the involvement of International Organizations in Chuquisaca's Chaco. Due the existence of captive communities, complaints arose to International instances, showing relationships of servitude and forced labor. Besides, the article emphasizes the absence of the State in the defense and guarantee of the rights of the Guarani People

KEY WORDS: Human rights, indigenous peoples, Guaraní, captive communities.

SUMARIO: I. Introducción.- 1. Comunidades cautivas y sistema de hacienda en el Chaco chuquisaqueño- 2. Tratados Internacionales: formas análogas de esclavitud.- II. Informes de organismos internacionales.- 1. Informe de la Organización Internacional del Trabajo.- A) Situación de servidumbre laboral.- B) Recomendaciones de la OIT.- 2. Informe del Relator Especial de 2007.- 3- Informe del Foro Permanente para Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas.- A) Recomendaciones del Foro Permanente para Cuestiones Indígenas de la ONU.- a) Consentimiento previo, libre e informado.- b) Fortalecimiento Institucional.- c) Financiación y Reforma Agraria.- d) PIT, desarrollo y cooperación internacional.- e) Participación, diálogo social y fin de la discriminación.- 4. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007.- A) Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007.- 5. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009.- A). Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009.- I. Consideraciones finales.- I. Obligación axiológica y cumplimiento de las recomendaciones de Organismos Internacionales por el Estado boliviano.

I. INTRODUCCIÓN

I. Comunidades cautivas y sistema de hacienda en el Chaco chuquisaqueño

El 28 de enero de 1892, en el Chaco chuquisaqueño, la relación servidumbral entre hacendados y guaraníes fue consolidada por consecuencia de la masacre de Kuruyuki. La paulatina adjudicación y posesión de tierras, desde inicios del siglo XIX¹, derivó la sucesión de problemas servidumbrales y de trabajo forzoso. Xavier Albó, analizando la problemática guaraní, esquematizó la presencia patronal en tres hitos: conquista de territorio mediante el ganado; concesión estatal de territorio, como recompensa por la represión de indígenas tras la derrota de Kuruyuki; y finalmente, mediante el asentamiento y/o compra de tierras, consideradas baldías y fiscales, desconociendo la presencia de comunidades guaraníes².

La débil presencia del Estado en regiones rurales fue justificada por Remberto Capriles y Gastón Ardúz, encargados de elaborar el *Proyecto de Código de Trabajo de 1942*. Manifestaron, en el preámbulo del proyecto, la insuficiente experiencia de Bolivia en la legislación de políticas agrarias que sean efectivas en su cumplimiento

1 Albó, X. *Los Guarani-Chiriguano 3: la comunidad de hoy*. La Paz (1989): CIPCA, 19, en relación a la fundación de la República de Bolivia, adujo: "Algunas décadas después de la llamada 'Independencia' boliviana, el Pueblo Chiriguano fue perdiendo su propia Independencia, la que había logrado defender a lo largo de toda la colonia, de modo que a fines del siglo XIX estaba ya sometido a una situación de profunda y servil subyugación bajo los nuevos amos".

2 Albó, X. *Los Guarani-Chiriguano*, cit., 20.

• Ian Miranda Sánchez

Investigador en la Oficina Regional Santa Cruz del Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social (CEJIS). Ha realizado informes e investigaciones sobre la situación de los derechos humanos del pueblo guaraní; asimismo ha colaborado en sistematizaciones para la propuesta de adecuación del Estatuto Autonómico Departamental de Santa Cruz, conjuntamente con CEJIS. Fue participante del XXX Modelo de la Organización de Estados Americanos. Actualmente cursa estudios jurídicos en la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (UPSA).

en regiones alejadas de los centros urbanos; consideraron: "Aparte de la diversidad de regímenes de trabajo agrícola en Bolivia, el conocimiento incompleto que de ellos se tiene y la absoluta imposibilidad de desplazar hasta el campo los servicios de inspección de trabajo, constituirían, hoy por hoy, otros tantos obstáculos insuperables en esta materia"³. De esta manera se excluyó a trabajadores agrarios de la legislación laboral, dando a lugar la perennidad del problema patronal en el Chaco chuquisaqueño, como en otras regiones del país.

Por otra parte, el art. 12 de la Ley de Reforma Agraria de 1953 (LRA) conceptuaba al latifundio como: propiedades semi-feudales, de gran extensión, escasa producción y bajo un sistema servidumbral en relación a los campesinos⁴. Según Kevin Healy, sociólogo norteamericano, la región del Chaco chuquisaqueño no alcanzó a implementar la Reforma Agraria en su integralidad, debido a la presencia sistemática de hacendados en instituciones gubernamentales, denominó este proceso una *contrarreforma* de la normativa agraria⁵. A pesar que la LRA permitía la dotación de tierras con preferencia a indígenas y campesinos sometidos a regímenes semi-feudales, los hacendados del Chaco eludieron la normativa⁶.

Ante los hechos señalados y acaecidos por el Pueblo Guaraní, pudo instaurarse la *hacienda* como institución⁷, dando a lugar la consolidación de territorio de

3 V. en Cabanellas, G. *Tratado de derecho laboral: doctrina y legislación iberoamericana*, t. II, vol. IV. Buenos Aires (1987): Editorial Heliasta SRL., 3ª ed., 67.

4 A tenor del art. 12º LRA (1953), "El Estado no reconoce el latifundio que es la propiedad rural de gran extensión, variable según su situación geográfica, que permanece inexplorada o es explotada deficientemente, por el sistema extensivo, con instrumentos y métodos anticuados que dan lugar al desperdicio de la fuerza humana o por la percepción de renta fundiaria mediante el arrendamiento, caracterizado, además, en cuanto al uso de la tierra en la zona interandina, por la concesión de parcelas, pegujales, sayañas, aparcerías, u otras modalidades equivalentes de tal manera que su rentabilidad a causa del desequilibrio entre los factores de la producción, depende fundamentalmente de la plusvalía que rinden los campesinos en su condición de siervos o colonos y de la cual se apropia el terrateniente en forma de renta trabajo, determinando un régimen feudal, que se traduce en atraso agrícola y en bajo nivel de vida y de cultura de la población campesina".

5 Healy, K. *Caciques y patronos: una experiencia de desarrollo rural en el sur de Bolivia*. Cochabamba (1987): Centro de Estudios de la Realidad Económica, 40, citando a Ernest Feder, conceptualiza a la contrarreforma como el "conjunto de políticas prácticas, tradiciones o rumbos que individualmente o en conjunto buscan o tratan de deshacer cualquier reforma agraria que haya tenido lugar [...] La contrarreforma maniobra para mantener el poder y la posición de la élite latifundista y con él toda la estructura de la sociedad latinoamericana".

6 Por consiguiente, desde el año 1996, se plantearon demandas de las Tierras Comunitarias de Origen (TCO). Las demandas, indígenas buscaron amparar sus derechos mediante la reconstitución territorial, esta política agraria representaría una solución al conflicto patronal-trabajador puesto que: "Se piensa que al resolver el problema de la tierra que demandaban las comunidades y el pueblo guaraní, también se resolverán los problemas como la servidumbre y el empatornamiento". V. Ministerio de Justicia, Defensor del Pueblo, Consejo de Capitanes Guaraníes de Chuquisaca. *Quiero ser libre, sin dueño*. La Paz (2006): Plural Editores, 57.

Según Alejandro Almaraz, la piedra angular para el proceso de liberación guaraní acobijaba su causa en la reconstitución territorial, además, la política estatal empoderaría su causa en la consolidación territorial de comunidades y/o pueblos indígenas para que establezcan su propiedad en sus tierras ancestrales. Véase Rosso, A. "Entrevista a Alejandro Almaraz Ossio: Semi esclavitud de familias guaraníes del Chaco boliviano". *Artículo Primero, Revista de debate Social y Jurídico* (2010). Nº 20, dedicado a *Derechos humanos de los pueblos indígenas y nueva constitución*, 65.

7 "Más que relaciones de semiesclavitud son relaciones de servidumbre, que se viene arrastrando probablemente desde hace uno o dos siglos, las cuales han marcado una parte fundamental de las relaciones estructurales con las cuales se instaló la 'hacienda' en esta parte del territorio boliviano. Esta, a su vez, ha sido una institución socioeconómica impuesta a raíz de la colonización del Chaco boliviano, fenómeno que además se ha dado en otras partes del país". Véase Rosso, A. "Entrevista", cit., 61.

hacendados y, ante la ausencia de Estado, las prácticas de trabajo forzoso y servidumbre por endeudamiento formaron parte del *habitus* laboral en la región chaqueña. Esta situación motivó la intervención de Organismos Internacionales.

2. Tratados Internacionales: formas análogas de esclavitud

La Convención sobre la Esclavitud de 1926, en su primer artículo, define la esclavitud como el “estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad sobre algunos”. Por consecuente, los Estados Americanos, en 1969, acordaron que “nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas”⁸. Ergo, ante la definición de la *Convención de 1926*, se derivaron conceptos de condiciones análogas a la esclavitud, como la servidumbre y trabajo forzoso. En este contexto la *Convención Suplementaria sobre Abolición de la Esclavitud* definió la servidumbre, en el artículo 1 (a) y (b), lo siguiente:

“a. La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, [...] como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;

b. La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición”.

Por otra parte, el *Convenio N° 29 sobre el Trabajo Forzoso de la Organización Internacional del Trabajo* (OIT) en su art. 2(1), define al trabajo forzoso como “[...] todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. Esta pena puede tratarse de la privación de cualquier derecho o ventaja⁹; verbigracia: sometimiento a trabajo forzoso por endeudamiento laboral.

Bajo estos tres conceptos, entendemos que el Pueblo Guaraní, según los instrumentos internacionales, fue sometido a condiciones de servidumbre y trabajo forzoso; por este motivo, las relaciones de esclavitud y semiesclavitud no constituyeron parte del sistema laboral en el Chaco. En consecuencia, las deplorables condiciones laborales en la región del Chaco, en marco de los Tratados Internacionales, pudieron

8 Art. 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

9 O'Donnell, D. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Lima (1989): Comisión Andina de Juristas, 2ª ed., 107.

ser evidenciadas en los informes emitidos por Organismos Internacionales, invitados por el Estado Boliviano.

II. INFORMES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

I. Informe de la Organización Internacional del Trabajo

La intervención de Organismos Internacionales, preocupados por la situación de servidumbre en la región del Chaco boliviano, inició sus actividades el año 2004 a través de la investigación "*Enganche y Servidumbre por Deudas en Bolivia*"¹⁰ de la OIT. El estudio manifestó su preocupación por la situación del Pueblo Guaraní "donde trabajadores indígenas guaraníes laboran bajo un sistema servil y donde algunas comunidades se encuentran cautivas en el interior de haciendas agrícolas y/o ganaderas."¹¹ Pudo constatarse que el sistema de servidumbre por deudas, en la región del Chaco, resultó del anticipo de pago en bienes (especie) y/o dinero, originando un endeudamiento, con la finalidad de retener a los trabajadores. Los estudios de campo para el informe se realizaron en haciendas de los departamentos que conforman el territorio Guaraní en Bolivia: Santa Cruz, Chuquisaca y Tarija¹². Además, se contó con presencia de Organizaciones no Gubernamentales (ONG) como el Centro de Investigación y Promoción del Campesinado (CIPCA), Instituto Antropológico Guaraní (IDAG), Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social (CEJIS) y la organización del Consejo de Capitanes Guaraníes de Chuquisaca (CCCh).

A) Situación de servidumbre laboral

De acuerdo a la OIT, la debilidad institucional posibilitó que las prácticas de servidumbre y trabajo forzoso dilaten el conflicto entre hacendados y guaraníes¹³. La presencia de hacendados en instituciones públicas, permitió la imposición de sus demandas e intereses respecto a la posesión de tierras y toma de decisiones políticas¹⁴. A pesar de la débil existencia de instituciones nacionales, como el Ministerio

10 La investigación de *Enganche y Servidumbre por deudas en Bolivia* estuvo a cargo del antropólogo Eduardo Bedoya Garland y el científico social Álvaro Bedoya Silva Santiesteban. El trabajo investigativo inició sus labores durante enero y marzo del 2004, pudiendo elaborar un estudio cualitativo, por medio de entrevistas, trabajo *in loco* y recopilación de información bibliográfica.

11 Beyoda Garland, E.; y Beyoda Silva-Santiesteban, Á. *Enganche y Servidumbre por Deudas en Bolivia*. Ginebra (2005): OIT, 47.

12 Para éste informe las inspecciones se realizaron en las siguientes provincias: Cordillera (Santa Cruz); Gran Chaco y O'Connor (Tarija); Hernando Siles y Luis Calvo (Chuquisaca).

13 "En dicha región, desde los años sesenta hasta la actualidad, lo hacendados cumplen funciones públicas, muchos son simultáneamente hacendados y autoridades políticas del lugar (subprefectos, presidentes de comités cívicos, alcaldes, etc.) y algunos han logrado ser autoridades nacionales." Cfr. Beyoda Garland, E., y Beyoda Silva-Santiesteban, Á. *Enganche y Servidumbre por Deudas en Bolivia*, cit., 47.

14 "Una muestra de las relaciones entre el poder, la influencia política y la concentración de tierras es el siguiente: a) El señor Federico Reynaga es un propietario que, [...], cuenta con 4 haciendas que son: Itarumau (con 1.800 has. aproximadamente), Itani/Ingre, que colinda con la comunidad de Tentayapi con una superficie de 2.670 has., Inti, con 650 ha., e Iguembito con aproximadamente 3.000 ha. b) Federico Reynaga ha sido corregidor entre

de Trabajo, Empleo y Previsión Social y el Ministerio de Justicia, los intereses de particulares llegaron a prevalecer ante los del Pueblo Guaraní¹⁵.

Otra de las preocupaciones del Estado y la OIT se enmarcó en las condiciones de trabajo. El informe pudo constatar que el pago de jornales oscilaba entre 10 y 15 bolivianos, resaltando la inequidad de pago entre hombres y mujeres. Ante la reducida remuneración se añade la figura del endeudamiento patronal, donde el hacendado es dueño de las mercaderías que vende a sus trabajadores, incluso con un sobreprecio superior al del mercado, dando a lugar una relación de servidumbre. De acuerdo a la OIT, el endeudamiento llega a someter al trabajador, obligándolo a quedarse a disposición del empleador hasta poder pagar la deuda. "Dicho régimen de relaciones laborales, posibilita mantener las cuantiosas deudas que someten a los trabajadores guaraníes que les impide migrar libremente a otras zonas de Bolivia donde los salarios son más altos".¹⁶

B) Recomendaciones de la OIT

El gobierno boliviano había manifestado su voluntad para elaborar una estrategia que elimine el trabajo forzoso ante la OIT¹⁷, dando a lugar, el año 2004, el compromiso de Bolivia y Perú para erradicar el trabajo forzoso. La OIT recomendó, para impulsar y proponer una agenda legislativa que erradique las formas de trabajo forzoso, la aplicación del *Convenio 29 sobre el trabajo forzoso* de la OIT¹⁸, haciendo hincapié la situación del Pueblo Guaraní.

Se mencionó la necesidad de incrementar los recursos humanos y económicos en las regionales de trabajo, donde se evidencie situaciones de trabajo forzoso. Para esto, observaron la necesidad de un trabajo interinstitucional entre Estado y ONG, pudiendo elaborar proyectos para sensibilizar acerca del problema del trabajo forzoso y difundir los Tratados Internacionales que rechacen formas análogas a esclavitud [trabajo forzoso y servidumbre]. Otra de las recomendaciones consistió en la adopción de un Plan de Acción Nacional de erradicación y lucha contra el trabajo forzoso en todas sus formas. Accesorio al Plan, se recomendó la promulgación de normativas que aseguren una relación laboral óptima por parte de los hacendados hacia sus trabajadores. Los trabajos del órgano Ejecutivo y Legislativo

los años 99 a 2004. c) En la gestión municipal anterior fue electo concejal. d) Actualmente tiene el cargo de consejero departamental." Cfr. Ministerio de Justicia, Defensor del Pueblo, Consejo de Capitanes Guaraníes de Chuquisaca. *Quiero ser libre, sin dueño*, cit., 55.

15 "[...] el fenómeno del trabajo forzoso en el Chaco no es sólo un fenómeno económico sino también marcadamente político y social puesto que los hacendados son parte importante de una compleja y hermética red de poder local." Cfr. Beyoda Garland, E., y Beyoda Silva-Santiesteban, Á. *Enganche y Servidumbre por Deudas en Bolivia*, cit., 58.

16 Beyoda Garland, E., y Beyoda Silva-Santiesteban, Á. *Enganche y Servidumbre por Deudas en Bolivia*, cit., 53.

17 OIT. *Una alianza global contra el trabajo forzoso: informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales del trabajo*. Ginebra (2005): OIT, 45.

18 Ratificado por el Estado boliviano el 31 de mayo de 2005.

fueron progresivos hasta la fecha. En cuanto al empoderamiento de tierras por parte del Pueblo Guaraní, la OIT recomendó acelerar el proceso de saneamiento según la Ley INRA. De esta manera se procedería a la reversión de tierras de hacendados que incumplan normativas laborales en contra de los guaraníes.

2. Informe del Relator Especial de 2007

Bolivia, en el año 2007, invitó al Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas. La visita del relator se realizó desde el 25 de noviembre al 7 de diciembre de 2007. El objetivo de la relatoría consistió en analizar el contexto indígena en Bolivia y elaborar propuestas que eviten las violaciones a los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas.

“Bolivia posee una estructura altamente desigual de la tierra, donde el 90% de los agricultores familiares, mayoritariamente indígenas, poseen el 10% de las tierras, mientras que el 90% de estas se encuentra en las manos de grandes propietarios.”¹⁹ A pesar de esta desigualdad Stavenhagen dio méritos a la implementación de la Ley N° 3545²⁰, norma que permitió incorporar la reversión de tierras por incumplimiento de la función económico-social²¹. La implementación de la ley permitiría la dotación de tierras a los pueblos indígenas, debido a que las tierras expropiadas serían tierras fiscales las cuales “serán dotadas de oficio o a solicitud de parte interesada, exclusivamente a favor de pueblos indígenas y/o originarios que como resultado del proceso de saneamiento de la propiedad agraria ni con la distribución de tierras fiscales hayan sido dotados con tierra suficiente en cantidad, calidad y ubicación geográfica para asegurar su subsistencia física y reproducción étnica”.²² Asimismo, el Relator pudo constatar la existencia de trabajo forzoso y relaciones de servidumbre en el Chaco²³, sin embargo, reconoció el trabajo desarrollado por el Estado para erradicar condiciones laborales sometidas a trabajo forzoso y/o servidumbre a través del Plan Interministerial Transitorio (PIT) 2007-2008. Este Plan, elaborado por sugerencias de otros Organismos Internacionales, tuvo la intención de impulsar la

19 ONU. A/HRC/9/11/Add. 2: Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Nueva York (2008): Naciones Unidas, 13, párr. 28.

20 Ley promulgada el 28 de noviembre de 2006 que modifica la Ley N° 1715 concerniente a la reconducción de la reforma agraria.

21 A pesar de la normativa, que permitiría la expropiación de tierras por incumplimiento de la función económico-social, no llegó a implementarse en la región del Chaco. Por este motivo, en mayo de 2005, el ex presidente Carlos Mesa promulgó el D.S. 28159, este decreto definiría los conceptos de familias cautivas y/o empatronadas; estableció el registro de familias y comunidades cautivas, asimismo su incorporación a la Ley General del Trabajo. Mesa permitió reconocer la existencia de las relaciones servidumbrales en el Estado, además de permitir iniciar la consolidación de territorio del Pueblo Guaraní.

22 Ley N° 3545, Artículo 34.11

23 “[...] entendiéndose como tales el servicio personal gratuito y el trabajo obligatorio bajo coacción o fraude, incluyendo formas de “enganche” y de servidumbre por deudas.”. Cfr. ONU. A/HRC/9/11/Add. 2: Informe, cit., 19, párr. 52.

reconstitución territorial de la nación guaraní, garantizar sus derechos individuales y colectivos y promover su desarrollo²⁴.

3. Informe del Foro Permanente para Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas

Bolivia solicitó, en el séptimo periodo del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, la intervención de una Misión que pueda verificar las denuncias de prácticas de trabajo forzoso y servidumbre en comunidades guaraníes. La Misión contó con la participación de distintos Organismos Internacionales, entre ellos la OIT, ONU y la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO), los trabajos de campo se realizaron entre abril y mayo de 2009.

La Misión constató la existencia de trabajo forzoso de hombres y mujeres, frecuentemente sometidos a servidumbre y endeudamiento hacia sus hacendados. Esto se relaciona con la dificultad de acceso a tierras por parte del Pueblo Guaraní, generando situaciones de trabajo forzoso, aunque el Gobierno Boliviano ha gestionado la implementación de políticas que permitan la reversión de tierras a favor de las comunidades guaraníes del Chaco. Las condiciones laborales, de acuerdo a la Misión, son desiguales entre hombres y mujeres²⁵. Según el informe las mujeres llegan a percibir salarios más bajos en comparación a los hombres. Además, se comprobó, mediante entrevistas, la existencia de maltratos físicos y violencia de los hacendados contra sus trabajadores. Respecto al trabajo infantil, se evidenció, por medio de entrevistas, la existencia de trabajo servil de menores de edad. Siendo que Bolivia ha fijado como edad mínima de trabajo los 14 años, la situación en el Chaco es contraria, *inter alia*, la Misión observó escasa educación primaria y secundaria, la existencia de abuso sexual a niñas guaraníes y trabajo no remunerado a menores de edad.

En el informe se pudo comprobar la dificultad de libre asociación de indígenas guaraníes a la Asamblea del Pueblo Guaraní (APG), puesto que los hacendados consideran estas asociaciones como traición por parte de los trabajadores: *La Misión recibió informes sobre numerosas violaciones tanto de libertad de asociación como de*

24 Objetivos específicos del PIT: "a) Garantizar los derechos individuales y colectivos de las personas, familias y comunidades del pueblo guaraní cautivas del chaco boliviano. b) Impulsar el proceso de reconstitución territorial del pueblo guaraní a través de la ejecución de procesos de saneamiento y replanteamiento de la propiedad agraria, y de la implementación de la Ley de Reconducción Comunitaria de la Reforma Agraria. c) Asegurar a las familias liberadas condiciones de vida digna durante el proceso de asentamiento en comunidades. d) Desarrollar y ejecutar proyectos y programas productivos, de infraestructura y medioambientales. e) Ejecutar una estrategia de comunicación transversal a todo el proceso. f) Crear un mecanismo de ejecución, seguimiento y evaluación del Plan". ONU. *Información recibida de los gobiernos: estado plurinacional de Bolivia*. Nueva York (2010): ONU, 7, párr. 11.

25 "Trabajábamos de 6 de la madrugada a 6 de la noche. No teníamos ni un día de descanso, trabajábamos 7 días a la semana. No había escuela, los niños mayores cuidaban de los pequeños, si no se iban con la mamá al campo. Las mujeres no cobraban. Nunca hemos podido quejarnos hasta ahora, los dueños nos amenazaban."Entrevista a hombre guaraní, en ONU. *Foro permanente de las Naciones Unidas para las cuestiones indígenas: Misión Bolivia, Informe y Recomendaciones*. La Paz (2010): Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. PDG Impresiones, 25.

circulación²⁶. De igual modo, ante la frágil institucionalidad, pudo evidenciarse la falta de imparcialidad en los sistemas administrativo y judicial, los cuales benefician a los hacendados. Cabe señalar que la débil presencia del Estado permitió la poca celeridad en el desarrollo del PIT. La cadena de problemas se enlaza con las autoridades políticas (quienes obstaculizaron el desarrollo del PIT), la escasa presencia del Tribunal Agrario (actual Tribunal Agroambiental) y la reducida presencia del gobierno nacional en el Chaco.

A) Recomendaciones del Foro Permanente para Cuestiones Indígenas de la ONU²⁷

El año 2009, el Foro Permanente de Naciones Unidas emitió una serie de recomendaciones concerniente a la situación del Pueblo Guaraní en la región del Chaco boliviano. Este documento es considerado importante, porque cimienta algunas bases para erradicar las condiciones de servidumbre y trabajo forzoso contra las familias guaraníes.

a) Consentimiento previo, libre e informado

Bolivia, a través del gobierno nacional y los gobiernos departamentales y locales, deben adoptar planes de acción para acabar con las prácticas de trabajo forzoso y discriminación de los Pueblos Indígenas. Asimismo, aplicar las recomendaciones del Foro, previo consentimiento e información a los Pueblos Indígenas. De acuerdo al Foro, corresponde a los gobiernos departamentales y locales ajustar sus Estatutos Autonómicos al régimen constitucional, teniendo en cuenta la erradicación de todo trabajo forzoso. La elaboración del Plan Nacional y Estatutos Autonómicos convendrían en aplicarse bajo el consentimiento previo, libre e informado de los Pueblos Indígenas.

b) Fortalecimiento Institucional

Es menester fortalecer la presencia de Instituciones Gubernamentales en zonas afectadas por las prácticas de trabajo forzoso²⁸. Para contar con la presencia institucional, incumbirá al Estado asegurar recursos humanos y económicos, resguardando la seguridad física de las y los trabajadores encargados de las regionales de trabajo o miembros de ONG en zonas donde exista trabajo forzoso. A su vez, el Estado "debe garantizar que los miembros de las fuerzas armadas, la policía, los

26 ONU. *Foro permanente de las Naciones Unidas para las cuestiones Indígenas: Misión Bolivia, Informe y Recomendaciones*, cit., 28.

27 ONU. *Foro permanente de las Naciones Unidas para las cuestiones Indígenas: Misión Bolivia, Informe y Recomendaciones*, cit., 35-45.

28 La Misión recomienda la presencia del Defensor del Pueblo; Ministerios Público; Trabajo, Empleo y Previsión Social; Educación; Salud Deportes; y Culturas. Además de la presencia de los vice ministerios Descolonización y de Interculturalidad. ONU. *Foro permanente de las Naciones Unidas para las cuestiones Indígenas: Misión Bolivia, Informe y Recomendaciones*, cit., 36.

fiscales y los jueces de la región del Chaco reciben capacitación en materia de derechos humanos [...] Los organismos locales de las Naciones Unidas deben ofrecer apoyo técnico y capacitación en esta materia.”²⁹ Respecto al cumplimiento de la ley, la Misión recomendó resguardar la integridad del sistema judicial, mediante la garantía de aplicación de Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos. La Misión, por otra parte, recomienda iniciar acciones penales y aplicar sanciones a las personas que amanecen la libre asociación de indígenas guaraníes a la APG, ya que contraviene el art. 20 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, donde se menciona: “Toda persona tiene el derecho a la libertad de reunión y de asociaciones pacíficas”.

c) *Financiación y Reforma Agraria*

El gobierno nacional, de acuerdo al Foro, debe transferir recursos a organizaciones e instituciones indígenas, en marco del PIT. Los planes y proyectos a realizarse, de acuerdo a la Misión, debería ser efectuado entre el Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social y el Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA), en coordinación con el Pueblo Guaraní. Respecto a la reconstitución territorial indígena, el Foro recomienda celeridad en los procesos de saneamiento, concesión de tierras y redistribución de la tierra a los Pueblos Indígenas. El financiamiento y apoyo podría ser solicitado a Banco Mundial, ONU o FAO. La reforma agraria, de acuerdo a las recomendaciones, deberá sujetarse a programas que garanticen programas de desarrollo para el acceso al agua, alimentación y educación.

d) *PIT, desarrollo y cooperación internacional*

Hasta que los Pueblo Indígenas no consoliden sus autonomías, es responsabilidad del gobierno nacional y los gobiernos departamentales aplicar políticas de desarrollo en las comunidades indígenas. Se deberá garantizar la salud, educación y seguridad social, de acuerdo al marco competencial dispuesto en la Constitución Política del Estado de 2009, también, se podrá contar con apoyo técnico y financiero de la ONU, para garantizar la seguridad alimentaria en la región. En cuanto a la participación de agrupaciones indígenas, debe ser garantizada, incluso en la evaluación de los logros propuestos por el PIT y otros Planes. Considerando que los Estados de Bolivia y Paraguay comparten relaciones culturales en cuanto al Pueblo Guaraní, el Foro exhortó la celebración de acuerdos y programas transfronterizos para la protección de los Pueblos Indígenas en la región de Chaco. De esta manera, se trabajaría en forma conjunta la erradicación del trabajo forzoso, además de acoger acciones extraterritoriales cuando emigrantes bolivianos lo soliciten en soberanía paraguaya.

29 ONU. *Foro permanente de las Naciones Unidas para las cuestiones Indígenas: Misión Bolivia, Informe y Recomendaciones*, cit., 38.

Estos acuerdos bilaterales podrán celebrarse conforme al consentimiento de los Pueblos Indígenas del Chaco.

e) *Participación, diálogo social y fin de la discriminación*

El gobierno “debe promover un diálogo entre las partes envueltas en conflictos laborales y de propiedad que incluya a organizaciones patronales y sindicales. Un objetivo primordial de dicho diálogo debe ser la mejora de la situación de los pueblos Guaraníes de la región del Chaco.”³⁰ Respecto a la discriminación contra los indígenas, el Foro exhortó la adopción de medidas que luchen contra la discriminación y reformar las condiciones de acceso a Registro Civil, sin que se efectúe desplazamientos a núcleos urbanos.

4. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 20073 I

La CIDH realizó una visita *in loco*, a invitación del gobierno de Bolivia, para observar la situación de los derechos humanos en el país. La Comisión pudo observar que “(...) el contexto político y social de los últimos años que, caracterizado por la fragilidad institucional y la persistencia de los conflictos sociales, ha dificultado el diseño e implementación de medidas tendientes a superar dichos problemas, principalmente la falta de acceso a la justicia y la exclusión social.”³² Debemos comprender, que al momento de la visita (12 y 17 de noviembre de 2006), Bolivia afrontaba convulsiones político-sociales³³. La Comisión, analizando el contexto indígena del país, tomó en consideración la promulgación de la Ley 3545 de Reconducción de la Reforma Agraria. Por otra parte, se observó que el diseño y ejecución de explotación de recursos naturales se realiza sin la debida participación de Pueblos Indígenas, sin proceder una consulta previa, libre e informada.

Se pudo observar, con preocupación, las condiciones de servidumbre y trabajo forzoso con las familias guaraníes. Se estimó que 600 familias del Pueblo Guaraní del Chaco viven sometidas a sistemas análogos a la esclavitud, debido a la falta plena de reconstitución territorial y presencia del Estado. En la Misión, se tomó en cuenta la situación de servidumbre y trabajo forzoso con los Pueblos Indígenas, la CIDH mencionó que “[...] La gravedad de esta situación se ve exacerbada por la falta de respuesta estatal tanto en las instancias administrativas como judiciales, así como por la ausencia de políticas integrales dirigidas a solucionar la problemática con

30 ONU. *Foro permanente de las Naciones Unidas para las cuestiones Indígenas: Misión Bolivia, Informe y Recomendaciones*, cit., 43.

31 CIDH. *Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34. Washington, D.C. (2007): OEA.

32 CIDH. *Acceso a la justicia e inclusión social*, cit., VII, párr. 3.

33 Tres hitos de convulsión social marcaron el año 2006, la conformación de la Asamblea Constituyente (agosto), el conflicto minero de Huanuni (octubre) y el Cabildo del Millón (diciembre).

toda la complejidad que ella comporta.”³⁴ Los agentes de la CIDH confirmaron la existencia de prestaciones de trabajo remuneradas deficientemente; por ende, ante la falta de necesidades básicas de subsistencia, los trabajadores llegan a endeudarse con sus patrones “por la provisión de víveres, ropa y otros productos, que puede llegar a ser vitalicia e incluso heredarse.”³⁵; por otra parte, los hacendados niegan tales condiciones, incluso llegan a considerar estas acciones como históricamente superadas, situación contraria a la realidad por la existencia de servidumbre y castigos físicos contra los trabajadores. Otra de las preocupaciones es la tenencia de tierras de los hacendados, debido a la subdivisión y sucesión hereditaria de las tierras entre familiares de los hacendados, siendo que las familias guaraníes no llegan a consolidar sus tierras ancestrales.

A diferencia de informes emitidos por otros Organismos, la CIDH es crítica respecto a la operatividad de funcionarios públicos en el Chaco boliviano. Ésta situación, se presenta por el incumplimiento o transgresión de las normativas relativas a derechos humanos y en otras circunstancias la situación es adversa, por la ausencia del Estado en la región.

A) Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007

La CIDH, en su informe, emitió recomendaciones muy reducidas en cuanto a las condiciones de trabajo del Pueblo Guaraní, debido a los diferentes ejes que consideró la Misión. Se recomendó priorizar los planes y proyectos para eliminar las relaciones de servidumbre y trabajo forzoso. Por otro lado, se consideró necesario fortalecer el proceso de titulación de tierras a Pueblos Indígenas. Asimismo, se solicitó la elaboración de un diagnóstico que identifique a todas las familias sometidas a servidumbre, identificando a los actores y considerando las fallas en las distintas instancias gubernamentales.

5. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 200936

La CIDH publicó, el 25 de abril de 2008, un comunicado de prensa, manifestando la deplorable situación de las comunidades cautivas en Bolivia³⁷. El comunicado señaló que el Estado de Bolivia está obligado a tomar medidas que erradiquen las condiciones servidumbrales en el Chaco, además de cumplir con el proceso de titulación de tierras a los Pueblos Indígenas. De la misma forma, se exhortó al

34 CIDH. *Acceso a la justicia e inclusión social*, cit., XI-XII, párr. 25.

35 CIDH. *Acceso a la justicia e inclusión social*, cit., 78, párr. 259.

36 CIDH. *Comunidades Cautivas: situación del pueblo guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34. Washington, D.C. (2009): OEA.

37 CIDH. *Comunicado de prensa, N° 17/08: CIDH deplora situación de comunidades cautivas en Bolivia*. Washington, D.C.: OEA, 25/04/2008.

gobierno boliviano adoptar las medidas necesarias para que se resguarde el respeto a los derechos humanos³⁸.

Debido a las denuncias del Pueblo Guaraní, el 11 de marzo de 2008, durante el 131 periodo ordinario de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se estableció una audiencia sobre el estado de las comunidades cautivas del Pueblo Guaraní en el Chaco boliviano. Los peticionarios fueron: Justo Molina, representante del CCCh; Leonardo Tamburini, del Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social (CEJIS); Liliana Tojo, del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Por parte del Estado boliviano: Reynaldo Cuadros Ayana, representante permanente de la OEA; y Alejandro Almaraz, viceministro de Tierras. Representando a la CIDH, se contó con la presencia de Liz Patricia Mejía, relatora de la CIDH para Bolivia. Los peticionarios presentaron información sobre las violaciones a los derechos humanos de las familias cautivas, dirigentes indígenas y representantes legales. A raíz de la audiencia, se pudo efectuar un compromiso, signado por los peticionarios y los representantes del gobierno de Bolivia³⁹, puesto que "Este fenómeno, conocido como 'comunidades cautivas' representan indudablemente formas contemporáneas de esclavitud que deben ser erradicadas de manera inmediata."⁴⁰

La visita *in loco* constató la existencia de violencia física por parte de los hacendados, asumiendo una postura paternalista frente sus trabajadores. Además, se observó el pago ínfimo de jornales, división de labores por estereotipos de género (dando a lugar una inequidad de pagos y distinto trato laboral) y trabajo infantil⁴¹. Por consecuencia de la servidumbre laboral, pudo evidenciarse el escaso

38 "La CIDH también ha tomado conocimiento de que se registraron hechos de violencia en zonas aledañas a las tierras que están en proceso de saneamiento. La Comisión fue informada sobre hechos de violencia en donde resultaron heridas numerosas personas en la noche del 13 de abril de este año en la Provincia Cordillera, Departamento de Santa Cruz. Asimismo, la Comisión Interamericana recibió información de que dos periodistas fueron agredidos físicamente, siendo retenidos durante horas, mientras que dirigentes de la Asamblea del Pueblo Guaraní informaron haber recibido amenazas de muerte." CIDH. *Comunicado de prensa, N° 17/08*, cit.

39 "a. Que el Estado boliviano adopte las medidas de protección necesarias para asegurar la integridad de todas las familias guaraníes que viven todavía en las haciendas, sus dirigentes y asesores quienes acompañan el proceso de implementación del plan de liberación del pueblo guaraní; b. [...] que la Comisionada Luz Patricia Mejía, Relatora para Bolivia y el Comisionado Víctor Abramovich, Relator sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, realicen una visita a Bolivia en el plazo más corto posible con el objetivo de poder constatar [...] los hechos denunciados que amenazan el proceso de reforma agraria y la seguridad de las familias cautivas del pueblo guaraní. En este acto los representantes del Estado formalizan la invitación oficial a la Comisión Interamericana; c. Que el Estado mantenga informada a la Comisión Interamericana en forma periódica sobre las medidas adoptadas y los avances logrados dentro del proceso de reconstitución territorial del Pueblo Guaraní; d. Que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar que el Tribunal Agrario Nacional resuelva en forma expedita las acciones interpuestas relacionadas al proceso guaraní, radicados en esa sede." OEA. *Acta de compromiso: Audiencia sobre Comunidades Cautivas 2/4/2008-SM-5001725*. Washington, D.C. (2008): OEA.

40 CIDH. *Comunidades Cautivas: situación del pueblo guaraní*, cit.

41 "Estos niños, si están en edad escolar, pueden asistir a la escuela; pero en horas de la tarde trabajan junto a sus padres cumpliendo algunas labores. Por ejemplo, se les asigna dos o tres surcos para cosechar maní y por ese trabajo se les reconoce con un kilo de arroz, azúcar o útiles escolares (hacienda Tacurbite de Jaime Quintana)." Ministerio de Justicia, Defensor del Pueblo, Consejo de Capitanes Guaraníes de Chuquisaca. *Quiero ser libre, sin dueño.*, cit., 49.

acceso a educación y la pérdida paulatina de usos y costumbres de las familias guaraníes. La libre asociación, de acuerdo a las entrevistas realizadas por la Misión, se ve coartada por los hacendados, quienes buscan medios para impedir la asociación de sus trabajadores a la APG. Igualmente, los hacendados toman represalias como el despido/expulsión de trabajadores, inhabilitándoles la oportunidad de trabajar en otras haciendas. El Estado boliviano, según la Misión, debería cumplir con el acceso a la propiedad al Pueblo Guaraní, cumpliendo con el art. 14 de la Convención 169 de la OIT donde “deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan [...]”⁴²; el acceso a tierras [propiedad] deberá ser otorgado colectivamente. Referente al acceso a la justicia, la Misión consideró que se debe adoptar procedimientos justos y equitativos con los guaraníes, tomando en cuenta las normas y procedimientos propios de la nación indígena.

A) Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009

Bolivia, al ser un Estado soberano, está obligado a cumplir la normativa internacional concerniente a derechos humanos. El cumplimiento de tales disposiciones es inexcusable, ante el incumplimiento cualquier Estado es pasible de sanciones punibles por la Comunidad Internacional. El gobierno boliviano, por su inobservancia con el Pueblo Guaraní, no puede invocar a disposiciones internas, como justificación por el incumplimiento de un tratado⁴³, en este caso la erradicación de las formas análogas a la esclavitud.

La CIDH considera importante, no sólo erradicar las relaciones servidumbrales, sino reconstituir el territorio guaraní. Se debería asumir la responsabilidad de asumir medidas integrales, por parte de los tres niveles de gobierno, para permitir un acceso a la educación, salud y vivienda en los territorios guaraníes. A su vez, el Estado es responsable de asegurar las medidas para la reconstitución del territorio guaraní, como el saneamiento, expropiación y reversión de tierras. Asimismo, la dotación de tierras debe resguardar la subsistencia de las familias vivientes, garantizando el acceso a los recursos naturales que puedan disponer. La Misión sugiere que se investigue y sancione a las personas que continúen aplicando sistemas servidumbrales y de trabajo forzoso. Para esto, se deberá fortalecer la estructura judicial, articulando la jurisdicción penal con la agraria, dando celeridad en las etapas investigativas y procesales. Asimismo, se insta al estricto cumplimiento de las leyes laborales, relativas a las jornadas. En cuanto al acceso a la justicia, la CIDH sugiere la adopción de políticas y leyes eficaces para la reivindicación territorial guaraní. Por otra parte, el Estado, debe fortalecer su institucionalidad, asegurando la presencia de autoridades laborales en la región del Chaco, igualmente, asegurar el acceso gratuito de asistencia jurídica.

42 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969). Artículo 14.1.

43 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969). Artículo 27.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Obligación axiológica y cumplimiento de las recomendaciones de Organismos Internacionales por el Estado boliviano

La situación del Pueblo Guaraní fue estudiada con detenimiento por las distintas Misiones, llegando a tener conclusiones en común y emitiendo recomendaciones similares, verbigracia: reconstitución territorial, presencia institucional del Estado, desarrollo de las disposiciones del PIT, elaboración de una agenda legislativa, entre otros avances. Aunque, se presentan retrocesos, como la promulgación de la Ley N° 429 del 31 de octubre de 2013, la cual amplía por 4 años los procesos de saneamiento, dificultando la reconstitución territorial demandada tiempo atrás por Pueblos Indígenas; y, la deficiente labor del Estado en la defensa de los derechos humanos en el Chaco.

Las intervenciones de los distintos Organismos, desde 2004, develó la deplorable situación de los guaraníes, evidenciándose la violación sistemática y persistente de los derechos humanos. Fue una violación sistemática, porque se instituía con la presencia de hacendados en instituciones públicas, en los gobiernos locales y departamentales; y fue persistente por la perennidad del problema, más de un siglo desde la batalla de Kuruyuki. Siendo que la soberanía comprende la totalidad del territorio de un Estado, la garantía y defensa de los derechos fundamentales por parte de los gobiernos fue deplorable debido a su ausencia. En consideración a los informes presentados por los Organismos Internacionales, hay que aclarar que no son vinculantes ni obligatorios ante la Comunidad Internacional, por no ser instrumentos de carácter *ius cogens*. No obstante, sentaron pautas para la elaboración de nuevas políticas que prevengan relaciones servidumbrales y de trabajo forzoso en el Chaco, como en el resto del país.

Por lo tanto, es obligación del Estado de Bolivia garantizar y proteger el ejercicio de los derechos humanos, aplicando las disposiciones de los Tratados internacionales ratificados. En consideración a las recomendaciones de los informes, es una obligación axiológica del Estado gestionar nuevas políticas que prevengan situaciones similares como las acaecidas por el Pueblo Guaraní, sin olvidar las disposiciones especiales, como la *Convención N° 169 de la OIT* donde se considera que: "los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas"⁴⁴. Futuros gobiernos deben asegurar las garantías necesarias para evitar la existencia de comunidades cautivas, sometidas a servidumbre por deudas y trabajos forzados.

44 Art. 20 c) del Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

DE AQUELLOS CONVENIOS INTERNACIONALES
DESCONOCIDOS Y DE SUS LUCES Y SOMBRAS. EL EJEMPLO DE
MÉXICO PARA EL RESTO DEL CONTINENTE AMERICANO.

PERFECT UNKNOWN TREATY. MEXICO'S MEMBERSHIP SETTING
THE PACE OF THE AMERICAN CONTINENT

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 316-327



Antonio
MUÑOZ
AUNIÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de febrero de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: La importancia de este acuerdo responde al auge del comercio internacional que obliga a todos los Estados a participar en mallas de acuerdos que permitan flexibilizar las transacciones comerciales así como establecer procedimientos de control para evitar que la delincuencia transnacional se beneficie de las medidas liberalizadoras, aquellos Estados que quedan fuera de la ecuación, sólo tienen dos opciones, bien quedar al margen corriendo el riesgo de caer en manos de los gestores de economías asociadas al mundo de la delincuencia, o seguir comerciando sobre bases ad hoc que convierten las transacciones comerciales en mucho más tediosas al tener que franquearse numerosos filtros de control.

PALABRAS CLAVE: Tecnología de doble uso, lucha contra el crimen internacional y terrorismo, listas de control, comunicación entre partes, criptografía

ABSTRACT: The importance of signing a treaty like the one referred is based on the sustained rise of international commerce forcing States to intertwine in an array of treaties allowing them to ease commercial transactions as well as to the setting up of common surveillance procedures in order to avert transnational delinquency to profit of the liberalizing measures; for those States singled out of the equation only two options remain, either to be treated as a castaway passing to the hands of intermediaries of economies linked to the world of crime, or to keep doing business as usual under canopies that make commercial transactions more tedious and slow due to the need of overcoming ceaseless control burdens.

KEY WORDS: Double use technology, fight against international crime and terrorism, control lists, communication among parties, cryptography.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Acuerdo de Wassenaar.- I. Definición y características.- 2. Estructura.- A) Lista de Municiones.- B) Lista de bienes y tecnología de doble uso.- III. Dificultades en el funcionamiento del Acuerdo.- IV. México. Estado parte en el acuerdo Wassenaar.- V. La especial relevancia de la adhesión de otros Estados al Acuerdo de Wassenaar.- VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En la lucha contra el crimen organizado que lleva la República de México desde décadas no hay que desdeñar la importancia de recientes acuerdos internacionales que a través de la cooperación institucionalizada persiguen limitar el acceso a armas convencionales a destinatarios que no se consideran óptimos, esta acción demuestra la importancia de la colaboración entre distintas Secretarías de Gobierno y de las autoridades estatales. Con ocasión de la reunión anual durante este mes de septiembre de la Asamblea General de Naciones Unidas, el Secretario de Relaciones Exteriores, Excmo. Sr. José Antonio Meade Kuribreña, presentó el instrumento de ratificación del Convenio de Naciones Unidas sobre Ciertas Armas Convencionales, el Tratado requiere que los Estados prohíban los envíos de armas que puedan ser usados en violaciones de derechos humanos, incluidos los “ataques dirigidos contra objetivos civiles”. De esta forma, México se convierte en uno de los primeros países en obligarse jurídicamente por este instrumento que, si bien aún no se encuentra en vigor, sí ha sido firmado por más de un centenar de países, incluido el mayor exportador de armas convencionales del mundo, los Estados Unidos de América. El camino es aún largo ya que son necesarias 50 ratificaciones para convertirse en un documento vivo y vinculante, pero los pronósticos son bastante halagüeños, a pesar de que países como China, o Rusia no sean parte en el acuerdo¹.

II. ACUERDO DE WASSENAAR

I. Definición y características

Pasamos a describir los elementos más característicos de un segundo texto internacional, este sí, en vigor, que también va a servir para impedir un acceso fácil a

I Los motivos de su no presencia son similares, mantener ventas de armas con países considerados parias.

• Antonio Muñoz Aunión

Doctor en Derecho Internacional Público por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor invitado en la Universidad autónoma de Tamaulipas (México), Profesor titular en la Universidad Autónoma de Chile. Miembro de la Red académica internacional contra la pena de muerte (REPECAP), acreditado por la ANECA como contratado doctor desde 2009. Entre sus obras principales, monografías en autoría y obras colectivas, destacan: Principales publicaciones en autoría: *La Política Común Europea del Derecho de Asilo*. Valencia (2006); Tirant lo Blanch; *La Política migratoria de la Unión Europea*. Valencia (2008); Tirant lo Blanch; *Introducción al Derecho internacional público*. México (2008); Porrúa; *El tráfico de seres humanos y la inmigración irregular. La respuesta del Derecho internacional*. México (2013); Porrúa.

armas pequeñas y ligeras que son las producen un mayor número de víctimas en la población civil como la experiencia muestra en México, Centroamérica, y en países del continente africano; ambos textos son parte inseparable de un mismo objetivo, reforzar la seguridad humana.

Nos referimos al denominado Acuerdo o Arreglo de Wassenaar sobre control de exportaciones de armas convencionales y de mercancías, tecnologías de doble uso y material informático en vigor desde 1996, que es el único Acuerdo internacional de control de exportaciones sobre la venta y transferencia de municiones así como compuestos de alta tecnología de doble uso que puedan tener tanto objetivos militares como pacíficos²; entre sus principios rectores se encuentran el respeto del Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario a la hora de considerar las exportaciones de armas³, afianzando la seguridad colectiva sobre la base de las relaciones internacionales contemporáneas y, en última instancia, sirviendo como vector para garantizar la paz⁴. Sin embargo, los fines loables de este acuerdo se ven empañados por interrogantes preocupantes desde el punto de vista del respeto de los derechos humanos en su relación con las nuevas tecnologías.

Las limitaciones en las exportaciones de armas y la reducción de la proliferación de ciertas tecnologías, o de armas de destrucción masiva no necesariamente ayudan a prevenir conflictos y en algunos casos un equilibrio o posesión mínima de armamento y/o tecnología puede tener un efecto disuasivo frente a potenciales agresores. No obstante, sí queda claro que dichas limitaciones en la mayoría de ocasiones ayudan a prevenir la aparición, continuación o escalada de conflictos⁵. A diferencia de otros sistemas de control de exportaciones de armas, el acuerdo de Wassenaar sí se concibió, teniendo en cuenta el peligro de ataques armados asimétricos.

2 Keller, W. "The political economy of conventional arms proliferation". *Current History* (1997). 96, 179.

3 A este instrumento se le suman otras acciones e instrumentos, a saber, la moratoria de tres años sobre la producción, importación y exportación de armas pequeñas y de armas ligeras, aprobada oficialmente, en octubre de 1998, por los Jefes de Estado de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental y el mecanismo de implementación establecido con el apoyo de la Organización de las Naciones Unidas; segundo, la Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, aprobada por la Organización de Estados Americanos en 1997; tercero, el programa de la Unión Europea para prevenir y combatir la transferencia ilícita de armas; cuarto, propuestas específicas hechas en el marco de las Naciones Unidas para el control de armas pequeñas y armas ligeras, sobre la base de consideraciones humanitarias, de seguridad y de control del crimen; quinta, la legislación nacional de varios países productores y exportadores de armas a fin de regular su transferencia; y sexta, un número creciente de iniciativas no gubernamentales y de comunidades locales con respecto a la disponibilidad de armas, a la transferencia de armas pequeñas y al control de armas.

4 El control de las exportaciones de armamento tiene una larga historia y ya en la época de Carlomagno se castigaba con gravedad a aquellos comerciantes que infringieran las estrictas regulaciones respecto de países vecinos.

5 Wouters, J., y Naert, F. *The EU and conflict prevention. A brief historic overview* (2003): Institute for International Law. K.U. Leuven, Faculty of Law. Working paper No. 52, 15.

El número de Estados miembros asciende a 41⁶. Su nombre proviene de la ciudad holandesa donde se celebraron cinco rondas de negociaciones entre 1994 y 1996. El principal criterio de admisibilidad de nuevos Estados es contar con sistemas confiables de control de exportaciones y sistemas de aduanas impermeables a la corrupción⁷. La Unión Europea inclusive dispone de normativa específica para cumplir con los objetivos del Acuerdo⁸. Pierre se ha referido a este acuerdo como la "última esperanza de crear un régimen multilateral basada en los proveedores"⁹; por su parte, Keller no es tan optimista al afirmar que "este acuerdo ha recibido escasa atención de la comunidad política y absolutamente ninguna por el lobby armamentístico, languidece sin ningún tipo de participación de alto nivel"¹⁰.

A diferencia de su antecesor, el Comité de Coordinación para el Control Multilateral de las Exportaciones Estratégicas (COCOM) creado durante la Guerra Fría para restringir las exportaciones a la antigua Unión Soviética y a los países del bloque oriental¹¹, en cierta manera, estos controles eran una forma de guerra económica, y aún hoy cierta doctrina mantiene que acuerdos de este tipo sirven para que los países más avanzados preserven su diferencial tecnológico que les separe de posibles adversarios¹² y que Estados Unidos quede como el mayor beneficiario con la aplicación de este instrumento de cooperación internacional.

Sin embargo, el Arreglo Wassenaar no se dirige a ninguna región específica o grupos de Estados, sino más bien pone de relieve aquellos "países de preocupación" para los Estados partes, y estos no tienen autoridad de veto sobre potenciales exportaciones del resto de países, a diferencia del Comité, donde sí existía esta prerrogativa. En el Plenario, las decisiones se toman por consenso. Nos encontramos ante un instrumento muy joven y a esta lozanía cabe achacarle su presunta inoperatividad, pero aún es posible moldearlo de forma que se convierta en una organización efectiva en el futuro y, aunque existen otros mecanismos de no

6 Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Corea del Sur, Croacia, República Checa, Dinamarca, Estonia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, México, Noruega, Nueva Zelanda, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumania, Rusia, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turquía, y Ucrania.

7 Al firmar un tratado de este tipo, los Estados ganan reputación internacional, y muchos de ellos obtienen importantes beneficios económicos y el coste es muy reducido ya que la mayoría de ellos no se encuentra lanzado abiertamente a una carrera armamentística.

8 Véase, Acción común 2002/589/PESC y Reglamento (CE) n. 394/2006, que establece un régimen comunitario de control de las exportaciones de productos y tecnología de doble uso.

9 Pierre, A.J. *Cascade of Arms*. Washington D.C. (1997): Brookings for the World Peace Foundation, 398.

10 Keller, W. y Nolan, J.E. "The Arms Trade: Business as Usual". *Foreign Policy* (1997-1998), 109, 123.

11 Creado en 1949 por iniciativa de Estados Unidos y sus aliados, como consecuencia de la desaparición de la guerra fría, desde 1993 fue perdiendo su razón de ser, pasando a ser un instrumento centrado en la no proliferación de armas para evitar desestabilizaciones. En la cumbre de Vancouver, el Presidente de Rusia manifestó la opinión de que la COCOM era una reliquia de la guerra fría.

12 Martí Sempere, C. *Tecnología de la Defensa, análisis de la situación española*. Madrid (2006): Instituto Universitario "General Gutiérrez Mellado" de investigaciones sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa (UNED), 431.

proliferación, este acuerdo no va a ser redundante, ya que a través de una variedad de mecanismos completará y reforzará a los demás.

Según los términos del acuerdo, los Estados miembros en el tratado se comprometen a controlar la circulación de estas mercancías para prevenir la proliferación de materiales potencialmente peligrosos. Éste, junto a otros instrumentos internacionales, se utilizan con el objeto de crear un marco global que limite el aumento de stocks de municiones y equipamientos militares con el objetivo de alcanzar estabilidad global y una mayor responsabilidad entre sus miembros respecto de estas exportaciones sensibles para con ello impedir que se creen “acumulaciones desestabilizadoras”¹³, si bien no interfiere con el derecho legítimo a la defensa propia del art. 51 de la Carta.

Los Estados partes se convierten de esta forma en Estados de origen seguros¹⁴, como en otros acuerdos de similares características, por ejemplo, Grupo de proveedores nucleares, Grupo Australia, Régimen de control de tecnología de misiles, éste se basa en los controles nacionales a través de sus leyes y reglamentaciones que estarán monitorizadas por una autoridad central.

El Acuerdo prevé “un proceso más intenso de consultas e invasivo por cuanto a la transmisión de información” para los seis principales países exportadores de armas¹⁵. En contraste con otros regímenes de control de armas, éste cuenta con una Secretaría permanente situada en Viena, Austria, con funciones importantes de gestión¹⁶.

La Asamblea Plenaria establece órganos subsidiarios para la preparación de recomendaciones para de la misma y organizar reuniones *ad hoc* consultivas sobre asuntos relacionados con el funcionamiento de la Asamblea. En la actualidad estos son: Grupo de trabajo general, el Grupo de expertos, y de forma anual, una reunión de delegados para asuntos de licencias y aplicación

13 Desde 1998, existe un documento no vinculante que proporciona datos a los gobiernos sobre qué exportaciones de armas puede conducir a una acumulación de este tipo.

14 Los requisitos para ser parte en el acuerdo son los siguientes: “1. Demostrar ser un país comprometido con la no proliferación de bienes de uso dual susceptibles de convertirse en armas de destrucción masiva. 2. Tener establecido un sistema de control de las exportaciones que sea claro y puntual, de conformidad con los estándares establecidos en el Arreglo. 3. Que el sistema de control funcione efectivamente y que las exportaciones de materiales de uso dual justifiquen su existencia, demostrando el volumen de autorizaciones otorgadas”.

15 Reino Unido, Estados Unidos, Francia, Rusia, Alemania e Italia.

16 Estos acuerdos que se basan en el cumplimiento interno, o compliance son muestras de una nueva forma de entender la soberanía que privilegia la gestión y la buena fe frente a medidas coercitivas o denuncias de incumplimiento, véase, Chayes, A., y Handler Chayes, A. *The New Sovereignty: Compliance with International regulatory agreements* (1995): Cambridge, MA, Harvard University Press.

De forma periódica, los puntos de contacto se reúnen con la Presidencia rotatoria para facilitar el cruce de información y la comunicación entre los Estados y la Secretaría.

2. Estructura

El Acuerdo se compone de dos listas separadas en las que se sitúan los productos. En la primera, se encuentran las municiones y todos los productos que tienen un claro objetivo militar, por ejemplo, tanques, misiles, etc. En la segunda, se incluyen aquellos productos de doble uso, como material electrónico que pudiera tener objetivos militares, pero al mismo tiempo servir para otras aplicaciones, por ejemplo, procesadores de cómputo que pueden servir para direccionar sistemas de armas, pero también para usos domésticos o empresariales. Estas listas, a su vez, están divididas en lista de materiales sensibles y lista de materiales muy sensibles¹⁷.

Los Estados miembros se pusieron de acuerdo sobre el contenido de las listas y de forma periódica éstas se actualizan. Asimismo, con fines de transparencia, se pide a los Estados que establezcan un sistema de intercambios voluntario de información y notificaciones de todas sus actividades de exportación de materiales incluidos en las dos listas de control¹⁸. Por último, se ha incorporado el concepto de “políticas de exportación responsables” de armas pequeñas y ligeras.

A) Lista de Municiones (Armas convencionales)¹⁹

Cada seis meses, los Estados partes intercambiarán información sobre las entregas de armas convencionales a países ajenos al instrumento Wassenaar bajo ocho amplias categorías, la última de ellas, incluida en 2003, de armas de pequeño calibre y ligeras. Esta sección es muy reseñable ya que como lee el aforismo, *detener una bala es equivalente a detener una guerra*.

B) Lista de bienes y tecnología de doble uso.

Sección 1: Productos no sensibles. Semestralmente, los Estados partes intercambian información sobre todas las licencias de exportación denegadas.

Sección 2: Productos sensibles o muy sensibles.

17 Se basan en las categorías de armas ya utilizada en el Tratado sobre Fuerzas Armadas convencionales en Europa y el Registro de Armas de Naciones Unidas creado por la Asamblea General en 1991 para mejorar la transparencia del mercado de armas.

18 La principal crítica que se puede hacer es que lo que se concibió como foro para la restricción institucionalizada de exportaciones de armas pasara a ser un foro para meramente intercambiar información, cfr. *Commentary: Wassenaar's Weakness* (enero 1997): *Defense News*, 18

19 Cfr. con Posición común del Consejo de la Unión Europea (2010), “Lista Común Militar de la Unión Europea”, *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 69/19.

En un plazo de 60 días, los Estados miembros deben notificar a la Secretaria Wassenaar de toda petición de licencia de exportación denegada a los Países no Wassenaar. Dos veces al año, los Estados miembros intercambiarán información sobre las licencias de exportación concedidas o transferidas a Países no Wassenaar. Para la categoría de Productos muy sensibles como materiales con tecnología silenciosa y de radar, a los Estados miembros se les exige que ejerciten "una extrema vigilancia" de las exportaciones.

En un plazo de 60 días, los Estados están obligados a notificar al Secretariado toda aprobación de licencia de exportación de transacciones que resultan "esencialmente idénticas" a aquellas que otro Estado miembro haya denegado en los últimos tres años, aunque no existe obligación de rechazar una exportación que previamente ha sido rechazada por otros Estados.

Desde 2002, a raíz del I I - S, se reafirmó el compromiso de los países miembros a la hora de combatir el terrorismo mediante la prevención de la adquisición de armas convencionales o bienes y tecnologías de doble uso por grupos terroristas, introduciendo mayores controles, particularmente en el caso de sistemas de defensa antiaérea portátiles, o de armas pequeñas y ligeras, especialmente sensibles. Durante el conflicto en la región de los Grandes Lagos en África, se consiguió que los Estados miembros llevaran a cabo un control máximo de las exportaciones. Asimismo, se ha incrementado los tipos de armas para cuya exportación su información debe ser puesta en conocimiento del resto de países y se acordó un control más firme de los intermediarios privados involucrados en el negocio legal de la venta de armas.

En materia de software, el tratado no impide las transacciones de buena fe entre civiles y no dirige las restricciones de forma directa a un Estado o sujetos en particular. Se busca que cada país regule de forma discrecional sus políticas de transferencia y exportación de estos elementos, manteniendo de forma efectiva restricciones sobre el listado que se encuentra en el tratado. En la declaración interpretativa sobre transferencia de software y tecnología realizada en la plenaria de 2001, se establece que se incluirán controles para transferencia de material intangible, como toda transmisión de datos por redes, fax, medios electrónicos o teléfono, prerrogativas que atentan contra los derechos fundamentales de los internautas²⁰ y que suponen una intromisión extraordinaria en la parcela de la privacidad protegida, tanto por normas nacionales como internacionales. Situaciones comparables se están produciendo en la negociación de otros Tratados internacionales²¹.

20 Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, asunto ACLU v. Reno 1997. En detalle, Fraleigh, D. "Reno v. ACLU", en AA.VV. *Free Speech on Trial: Communication Perspectives on Landmark Supreme Court Decisions* (ed. R.A. Parker). Tuscaloosa, AL (2003): University of Alabama Press, 298-312. *Sensu contrario*, también existen organizaciones de derechos humanos que solicitan la inclusión de ciertos programas en la lista para evitar que sean exportados a países con indicadores democráticos bajos.

21 Por ejemplo, Acuerdos Trips y la inclusión de los recursos hídricos entre los servicios que pueden ser prestados por empresas transnacionales en el marco de negociaciones entre Estados, empresas opacas a los medios de

En la declaración de la Asamblea Plenaria de 2004, se expresa que no habrá control para el software que de forma general esté disponible al público para transacciones electrónicas, telefónicas, de correo o diseñadas para ser instaladas por el usuario sin el soporte esencial del proveedor; además de aquellas que se encuentren en el dominio público.

El listado de elementos relacionados con criptografía²² que se encuentran bajo restricción, se hallan en la categoría 5 apartado 2, seguridad de la información²³. El consenso alcanzado fue el de autorizar la exportación de todos los instrumentos criptográficos basados en estructuras de 54 bits y algunas de 64, ambas proclives a una fácil descodificación. En la actualidad, los expertos aconsejan algoritmos entre 90 y 128 bits para un almacenamiento seguro de información²⁴.

En conclusión, el propósito del acuerdo es que a partir de ciertos umbrales tecnológicos, el comercio no pueda ser llevado a cabo en secretismo, y una vez más se plantea el problema de quién controla a los reguladores y dudas sobre la legitimidad de estas medidas²⁵.

3. Dificultades en el funcionamiento del acuerdo

A más de una década de funcionamiento del acuerdo, aún es pronto para hablar de madurez en el sistema; así los Estados miembros se encuentran divididos sobre el propio ámbito de aplicación del texto, sobre si éste debe de ir más allá de ser un mero órgano de intercambio y almacenamiento de información. El hecho de que el sistema Wassenaar funcione por consenso hizo que, durante los primeros

información [véase Woodroffe, J. y Joy, C. *Out of service, The development dangers of the General Agreement Trade in Services*. Londres (2002): World Development Movement (WDM)]; y la frustrada negociación del Acuerdo multilateral de Inversiones.

- 22 Por criptografía se entiende el método para almacenar información de forma ininteligible a la que sólo puede tener acceso el receptor legítimo, de esta forma se garantiza la confidencialidad, se promueve la integridad y la autenticidad de la información. Véase White, C. R. "Comment, Decrypting the politics: Why the Clinton administration's national cryptography policy will continue to be dictated by National Security Perspective". 30 *Case W. Res. J. Int'l L.* (1998). 287, 293-294.
- 23 Los instrumentos criptográficos son asimilados a bienes incluidos en el objeto del acuerdo y de ahí que su exportación esté reglamentada, sin embargo, numerosas asociaciones de internautas defienden su exclusión de este marco ya que en su opinión son medios que les permiten proteger su esfera privada y no son ARMAS. Con mayor detalle, y de forma crítica, véase, Leprevost, F., Erard, R., y Ebrahimi, T. "How to bypass the Wassenaar Arrangement: A new application for watermarking", en *8 th International Multimedia Conference on Multimedia and Security*. Los Angeles (2000); Shehadeh, K. "The Wassenaar Agreement and Encryption exports: An ineffective export control regime that compromises United States Economic Interests". *American University International Law Review* (1999). 15-1, 271-319.
- 24 Cfr. Blaze M. y otros. *Minimal Key Lengths For Symmetric Ciphers To Provide Adequate Commercial Security. A Report By An Ad Hoc Group Of Cryptographers And Computer Scientists* (1996). http://www.bsa.org/policy/encryption/cryptographers_c.html.
- 25 Más aún, inclusive respecto de la innovación tecnológica que se puede ver perjudicada, así regímenes rígidos de control de exportaciones pueden tener el efecto perverso de reducir los estándares de encriptación, por ejemplo, los teléfonos móviles, hasta muy recientemente, tenían unos sistemas de encriptado muy débiles poco más que líneas de texto fácilmente accesibles, la industria adoptó este protocolo para así exportar aparatos a todo el mundo sin correr riesgos por legislaciones extremas o diversas, y de este modo se retrasó el avance de la tecnología, al igual que se perjudicó la privacidad de los clientes, cuyas comunicaciones estaban virtualmente abiertas a terceros.

años, una minoría de Estados reiteradamente rehusara participar en los intercambios voluntarios de información y en las notificaciones sobre bienes de doble uso, si bien esta situación se ha ido corrigiendo. Asimismo, no existe consenso entre los Estados partes sobre cuáles son los “países de preocupación” o qué entender por “acumulaciones desestabilizadoras”²⁶. No existen garantías que permitan hablar de un destino final veraz de los productos exportados, quedando a la buena fe e interpretación del Estado declarante cómo se prueban las recientes ventas de armas que sirvieron para que la primavera árabe tomara un cariz dramático²⁷.

Otro factor a tener en cuenta es que países representativos en el comercio de armas, como la República Popular China, Bielorrusia, India, Brasil o Israel no son miembros y, finalmente, las negociaciones se hacen a resguardo de la opinión pública internacional, de forma absolutamente confidencial, un modelo de gobernanza lejos de ideal y que ha llevado a numerosas violaciones de derechos fundamentales²⁸.

Un tercer punto muy conflictivo es el tratamiento del software criptográfico como arma que debe ser controlado por las autoridades nacionales en base al interés de la seguridad nacional, lo cual coarta importantes libertades fundamentales. Este software está esencialmente vinculado al respeto de la privacidad, y como apuntase el Juez del Tribunal Supremo estadounidense Louis D. Brandeis, allá en la década de los veinte, en su opinión disidente en el Asunto *Olmstead c. U.S.*, “el derecho al aislamiento es el derecho más global de todos los derechos humanos, y el más valorado por hombres civilizados”²⁹. En el mismo sentido pero más recientemente, Clark mantiene que “los seres humanos deben poder aislarse del mundo en determinados momentos pero la conciliación de esta necesidad subjetiva y psicológica con otros intereses humanos o socioeconómicos es una tarea compleja”³⁰.

4. México. Estado parte en el Acuerdo Wassenaar

Desde el 20 de enero de 2012, la República de México es parte de este acuerdo, y no es un acontecimiento baladí, teniendo en cuenta la importancia que en la actualidad tienen las industrias tecnológicas en el país y las relaciones con socios comerciales extranjeros. La importancia de este acuerdo para México es el acceso que otorga a mercados internacionales, que son vanguardia en la industria de seguridad y defensa, a un espacio que está tomando cada vez mayor importancia en la industria

26 En orden a superar esta deficiencia, la Asamblea adoptó un documento no vinculante titulado “elementos para un análisis y recomendaciones objetivas en relación a acumulaciones potencialmente desestabilizadoras de armas convencionales”. 3 diciembre 1998.

27 <http://www.sipri.org/research/armaments/transfers/controlling/research/disarmament/euconsortium/publications/publications/non-proliferation-paper-7>.

28 Por ejemplo, entre otras, Asunto *Sison c. Consejo de la Unión Europea T-341/07* de la Sala de Primera Instancia del Tribunal Europeo de Luxemburgo de 30 septiembre 2009, anulando una decisión del órgano ejecutivo de la Unión Europea.

29 U.S 438, 478.

30 Clark, R. *Data Protection in Ireland*, Prólogo (1990): Round Hall Press.

nacional, como demuestra la creciente importancia del estado de Querétaro y San Luis Potosí en los sectores de la automoción, tecnología aeroespacial, química o industria del software.

A través de Wassenaar las empresas tendrán mayor facilidad en conseguir contratos en países más desarrollados o que se establezcan empresas en su territorio nacional, utilizando materiales y componentes más avanzados y tecnología que antes de la firma del acuerdo se encontraba restringida. Empresas norteamericanas y europeas tienen desde ahora más perspectivas para concluir sus productos en otros países firmantes y para ello invertirán en las líneas de producción o ampliarán las existencias.

El sector industrial en México y el Gobierno federal, en ocasiones criticado por su excesiva dependencia del sector de *las maquiladoras*, se ha tomado en serio la necesidad de ampliar el valor añadido de este sector.

México, por tanto, de esta forma entra de lleno en el comercio global y junto a estos dos Convenios ha manifestado su intención de adherirse a otras Organizaciones que establecen controles de exportación, como el *Grupo Australia*, dirigido a la regulación de las armas químicas y biológicas), o el *Grupo de Proveedores nucleares* (respetando el principio de la no proliferación de armas nucleares). De esta forma, se da un mayor sentido a la adhesión tan forzada de la República al Espacio de Libre Comercio con Estados Unidos y Canadá, y mediante estas nuevas ataduras, México puede ser un actor relevante para la deslocalización de infraestructura con gran valor añadido al mismo tiempo que se conservan las industrias maquiladoras en la frontera norte.

V. LA ESPECIAL RELEVANCIA DE LA ADHESIÓN DE OTROS ESTADOS AL ACUERDO WASENAAR

Tradicionalmente muchos países no han sido considerados como relevantes para la seguridad internacional, pero el crecimiento asimétrico de la Economía en el mundo, los movimientos migratorios y de capital, y la necesidad de buscar nuevos mercados en áreas que hasta hace muy poco tiempo se consideraban remotas, sitúa a países olvidados en una posición muy estratégica para diseñar una red de seguridad en concertación con las principales democracias y economías del mundo. Es, por ello, que la firma de un acuerdo que garantice el inventario de productos que se consideran sensibles es una necesidad y al mismo tiempo supone un avance para comunidades políticas desde el punto de vista de su ingreso y adhesión vertebrada a los principios que marca la Organización mundial del comercio, y así disponer de otro foro donde intercambiar información que pueda considerarse de interés nacional y, a cambio, obtener medios para continuar la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo. En conclusión, contar con un club amplio de Estados amigos donde

las decisiones sean informadas, primando la transparencia y la autorregulación, es un elemento clave para las relaciones internacionales contemporáneas; es, por ello, que las regiones centroamericanas se verán impulsadas a seguir esta expansión.

VI. CONCLUSIONES

El panorama que se plantea con Wassenaar esconde dudas, principalmente, por cuanto del trato de material informático como una potencial arma que desestabilice gobiernos y que considero es una visión miope, sobre todo, cuando se deja fuera de la ecuación a numerosos países que son las principales fuentes de ataques informáticos, a saber; la República Popular China; además, la restricción de exportaciones que son intangibles no es simplemente un tema de aplicar una regulación aduanera a una nueva forma de transporte. No existen funcionarios aduaneros apostados en fronteras electrónicas. De hecho, el mismo concepto de frontera es altamente problemático, ya que la información puede estar a la vuelta de la esquina o en algún recóndito lugar del planeta. La aplicabilidad de una norma en estas condiciones resulta de poca utilidad y por tanto es posible que en los parlamentos nacionales no pueda ser aprobada; a ello se le uniría el problema de que la extraterritorialidad tendría que venir aceptada *ex ante*.

Otro aspecto preocupante a tomar en consideración es que los bienes intangibles son muy difíciles de distinguir de las ideas, y entraríamos en el escalofriante escenario de la ciencia ficción si se lanza el mensaje de restringir la comunicación del pensamiento, la cooperación investigadora internacional en el campo de las matemáticas prácticamente finalizaría y la libertad de cátedra quedaría irremediabilmente dañada.

LOS REQUISITOS DE ACCESO AL CENTRO INTERNACIONAL DE
ARREGLO DE DISPUTAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI).

ACCESS REQUIREMENTS TO THE INTERNATIONAL CENTER FOR
SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID).

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 322-333



Eduardo
Enrique
TALÉNS
VISCANTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de mayo de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 14 de enero de 2014

RESUMEN: En las siguientes páginas se abordará el tema de los requisitos de acceso ante el arbitraje del CIADI. Estamos ante un arbitraje atípico ya que para actuar ante éste no va a ser válido únicamente el consentimiento de las partes. Todo ello se realizará con el contexto práctico de la expropiación de YPF por parte del Estado de Argentina.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje internacional, CIADI, voluntariedad, mecanismo complementario, requisitos.

ABSTRACT: In the following pages will be addressed the issue of access requirements to ICSID arbitration. We are stumbled an atypical arbitration and that we act on this is not going to be valid only the consent of the parties. All this is done with the practical context of the expropriation of YPF by the State of Argentina.

KEY WORDS: International arbitration, ICSID, wilfulness, supplementary mechanism, requirements.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Naturaleza jurídica.- III. Requisitos de Jurisdicción.- I. Consentimiento.- 2. Ámbito Subjetivo. Ratione Personae.- 3. Ámbito Objetivo. Ratione Materiae.- IV. El Mecanismo Complementario.

I. INTRODUCCIÓN.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) nació por mor del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados con fecha de 18 de marzo de 1965, realizado en Washington, D.C. El CIADI está inscrito al Banco Mundial y persigue facilitar las inversiones internacionales al contemplar un mecanismo para resolver las controversias que dimanen de ellas, y preservar un foro neutral y autónomo que mantenga el equilibrio entre los inversionistas y los Estados¹. Pese a ello, su nivel de actividad fue bastante escaso en sus comienzos, y no fue hasta bien entrados los años 90 cuando proliferó su actuación conciliadora y de arbitraje. Desde sus inicios hasta el 31 de diciembre de 2011 el CIADI solamente había registrado 369 casos, de los cuales 329 se sirvieron del arbitraje, 7 de la conciliación y otros 33 se resolvieron bajo el mecanismo complementario del CIADI². Este arbitraje institucional se encarga de administrar los procedimientos de resolución de disputas y colabora en el desarrollo de las mismas.

En el presente estudio solamente voy a ceñir a comentar los requisitos de actuación ante el CIADI, que se encuentran regulados en el art. 25 del referido Convenio. En el mismo se configuran unas notas de acceso que un tanto más duras que las contempladas para un “arbitraje común”. Para poder plantear una controversia ante el CIADI se van a tener que cumplir una serie de requisitos subjetivos (referidos a las personas o entidades que pueden tener acceso al mismo) y objetivos (referidos a la materia sobre la que puede versar la disputa). En las siguientes líneas se reflexionará sobre estos requisitos.

1 Álvarez Ávila, G. “Las características del arbitraje CIADI”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (2002). 2º, 4.

2 Creado en 1978. Estos datos han sido obtenidos de la Carga de Casos del CIADI-Estadísticas (Edición 2012-1).

• Eduardo Enrique Taléns Visconti

Es investigador en formación “Atracción de Talent” en la Universidad de Valencia. Es licenciado en Administración y Dirección de Empresas y en Derecho por la Universidad de Valencia y Máster en Derecho, Empresa y Justicia también por ésta última. Galardonado en dos ocasiones con el Premio de Investigación Tomás y Valiente. Es autor de múltiples artículos y capítulos de libro, en especial sobre temas relacionados con los derechos fundamentales y sobre la disciplina laboral en general.

II. NATURALEZA JURÍDICA.

Uno de los aspectos más destacables del CIADI radica en lo referente a su naturaleza jurídica. En sus inicios, la línea que delimitaban el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado era más acusada. Existía una clara diferencia sobre lo que debía pertenecer al ámbito del Derecho Internacional Público de lo que concernía al Derecho Internacional Privado. En este sentido, en la actualidad no cabe duda de que pertenecen al ámbito público aquellas situaciones que afectan a los Estados, valga la redundancia, por su propia condición de Estados, es decir, cuando éstos actúan sobre lo que ha venido a denominarse *iuri imperi*. Serían ejemplos de ello un problema entre Países que afecte a un determinado territorio o una disputa que acontezca sobre los linde del mar etc. Por su parte, el Derecho Internacional Privado se ocupa del conocimiento de la resolución de conflictos entre personas privadas mediando algún “elemento de extranjería”. Son algunos ejemplos de ello la contratación mercantil de dos empresas que radican en dos países distintos o la compra del inmueble por un extranjero etc. Pero junto a estas dos concepciones clásicas se han ido sucediendo a lo largo de los años diversas actuaciones que han terminado por diluir esta separación. Con ello, en los últimos tiempos podemos encontrarnos a Estados que actúan como sujetos privados o conflictos que surgen entre entes privados y un Estado. Esta última situación es la que tiene cabida bajo el conocimiento del Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Así se colige por el Convenio, tanto en su preámbulo, como en sus arts. 1.2 y 25. En éstos se deja notar que uno de los requisitos de actuación del CIADI va a ser el hecho de que sean partícipes de la controversia un Estado y una persona privada (física o jurídica). Lo anterior lleva a concluir que de la naturaleza jurídica de las disputas sometidas al CIADI se desprende una suerte de concepción mixta, pues no cabe situarla en el concepto puro de derecho privado ni en el concepto puro de derecho.

Por un lado, el CIADI tiene personalidad jurídica internacional (art. 18 del Convenio) y diversas inmunidades y privilegios. El CIADI contempla un tipo de arbitraje mixto que incorpora a entes soberanos junto a entes privados. Junto con ello, una de las características principales del CIADI es que se trata de un órgano permanente, por lo que se diferenciaría sobre este extremo de un órgano arbitral *ad hoc*. Por un lado, como se ha dicho es una institución internacional, puesto que se trata de un organismo con personalidad jurídica internacional, pero su funcionamiento se asemeja mucho a un arbitraje privado no incardinable en un arbitraje típico de derecho internacional público. Con ello, podemos concluir este apartado siguiendo a Claros Alegría, quién aseveró que estamos ante “una institución permanente constituida bajo derecho internacional público, que administra procedimientos de resolución de disputas en los que se otorga legitimación directa a inversores privados frente a Estados”³.

3 Claros Alegría, P. “El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)”. *Revista de derecho procesal* (2007). 1º, 220.

III. REQUISITOS DE JURISDICCIÓN.

Debemos atender principalmente al art. 25 del Convenio para considerar los requisitos que se deben de reunir para poder accionar un proceso conciliador o arbitral ante el CIADI. Es importante estar al tanto de los requisitos exigidos para poder entrar a considerar si el conflicto entre el Estado Argentino y la entidad petrolífera Repsol tiene cabida ante este sistema. En primer lugar, cabe hacer notar que al contrario de lo que sucede en otra serie de arbitrajes, ante el CIADI no basta con el consentimiento o la voluntad de sometimiento al mismo, sino que se deben de connotar otros presupuestos adyacentes. Con ello, para accionar un arbitraje convencional se necesitaría poco más que una voluntad de sometimiento, bien sea *ad hoc* o bien se desprenda de una cláusula contractual. Como a continuación se verá, el CIADI no es un arbitraje al uso, sino que sería más bien un arbitraje especial, tanto por sus requisitos de acceso de *ratione personae* como de *ratione materiae*.

I. Consentimiento.

Es sin duda el consentimiento un elemento esencial que debe aparecer para que pueda existir sometimiento ante el CIADI. Nada nuevo aporta este requisito respecto al "sistema arbitral convencional" puesto que el consentimiento por parte de los dos contendientes es seña de identidad de todo proceso arbitral. A *sensu contrario*, en el proceso jurisdiccional una parte es la que somete voluntariamente una cuestión ante los juzgados, siendo la contraparte compelida a la actuación procesal. Cabe apuntar que este consentimiento se ha de otorgar incluso aunque el Estado haya ratificado el Convenio, es decir, el hecho de que un Estado haya ratificado el mismo no quiere decir que para un caso concreto se encuentre presumido el consentimiento sobre su voluntad de sometimiento al CIADI. En otras palabras, la ratificación no supone la sumisión al arbitraje y deberá de prestarse el consentimiento para cada caso, el cual será realizado normalmente por escrito. Esto supone que el arbitraje internacional del CIADI es plenamente voluntario para las dos partes⁴. Por lo que la ausencia del mismo debe conllevarnos a la dejación de esta opción y se deberían de empezar a plantearse otras formas no voluntaria para de solucionar esta controversia internacional. Ahora bien, pese a que ratificación del Convenio no presupone el sometimiento para una controversia en particular, si el consentimiento ya se hubiera otorgado no podría ser retirado unilateralmente⁵ (así lo establece textualmente el art. 25 del Convenio). Estamos ante una suerte de limitación a la voluntad que parece existir para otorgar el consentimiento pero que resulta desvanecida una vez se ha dado el mismo, puesto que éste no se podría retirar salvo acuerdo conjunto de las partes. El posible suspenso del procedimiento de arbitraje internacional deberá solicitarse por mutuo acuerdo de las partes.

4 Vid. Claros Alegría, P. "El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)", cit., 222.

5 González de Cossío, F. "México ante el Centro Internacional Para el Arreglo de Diferencias de Inversión. Un comentario". *Revista de Derecho Privado*, nueva época (2002). 1º, 5.

El único requisito que expone el Convenio respecto al consentimiento es que se haya realizado por escrito, sin ofrecer reparos en el concreto documento en que se manifieste. En este sentido, nada impide que los consentimientos no se den simultáneamente, por lo que podrían caer en momentos diferentes. También nos podemos encontrar consentimientos derivados de una oferta *ex lege* o establecidos en un acuerdo internacional. De este modo, una primera forma para manifestar el consentimiento puede ser la que se derive de una cláusula contractual o de un acuerdo *ad hoc*. Además, también puede venir de una Ley en materia de inversión extranjera que acoja tal sometimiento o también de un tratado bilateral⁶. Pero en este caso, según las estadísticas brindadas por el CIADI, actualizadas a 2012, el consentimiento proveniente de una Ley de inversiones del Estado receptor ocupa el 6 por ciento de los casos planteados ante este organismo⁷. Lo que parece claro es que en cualquier caso éste debe quedar por escrito, no sirviendo para actuar ante el CIADI el mero consenso oral. También, como se ha dicho, parece preceptivo el hecho de que una vez que el consentimiento es válido y está perfeccionado no se puede retirar de forma unilateral, es decir, se sostiene su irrevocabilidad, salvo que ésta sea querida por ambas partes.

2. Ámbito subjetivo. *Ratione personae*.

Se refiere el art. 25 del Convenio a las partes que pueden someterse al arbitraje del CIADI. Así, en primer lugar se dispone que las personas o entes que pueden acceder al arbitraje o conciliación del CIADI son: de un parte un Estado Contratante; de otra parte el nacional de otro Estado Contratante. Por lo tanto, no sería objeto de arbitraje ante este organismo una disputa entre dos Estados, ni entre dos personas físicas o jurídicas, sino precisamente éste debe acontecer entre un Estado y una persona (bien física o bien jurídica) de otro Estado distinto (pues de otra manera no estaríamos ante un conflicto internacional si no nacional)⁸. Además, se apunta que ese Estado, junto a la obligación de dar su consentimiento ha de haber ratificado el Convenio. Sobre este extremo cabe decir que Argentina cumple con ambas exigencias, ya que, obviamente es un Estado y además ratificó el Convenio CIADI el 18 de noviembre de 1994⁹.

Respecto al requisito del nacional de otro “Estado Contratante” cabe decir, como ha quedado acreditado con anterioridad, que puede ser tanto una persona

6 Se pueden observar las posibilidades de estos medios de consentimiento en los casos ante el CIADI ARB/84/3 y ARB/87/3.

7 Se puede observar en la Carga de Casos del CIADI-Estadísticas, actualizados a 31 de diciembre de 2011.

8 Así por ejemplo, la expropiación que en su día realizó el Estado español sobre la empresa Rumasa, si bien, era entre un Estado y una empresa persona jurídica, entraba dentro de los lindes de España. Por lo que no es el CIADI el lugar ante el que acudir en este supuesto.

9 Esta información se puede contrastar en el enlace: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/QUIENESSOMOS/0,contentMDK:20193455~menuPK:418789~pagePK:64057863~piPK:242674~theSitePK:263702,00.html>.

Como dato añadido merece comentar que España también es parte del Convenio y lo ratificó el 17 de septiembre de 1994, curiosamente unos dos meses antes de que lo hiciera el Estado Federal Argentino.

física como una persona jurídica. En caso de persona física ha de ser nacional de un País distinto al del Estado contraparte de la controversia, no sirviendo tampoco el supuesto de una persona física con doble nacionalidad. Por este motivo, una persona física o jurídica hispano-argentina no podría plantear un incidente ante el CIADI. Además, ha de tener la nacionalidad distinta del Estado parte en la diferencia en la fecha en que consintieron el sometimiento y en la fecha del registro de la solicitud. Por lo tanto, podrían extraerse dos criterios respecto a la nacionalidad de una persona física. Desde un aspecto positivo se exige que la persona tenga la nacionalidad de un Estado Contratante¹⁰. Desde un aspecto negativo se niega que el que ha invertido ostente la nacionalidad del Estado con el que tiene la controversia, excluyéndose también los casos de doble nacionalidad. Lo que en mi opinión también albergaría otra vertiente negativa, ya que se excluirían los nacionales de uno de los 144 Estados que no ha ratificado el Convenio. Respecto a la doble nacionalidad el CIADI ha considerado en su laudo de 8 de mayo de 2008 que “un inversionista que posea la doble nacionalidad no puede tener acceso al sistema CIADI a menos que renuncia a la nacionalidad del Estado demandado antes de otorgar su consentimiento a la jurisdicción CIADI, la validez de esta renuncia se aprecia en principio con arreglo a la legislación nacional de dicho Estado, en el entendido, no obstante, que el derecho nacional en cuestión no es vinculante en todos los casos para un tribunal internacional”¹¹.

Respecto a las personas jurídicas, su régimen es similar al de las personas físicas, aunque presentan una sustancial diferencia respecto a éstas. El aspecto general que las une es que en ambos casos se debe tener una nacionalidad distinta a la del Estado parte en la controversia. Ahora bien, existe la posibilidad o la excepción de que se permita que las personas jurídicas puedan ser de la nacionalidad del Estado de la contraparte. En este sentido, las partes deben haber acordado este carácter de extranjero, aún no siéndolo, por estar sometidas a control extranjero. Parece que el control extranjero tiene relación con el control de la sociedad, con lo que se debe presuponer accionariado extranjero, aunque también pueden tenerse en cuenta otros indicios -como el de la nacionalidad de las personas que llevan a cabo la gestión de la persona jurídica-¹². Por esta razón, la doctrina viene a considerar más flexible el apartado destinado a regular la nacionalidad de las personas jurídicas. Junto con ello, también se aprecia como para las personas jurídicas se omiten requisitos tales como el de la identificación de la nacionalidad o el de definición

10 González de Cossío, F. “México ante el Centro Internacional Para el Arreglo de Diferencias de Inversión. Un comentario”, cit., 6.

11 Laudo del CIADI de 8 de mayo de 2008 (ARB/98/2) en el caso Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende y la República de Chile. Vid. Comentarios sobre este laudo por Pascual Vives, J. “La competencia del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) para proteger la inversiones extranjeras realizadas por los particulares. El laudo de 8 de mayo de 2008 dictado por un Tribunal del CIADI en el caso Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende y la República de Chile (caso CIADI n° ARB/98/2)”. En *Anuario de Derecho Internacional* (2008). 24°, 202 y 203.

12 Vid. Claros Alegría, P. “El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)”, cit. 241.

del propio concepto de persona jurídica¹³. En este sentido, se deben de considerar extrapolables las reglas generales sobre la nacionalidad de las personas jurídicas. Tradicionalmente han sido consideradas tanto el lugar de constitución de la persona jurídica como su domicilio social.

Una especie de ampliación que se contempla en el art. 25 del Convenio es la que observamos respecto al requisito actuación del Estado como parte. En este sentido, se permite que también entre en el tipo legal cualquier subdivisión política u organismos público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado. El texto del Convenio pretende recoger expresamente que no sólo el Estado Central pueda actuar ante el CIADI. En este sentido, son dos los tipos de órganos públicos a los que se les amplía esta posibilidad de actuación. Por un lado, encontramos las subdivisiones políticas, las cuáles van referidas para aquellos Estados Federados (comunidades autónomas en nuestro caso). En tanto en cuanto puedan existir competencias transferidas a otro ente público distinto del Estado Central, es posible que estas subdivisiones puedan acudir al CIADI. La lógica lleva a pensar que el órgano denunciado ante el mismo deberá ser el que ha tomado la decisión, es decir, el que ostenta una potestad sobre una competencia concreta. Por ello, si ha sido esta subdivisión la que ha ocasionado con su actuación el conflicto será ésta quién participe ante el sistema arbitral del CIADI. Además, esta subdivisión estatal (también los organismos públicos) requiere el consentimiento del Estado, salvo que este último comunique al Centro que no se requiere su aprobación para otorgar consentimiento a esta subdivisión. Por otro lado, el propio Convenio permite ante el sistema arbitral en materia de inversión pueda acudir un organismo público, lo que amplía el abanico de actuación. Organismos públicos son aquellos entes que son distintos del Estado como tal, pero que en todo caso tienen la consideración de públicos, bien por su estructura, financiación etc. Ello no quiere decir que todos los organismos públicos tengan cabida para actuar ante el CIADI, ya que para ello el propio Convenio exige que tales organismos estén acreditados ante el mismo Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Inversión. Pero también huelga decir que esta acreditación no está circunscrita a ningún requisito de forma, sino que serviría una mera comunicación como constancia de tal acreditación¹⁴. Además, según apunta Álvarez Ávila, consejera jurídica del CIADI, estas aprobaciones también podrían realizarse *ad hoc*¹⁵.

3. **Ámbito Objetivo. Ratione materiae.**

Para acceder al procedimiento arbitral del CIADI, además de todo lo comentado hasta el momento, cabe matizar que la materia concreta sometida al

13 Pascual Vives, J. "La competencia del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) para proteger la inversiones extranjeras realizadas por los particulares. .

14 Vid. Claros Alegría, P. "El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)", cit. 237.

15 Álvarez Ávila, G. "Las características del arbitraje CIADI", cit., 9.

arbitraje ha de ser determinada y no puede aludirse a cualquier negocio jurídico. La primera precisión que merecer realizarse es sobre el hecho de que la controversia planteada ante el CIADI debe ser de "naturaleza jurídica". Ello quiere decir que no tienen cabida disputas entre particulares y Estado por asuntos meramente político, financieros etc. Ello no quita que detrás de un problema jurídico puedan siempre surgir trasfondos políticos o de otra índole. Pero lo relevante en este caso es que la naturaleza de la controversia debe ser jurídica (con toda la extensión que abarca el término). Lo que se pretende evitar con ello sería el sometimiento al arbitraje internacional del CIADI de meros y simples conflictos de intereses que deriven de percepciones políticas o morales.

La segunda de las características por razón de materia para la disputa sea objeto del conocimiento ante CIADI es el hecho de que ésta debe de versar sobre un problema suscitado o derivado de una inversión. Por lo tanto, no sirve para someterse al arbitraje del CIADI cualquier problema de naturaleza jurídica, sino que exclusivamente ésta debe provenir o derivar de una inversión. Lo cierto es que el Convenio no define -como sí que hace con otros conceptos- el término inversión, lo cual deja la cuestión bastante abierta, lo que incluso podría suponer que pueda llegar a considerarse como inversión lo que las propias partes consideren¹⁶. Se ha comentado, que la omisión de la explicación del término inversión fue realizada de forma intencionada en aras de dotar una mayor amplitud al término¹⁷. Una inversión debería ser cualquier tipo de aportación económica (dineraria o en otros activos) con el fin de obtener un rédito o rentabilidad (podríamos entender esta no sólo como en dinero sino también en la consecución de otras variables como podría ser la cuota de mercado). Sobre este asunto ha señalado Pascual Vives algunos conceptos que la jurisprudencia del CIADI ha ido delimitando como noción de inversión. Según éste pueden darse el concepto de inversión cuando: a) exista una contribución o aporte económico; b) se realice por un determinado periodo de tiempo; c) plantee ciertos riesgos económicos para el inversor; d) que contribuya efectivamente al desarrollo económico del Estado receptor¹⁸. Como vemos, el propio CIADI ha ido acogiendo lo que serían las notas básicas que definen cualquier inversión, que en esencia vienen a resultar del aporte dinerario durante un periodo de tiempo con mayor o menor riesgo para quien lo acomete. Junto con ello, se ha establecido una nota de internacionalidad basada en la contribución al desarrollo del Estado receptor.

IV. EL MECANISMO COMPLEMENTARIO.

Con posterioridad a la creación del CIADI se planteó la posibilidad de que el sometimiento de disputas a este organismo pudiera venir de Estados que no han

16 Claros Alegría, P. "El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)", cit. 233.

17 Álvarez Ávila, G. "Las características del arbitraje CIADI", cit., 13.

18 Pascual Vives, J. "La competencia del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) para proteger la inversiones extranjeras realizadas por los particulares".

ratificado el Convenio. En este sentido, se realizó una relajación de los estrictos requisitos que han sido comentados precedentemente. El 27 de septiembre de 1978 el Consejo de Administración del CIADI aprobó el mecanismo complementario que viene a posibilitar el sometimiento de controversias al CIADI de algunos –no todos– de los casos que quedaban fuera de este arbitraje. Son tres las posibilidades que pueden tener cabida en este mecanismo complementario:

a) Cuando el Estado parte en la diferencia o el Estado del sujeto privado no sea contratante del Convenio. Parece que no podrían entrar cuando los dos Estados no son parte, pero si cuando al menos uno de ellos lo sea. El todo caso se debería de cumplir con el resto de requisitos.

b) También podría entrar una materia que no surja directamente de una inversión. Aunque ello no quiere decir (no debe suponer) que en el CIADI tengan cabida controversias de origen internacional ordinarias, ya que en caso contrario este arbitraje especial se convertiría en un foro de arbitraje comercial internacional¹⁹.

c) En caso de procedimientos de comprobación de hechos, es decir, cuando no se trate de resolver controversias. Se pretende con ello ampliar la competencia del CIADI para acoger más casos que entren bajo su conocimiento incorporando también situaciones previas a la controversia.

En los apartados a) y b) se requiere en todo caso que al menos uno de los dos Estados sea parte contratante del Convenio. Se trataría de algunos de los requisitos *ratione personae* y *materiae* establecidos en el art. 25 del Convenio CIADI. Por su parte, el apartado c), que supone una especie de esclarecimiento de hechos, no está sujeto a ningún tipo de requisito ni por razón de persona ni por la materia. En todo caso, pueden faltar bajo ningún concepto los requisitos generales de cualquier proceso arbitral, como lo sería el consentimiento, ni tampoco la nota de internacionalidad, pues de otro lado la competencia sería interna. Por último, apuntar que para este mecanismo complementario se proscriben tres anexos con tres reglamentos especiales: uno que regula la comprobación de hechos, otro la conciliación y otro el arbitraje. En esencia se convienen las mismas reglas que para la conciliación y el arbitraje “normal” pero el laudo emitido bajo las reglas del mecanismo complementario no goza del régimen especial de reconocimiento dispuesto en el Convenio. En este sentido, el reconocimiento abría que solventarlo acudiendo a los arts. 53 y 54 del Convenio de Nueva York de 1958²⁰.

19 González de Cossío, F. “México ante el Centro Internacional Para el Arreglo de Diferencias de Inversión. Un comentario”, cit., I I.

20 Claros Alegría, P. “El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)”, cit., 256.

COMENTARIOS
JURISPRUDENCIALES



LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL ABOGADO.COMENTARIO A
LA STEDH 4 ABRIL 2013 (TEDH 2013, 66), CASO REZNIKC. RUSIA

LAWYER'S FREEDOM OF EXPRESSION.COMMENT ON ECHR 4
APRIL 2013 (TEDH 2013, 66),CASE REZNIK C. RUSSIAN

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 340-349



M^a Pilar
MONTES
RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: Aunque los abogados ostentan una posición central en la Administración de Justicia, también tienen derecho a la libertad de expresión y a opinar libremente sobre la Administración de Justicia, en un debate televisivo y respecto de un conflicto de gran interés social.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión, abogado, Administración de Justicia, registro e inspección.

ABSTRACT: While lawyers hold a central position in the Administration of Justice, also they have the right to freedom of expression and comment freely on the Administration of Justice in a televised debate with regard to a conflict of great social interest.

KEY WORDS: Freedom of expression, lawyer, judicial administration, registration and inspection.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares.- II. La Libertad de expresión y sus límites frente a los poderes públicos y al derecho al honor y la reputación de los aludidos.- III. La libertad de expresión del abogado.

SUPUESTO DE HECHO

La STEDH de 4 de abril de 2013 (TEDH 2013, 66), objeto de este comentario, resuelve el litigio planteado por un abogado ruso Genri Markovich Reznik contra la Federación rusa. El demandante era el presidente del Colegio de Abogados de Moscú.

Los antecedentes de hecho son los siguientes: El copropietario de la empresa Yukos, Sr. Khodorkovskiy fue acusado de ciertos delitos, decretándose su prisión provisional y siendo trasladado a un Centro penitenciario para preventivos, dependiente del Ministerio de Justicia ruso. Durante su estancia allí su abogada lo visitó y a la salida, un inspector de la prisión la acusó de llevar documentación no autorizada que le había entregado el acusado. En el informe de control de seguridad firmado por dos funcionarios, el inspector y la abogada, se hizo referencia a que se habían inspeccionado la ropa y pertenencias de la abogada, confiscándole dos documentos de su defendido.

El Ministerio de Justicia solicitó al Colegio de Abogados de Moscú la inhabilitación de la letrada, por contravenir la ley y el código deontológico de la abogacía. El demandante, Presidente del mismo, fue invitado a un programa de entrevistas en la televisión rusa "El País y el Mundo", conjuntamente con el director del Ministerio de Justicia en Moscú. Durante el debate televisivo el demandante criticó el que se hubiera registrado a la abogada y afirmó que no había razón alguna para la inhabilitación. Con posterioridad, el centro de preventivos y los vigilantes demandaron al presidente y al canal televisivo por difamación, al afirmar que habían rebuscado y registrado en la persona de la abogada, para obtener los documentos. En Primera Instancia el Presidente del Colegio de Abogados fue absuelto. Con posterioridad la sentencia fue recurrida en apelación en donde se le condenó al pago de una cantidad simbólica (20 rublos) por daño moral, al entender el Tribunal Municipal de Moscú que sus declaraciones atentaron contra el honor y la dignidad

• **M^a Pilar Montes Rodríguez**

Profesora Titular de Escuela Universitaria de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, en la que se licenció y doctoró. Ha escrito múltiples artículos y participado en Tratados y monografías. Sus líneas de investigación fundamentales han sido la protección de los consumidores en la esfera contractual y el derecho civil valenciano. En 2012 recibió el Premio Savis en Dret otorgado por la cátedra de Derecho foral valenciano por su participación en el libro colectivo "El régimen económico matrimonial de la comunidad Valenciana".

de los funcionarios de prisiones y contra la reputación profesional del centro de preventivos al afirmar que funcionarios varones habían cacheado a la abogada de forma degradante cuando lo que habían realizado eran una inspección. La cadena de televisión fue condenada a emitir una rectificación.

El Presidente del Colegio de Abogados de Moscú interpuso demanda ante el TEDH alegando, por un lado, una restricción de su libertad de expresión reconocida en el art. 10 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas [en adelante CEDH], y por otro, la violación de su derecho a un juicio justo y la ausencia de un recurso efectivo, contenidos en los arts. 6 y 13 CEDH. El TEDH estimó la primera de las pretensiones y desestimó las restantes. El demandante no formuló pretensión alguna de carácter indemnizatorio aunque sí solicitó el abono de los gastos de traducción que le fueron parcialmente reembolsados.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El TEDH estimó la demanda, al entender vulnerada la libertad de expresión del demandante, utilizando los siguientes argumentos:

El demandante es abogado de profesión y presidente del Colegio de Abogados de Moscú. Ciertamente el status especial de los abogados les confiere una posición central en la Administración de Justicia como intermediarios entre ciudadanos y tribunales, y tal posición explica las restricciones habituales en el comportamiento de los miembros del Colegio de Abogados. Sin embargo, tal y como el Tribunal ha subrayado en repetidas ocasiones, los abogados también tienen derecho a la libertad de expresión y a opinar públicamente sobre la Administración de Justicia, siempre y cuando sus críticas no rebasen ciertos límites.

Sus afirmaciones se dirigen a unos telespectadores profanos en la materia y no a un foro legal, por lo que no convence al Tribunal el argumento del Gobierno según el cual el demandante, por su formación jurídica y condición de autoridad, debería haber sido especialmente meticuloso en la elección de sus palabras. La palabra “registro” es de uso común y se admite en el lenguaje cotidiano para describir adecuadamente la esencia del procedimiento al que fue sometida la señora A. En tales circunstancias, no se podía responsabilizar al demandante de la elección de sus palabras con el nivel de precisión que cabría esperar de él al pronunciar un discurso ante un tribunal o presentar un escrito de alegaciones.

Además el formato del debate entre el demandante y un funcionario del Estado fue diseñado para propiciar el intercambio de puntos de vista e incluso la discusión, de tal manera que se contrarrestarían las opiniones expresadas y el debate mantendría la atención de los espectadores. El presentador formuló preguntas a

los entrevistados, algunas de las cuales hacían alusión a la tensión existente en las relaciones entre el Ministerio de Justicia y el Colegio de Abogados de Moscú. Como el debate se transmitía en directo, el demandante no podía reformular o puntualizar sus palabras antes de que se hicieran públicas. Además, el otro participante en el debate era un representante del Ministerio de Justicia. Dado que se le concedió la palabra después del demandante (apartado 14 supra), podía disipar cualquier sospecha que considerara falsa y presentar su propia versión de los hechos y, sin embargo, optó por no hacerlo [compárese con la STEDH (Sección 1ª) 4 diciembre 2003, caso Gündüc c. Turquía, (TEDH 2003, 81)].

En cuanto a la sanción impuesta al demandante, el Tribunal recuerda el “efecto disuasorio” que el temor a una sanción tiene en el ejercicio de la libertad de expresión. Este efecto, que va en detrimento del conjunto de la sociedad, es también un factor que afecta a la proporcionalidad y, por tanto, a la justificación de las sanciones impuestas al demandante, quien, tal y como ha declarado el Tribunal, tenía derecho a dar a conocer al público el asunto en cuestión. Aunque la multa de 20 rublos rusos es insignificante en términos económicos, la apertura de un juicio por difamación contra el presidente del Colegio de Abogados de Moscú en este contexto podía crear un “efecto disuasorio” en su libertad de expresión. En cualquier caso, la sanción no se justificaba a la luz de los factores mencionados anteriormente [véase STEDH (Gran Sala) 7 febrero 2012, caso Axel Springer AG c. Alemania (JUR 2012, 46200)].

El Tribunal recuerda que, para que una injerencia en el derecho a la libertad de expresión sea proporcional al fin legítimo perseguido de proteger la reputación ajena, se requiere la existencia de un vínculo objetivo entre la declaración impugnada y el actor de la querrela por difamación. Las meras conjeturas personales o la percepción subjetiva de que una publicación es difamatoria no son suficientes para acreditar que una persona se ha visto afectada directamente por la publicación. Debe haber algo en las circunstancias concretas de una causa que haga que cualquier lector crea que la afirmación desprestigia directamente al litigante o que éste es objeto de las críticas. Estos principios también se aplican en el ámbito de la televisión y la radiodifusión [véase STEDH (Sección 1ª) 23 octubre 2008, caso Godlevskiy c. Rusia (JUR 2008, 327215)].

En el caso de autos, es un hecho indiscutible que ni los actores individuales, dos vigilantes de prisiones, ni la entidad jurídica litigante, un centro de preventivos de Moscú, fueron nombrados en la intervención del demandante. El debate fue transmitido en directo y el demandante no podía conocer las imágenes que el redactor había elegido para introducir el debate. El argumento del Gobierno de que se habían divulgado los nombres de los señores B. y F. no se sustenta en ningún material escrito o visual de medios de comunicación, mientras que el demandante presenta una selección de artículos de prensa, en los cuales se refieren a ellos como

“funcionarios de prisiones”, sin facilitar su nombre o rango. En cualquier caso, el alcance de la responsabilidad del demandante en la difamación no debe ir más allá de sus propias palabras y no se le puede responsabilizar de las afirmaciones o acusaciones hechas por otros, ya sea un redactor de televisión o un periodista. Pero el hecho es que no había nada en las declaraciones del demandante que permitiera identificar a los demandantes, a los que describía de forma impersonal como “hombres”, sin mencionar sus nombres o empresa. En tales circunstancias, el Tribunal considera que las autoridades internas no adujeron motivos suficientes para establecer un vínculo objetivo entre las declaraciones en cuestión y los actores en la demanda por difamación.

En definitiva, el Tribunal considera que el demandante tenía derecho a expresar su opinión públicamente sobre una cuestión de interés general, y que existía una base fáctica para sus declaraciones.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

La libertad de expresión, al igual que la libertad de información, es un instrumento imprescindible en toda sociedad democrática. La posibilidad de expresar libremente opiniones, juicios de valor, críticas frente a los poderes públicos supone un auténtico test de eficacia del correcto funcionamiento de cualquier sistema democrático. Pero su uso ha de ser respetuoso con los derechos de los sujetos aludidos, en la medida en que son también intereses jurídicamente protegibles.

En el caso resuelto por la Sentencia aquí comentada nos encontramos ante un conflicto de gran repercusión mediática por las opiniones emitidas por un abogado, a la sazón Presidente del Colegio de Abogados de Moscú, en un programa televisivo y en relación con la conducta de unos funcionarios de un centro de preventivos frente a la abogada de un famoso empresario, el Sr. Khodorkovskiy, presidente de Yukos. Precisamente este magnate presentó una demanda previa ante el mismo Tribunal que fue objeto de la STEDH (Sección Primera) 31 mayo 2011, caso Khodorkovskiy c. Rusia (JUR 2011, 183669) y en la que se condenó al Estado ruso al pago de 10.000 euros. Véase a este respecto Pascual Vives, FJ. “TEDH-Sentencia de 31.05.2011, Khodorkovsky c. Rusia, 5829/04- artículos 3, 5 y 18 del CEDH- Prohibición de la tortura y las penas y tratos inhumanos o degradantes- Derecho a la libertad y seguridad-limitación de las restricciones y Derechos. Desafíos derivados de la multiplicación de órganos jurisdiccionales en el Derecho internacional”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (nº 40). 853-870.

II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SUS LÍMITES FRENTE A LOS PODERES PÚBLICOS Y EL DERECHO AL HONOR Y LA REPUTACIÓN DE LOS ALUDIDOS.

La libertad de expresión no constituye un derecho ilimitado sino que su ejercicio legítimo aparece delimitado por la concurrencia de otros derechos o intereses jurídicamente protegibles.

Así el art. 10 del Convenio europeo de Derechos Humanos dispone: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades pública y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

Los límites para el ejercicio lícito, y sujeto por tanto, a deberes y responsabilidades, de la libertad de expresión, son, de acuerdo con el mencionado precepto, de dos tipos. Por un lado encontramos límites que tienden a defender intereses públicos: la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, mediante la defensa del orden o la prevención del delito así como garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial.

Por otro lado encontramos otros límites que derivan de la protección de otros derechos o intereses privados, como la protección de la salud, la moral, el honor o la reputación o el secreto de las comunicaciones y su confidencialidad.

En el art. 10 CEDH no se alude expresamente al honor aunque sí a la protección de la reputación de los sujetos aludidos. Sí hace mención expresa del mismo el art. 20. 4 CE en el que se indica que las libertades en el contenidas (de expresión, de creación artística o científica, de información y de cátedra) tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que los desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen y en la protección de la juventud y de la infancia.

De igual manera la Constitución de la Federación rusa garantiza en su art. 29 la libertad de pensamiento y de expresión, junto con la libertad de los medios de comunicación pero el art. 152 de su Código Civil establece que toda persona podrá solicitar a un tribunal la rectificación de las declaraciones atentatorias contra su honor, dignidad o reputación profesional si la persona que vierte tales declaraciones no acredita su veracidad. La persona agraviada también podrá exigir una indemnización por las pérdidas y el daño moral sufridos como consecuencia de la difusión de dichas declaraciones.

En ejercicio de estas acciones los funcionarios que realizaron el registro a la abogada plantean una demanda de difamación por entender que la alusión a que habían rebuscado en el cuerpo de la abogada y efectuado un registro era falsa y afectaba a su reputación y a la del centro de preventivos. La sentencia de primera instancia desestima la demanda por entender que el Presidente del colegio de Abogados no realizó afirmaciones ofensivas ni atentatorias contra el honor de los demandantes ni los mencionó expresamente en la entrevista, aunque con anterioridad a la misma se emitiera un reportaje con imágenes del centro. Por el contrario la sentencia de apelación sí entendió que la emisión de las imágenes previas conjuntamente con las afirmaciones del Sr. Reznik Socavaban la reputación del centro de preventivos.

La STEDH intenta ponderar los intereses en conflicto a la luz del art. 10 y de la repercusión mediática que tuvo el conflicto en la sociedad rusa, y que a su juicio no estuvo presente en las consideraciones del tribunal de apelación. Además entiende que las afirmaciones del demandante de que la conducta de los funcionarios hombres, al rebuscar en la ropa de la abogada para obtener los documentos que portaba de su cliente, no se ajustaba a Derecho, eran ciertas de acuerdo con los hechos probados y con la legislación rusa. Y considera irrelevantes las diferencias jurídicas entre las expresiones registro e inspección dado que se producen en un debate televisivo contemplado por profanos en la materia. Por todo lo cual entiende, a nuestro juicio de manera muy acertada, que se vulneró su libertad de expresión.

III. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL ABOGADO.

El demandante Sr. Reznik es abogado, y además Presidente del Colegio de Abogados ruso. Cabe pues plantearse si tal circunstancia afecta en algo al ejercicio de su libertad de expresión.

El Gobierno de Rusia entiende que su condición de abogado y de Presidente del Colegio de Abogados de Moscú, exige del demandante una mayor precisión en la utilización de la terminología (diferencias entre registro e inspección) y además entiende que sus afirmaciones generaban confianza en los telespectadores: "Es significativo, en su opinión, que participara en el programa de entrevistas en calidad

de Presidente del Colegio de Abogados de Moscú. La audiencia lo vio como una persona bien informada, competente para valorar presuntas violaciones de los derechos de los abogados y tomar las medidas adecuadas. Teniendo en cuenta que 'el público ruso mira tradicionalmente con desconfianza a las autoridades y sus representantes', la audiencia sería más proclive a creer en las palabras de un reputado abogado que en las del jefe en funciones de un departamento del Ministerio de Justicia. No se consideraba al demandante responsable de sus declaraciones como en el caso de un periodista, ya que se le veía como un funcionario que difundía información contrastada."

El Tribunal parte de estas consideraciones al considerar que el abogado ostenta un status que le confiere una posición central en la Administración de Justicia, lo que lo somete a restricciones aunque entiende que los abogados también tienen derecho a la libertad de expresión y a opinar libremente sobre la Administración de Justicia siempre que cuando sus críticas no rebasen ciertos límites que en este caso no concurren.

De lo descrito parece desprenderse que la condición de abogado no produce un aumento en la libertad de expresión del abogado sino incluso puede suponer una reducción, una restricción en relación con la de un particular, al exigírsele una mayor precisión en las opiniones vertidas. Esta mayor exigencia parece fundarse en la confianza que en los ciudadanos genera la figura del abogado.

Estas mayores restricciones a la libertad de expresión del abogado resultan, a nuestro juicio paradójicas, por cuanto en nuestro derecho interno la libertad de expresión del abogado es más amplia que la de los ciudadanos en general. En efecto, nuestra Constitución ampara y protege el ejercicio de la profesión de abogado dentro del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en su art. 24, 1, reconociéndose en el apartado 2, el derecho a defensa y asistencia de letrado. Algo que también reconoce el CEDH en el art. 6 dedicado al derecho a un proceso equitativo, en su apartado 3 c): todo acusado tiene derecho a defenderse a sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan.

Pues bien, esta conexión entre la libertad de expresión que el abogado, como ciudadano, tiene con el derecho a la defensa y el adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales (art. 117 CE) ha producido en nuestro derecho que esta libertad goce de una mayor amplitud y resistencia. Así se han pronunciado tanto el Tribunal Constitucional español, entre otras en SSTC 157/1996, de 15 de octubre (RTC 1996, 157), STC 235/2002, de 9 de diciembre (RTC 2002, 235), o STC 22/2005, de 1 de febrero (RTC 2005, 22), como el Tribunal Supremo en la STS 377/2011, de 31 de mayo (RJ 2011, 4003), al entender que ello permite al

abogado una mayor contundencia o beligerancia en las afirmaciones, especialmente si se dirigen contra una resolución judicial y no contra el juez o las otras partes en conflicto.

Tal libertad de expresión ampliada queda, no obstante, limitada por el respeto debido a los órganos judiciales o por la protección al honor de sus titulares o de las otras partes. Por ello quedan fuera del ejercicio legítimo de la misma las afirmaciones realizadas con intención de menosprecio o degradación [STC 226/2001, de 26 de noviembre (RTC 2001, 226)] y las que sean insultantes o vejatorias [STC 79/2002, de 8 de abril (RTC 2002, 79)].

Cierto es que, en el caso que analizamos el abogado no actúa en cuanto a tal en el ejercicio del derecho de defensa, aunque lo haga como Presidente del Colegio de Abogados y para defender a uno de sus colegiados. Además sus afirmaciones no se producen en el transcurso de un proceso sino que encuadran en el marco de un debate televisivo.

DISCURSO SATÍRICO Y DERECHO AL HONOR. COMENTARIO A
LA STEDH DE 14 DE MARZO DE 2013 (TEDH 2013, 31),
CASO EON C. FRANCIA.

SATIRICAL SPEECH AND RIGHT TO HONOR.COMMENT ON
ECHR 14 MARCH 2013 (TEDH 2013, 31). CASE OF EON V. FRANCE.

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 350-365



José Ramón
DEVERDA Y
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de diciembre de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: La sátira es una forma de expresión artística y comentario social que exagerando y distorsionando la realidad, pretende provocar y agitar. Por lo tanto, es necesario examinar con especial atención cualquier injerencia en el derecho de un artista -o de cualquier otra persona- a expresarse por este medio.

PALABRAS CLAVE: Sátira, honor, libertad de expresión, creación artística.

ABSTRACT: Satire is a form of artistic expression and social commentary exaggerating and distorting reality, intended to provoke and stir. Therefore, it is necessary to examine with special attention any interference in the right of an artist-or anyone else-to express themselves in this way.

KEY WORDS: Satire, honor, freedom of expression, artistic creation.

SUMARIO: I. El derecho al honor como límite de ejercicio de la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.- II. La sátira como instrumento de ejercicio de la libertad de expresión.- 1. El mayor grado de tolerancia hacia los comentarios de carácter satírico.- 2. La persistencia del límite del uso de expresiones inequívocamente injuriosas o manifiestamente vejatorias.- 3. La distinción entre expresiones injuriosas y vulgares.- III. La sátira como instrumento de ejercicio de la libertad de creación artística.- 1. La libertad de creación artística, en particular, en su modalidad artística, como derecho autónomo respecto de la libertad de expresión.- A) La posición de los textos internacionales sobre la materia.- B) La posición de la jurisprudencia constitucional española.- 2. La falta de exigencia de que la sátira verse sobre un asunto de interés público.- 3. El respeto a la dignidad de la persona como límite infranqueable del ejercicio del derecho a la creación literaria.

SUPUESTO DE HECHO

La sentencia comentada tiene un origen curioso. Un militante socialista, antiguo cargo electo, aprovechando la visita del entonces Presidente de la República francesa, Nicolás Sarkozy, blandió a su paso un pequeño escrito en el que se leía la siguiente frase: “piérdete, gilipollas” (cassetoipov’con)”.

Dicha frase había sido dirigida, meses antes, por el propio Sarkozy a un agricultor, el cual se había negado a estrecharle la mano, y había alcanzado gran popularidad, al haber sido filmada la escena en un vídeo difundido por internet.

El autor del escrito fue condenado por los Tribunales franceses por un delito de ofensa al Presidente de la República al pago de una multa de 30 euros, con suspensión de la ejecución de la sanción, debiéndose pagar la pena, exclusivamente, en el caso de reincidencia.

El condenado acudió al TEDH, alegando que dicha condena penal había supuesto una intromisión ilegítima en su derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 10.2 CEDH, alegación que fue compartida por el Tribunal de Estrasburgo, que estimó su recurso.

• José Ramón de Verda y Beamonte

Es Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, en la que se graduó, obteniendo el Premio Extraordinario de Licenciatura. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia y de Valencia, encontrándose en posesión del Premio Extraordinario de Doctorado de esta última. Ha escrito múltiples artículos y monografías. Ha centrado sus líneas de investigación en la persona, la familia y el contrato, materias en las que ha impartido conferencias en Universidades europeas y americanas. Ha coordinado diversas obras colectivas, como, por ejemplo, “Comentarios a las Reformas de Familia de 2005”, Thomson-Aranzadi, 2006; “Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica de 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar a la propia imagen”, Thomson-Aranzadi, 2006; “El derecho a la propia imagen desde todos los puntos de vista”, Thomson-Aranzadi, 2011; o “Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares”, Thomson-Aranzadi, 2012.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El TEDH recuerda que los límites de la libertad de expresión son más amplios para un político, que para un particular, porque el primero se expone inevitablemente y conscientemente a un control de sus acciones, tanto por parte de los periodistas como por los ciudadanos en general. Por lo tanto, debe mostrar una mayor tolerancia hacia las críticas.

Recuerda, así mismo, que según su propia doctrina la sátira es una forma de expresión artística y comentario social, que, exagerando y distorsionando la realidad, pretende provocar y agitar. Por lo tanto, es necesario examinar con especial atención cualquier injerencia en el derecho de un artista -o de cualquier otra persona- a expresarse por este medio.

Considera que el castigo penal de comportamientos como el del recurrente, probablemente, tendrá un efecto disuasorio sobre eventuales sátiras relativas a personas con proyección social, las cuales pueden jugar un papel muy importante en el libre debate de cuestiones de interés general, sin el cual no puede existir una sociedad democrática.

I. EL DERECHO AL HONOR COMO LÍMITE DE EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

A diferencia de lo que sucede en el art. 18.1 CE, en el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, no existe un reconocimiento expreso del derecho al honor o a la reputación, si bien el art. 10.2 CEDH, establece como límite de las libertades de expresión y de información “la protección de la reputación o de los derechos ajenos”.

Además, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo incluye la tutela de dicho derecho en el ámbito de aplicación del art. 8 CEDH, como parte integrante del derecho al respeto a la vida privada. En este sentido, pueden verse, entre otras muchas, STEDH 21 septiembre 2010 (TEDU 2004, 95) o STEDH 10 octubre 2013 (JUR 2013, 313949).

La sentencia comentada, con apoyo en el art. 10.2 CEDH, observa que las restricciones en el derecho a la libertad de expresión sólo son lícitas, cuando concurren los siguientes requisitos: 1º) estar previstas en la ley (requisito, que aquí no plantea ningún problema, ya que el delito de ofensas al Presidente de la República está tipificado por la legislación penal francesa); 2º) tener una finalidad legítima (en este caso, la protección de la reputación ajena); y 3º) resultar “medidas necesarias en una sociedad democrática”.

Este último de los requisitos suele ser la piedra angular de los procesos; y sobre él existe una consolidada doctrina jurisprudencial, expresada entre otras, en STEDH (Pleno) 26 noviembre 1991 (TEDH 1991, 50), STEDH (Gran Sala) 10 diciembre 2007 (JUR 2008, 2646), STEDH (Gran Sala) 13 julio 2012 (JUR 2012, 236532), y STEDH (Gran Sala) 22 abril 2013 (JUR 2013, 124887).

Conforme a dicha doctrina, de la que se hace eco la sentencia comentada, el adjetivo “necesario”, utilizado en el art. 10.2 CEDH, debe ser entendido en el sentido de que ha de existir una “necesidad social imperiosa” y que, aunque los Estados tienen un cierto grado de apreciación, sin embargo, el TEDH puede supervisar, no sólo si el mismo se ha ejercitado “de manera razonable, cuidadosa y de buena fe”, sino también si la restricción, en atención a las circunstancias del caso concreto, “resulta proporcionada para alcanzar la finalidad perseguida y si las razones aducidas por autoridades nacionales para conseguirlas resultan relevantes y suficientes”.

A efectos de valorar la proporcionalidad se pondera como circunstancia de especial trascendencia el carácter público o privado de la persona que puede verse afectada por el ejercicio de la libertad de expresión, partiendo siempre de la idea de que dicha libertad “constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, así como una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo individual”. En este sentido se pronuncian, entre otras muchas, STEDH 26 noviembre 1991 (TEDH 1991, 51) y STEDH 29 marzo 2001 (TEDH 2001, 240).

En cualquier caso, es clara la afirmación de que “los límites de lo que constituye una crítica admisible son más amplios cuando ésta se dirige contra un político, en calidad de tal, que cuando la crítica se dirige contra un individuo ordinario: a diferencia del segundo, el primero está expuesto inevitable y conscientemente a una observación minuciosa de sus actividades, tanto por parte de los periodistas como por parte de los ciudadanos en general; en consecuencia, debe mostrarse más tolerante a este respecto”. Véase, por ejemplo, a este respecto, entre otras, STEDH 3 marzo 2009 (TEDH 2009, 30), STEDH 12 abril 2011 (TEDH 2011, 36) y STEDH 19 junio 2012 (TEDH 2012, 58).

La sentencia comentada aplica esta doctrina, observando que el recurrente “trató de expresar públicamente una crítica de naturaleza política al jefe de Estado”. Afirma que el tribunal sentenciador “indicó que él era un activista, ex electo, y que acababa de mantener una lucha activa en apoyo a una familia turca, en situación irregular en el país. Afirmó que se había saldado con la devolución de la familia a la frontera pocos días antes de la llegada del jefe de Estado” a la localidad donde sucedieron los hechos; y que “estableció un vínculo entre su compromiso político y la naturaleza de los comentarios empleados”.

Pero lo que aquí nos interesa es la importancia que el TEDH concede al carácter satírico del comentario, a los efectos de resolver el conflicto en favor de la libertad de expresión.

II. LA SÁTIRA COMO INSTRUMENTO DE EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

La sentencia comentada recalca que el recurrente decidió expresar sus críticas de una forma impertinente satírica “al retomar a su cuenta una fórmula ruda, empleada por el Presidente de la República, ampliamente difundida por los medios de comunicación posteriormente retomada y comentada por una gran audiencia en forma frecuentemente humorística”.

Afirma que el TEDH “ha señalado repetidamente que la sátira es una forma de expresión artística y comentario social que exagerando y distorsionando la realidad, pretende provocar y agitar. Por lo tanto, es necesario examinar con especial atención cualquier injerencia en el derecho de un artista -o de cualquier otra persona- a expresarse por este medio”.

Considera que castigar penalmente comportamientos como el del recurrente “en este caso es probable que tenga un efecto disuasorio sobre las intervenciones satíricas relativas a personalidades sociales que también puede jugar un papel muy importante en el libre debate de cuestiones de interés general sin el cual no existe una sociedad democrática”. Concluye, así, que “el recurso a una sanción penal por parte de las autoridades competentes fue desproporcionado con respecto al objetivo perseguido y no era necesario en una sociedad democrática”.

No se está aquí sentando una nueva doctrina, pues existían pronunciamientos anteriores en semejantes términos.

La STEDH 20 octubre 2009 (JUR 2009, 423195) había llamado la atención, claramente, sobre la necesidad de que el carácter satírico de los comentarios enjuiciados fueran tenidos en cuenta, en orden a juzgar la ilicitud de una intromisión en el derecho al honor.

Una persona había aprovechado un desfile de carnavales para pasearse por su localidad con una camioneta, en la que llevaba un muñeco de escayola, que representaba al alcalde de la misma y un cartel que daba a entender que el político habría cometido irregularidades financieras; todo ello, acompañado de un mensaje sonoro, en tono muy irónico y corrosivo, crítico con el gobierno municipal, por lo que fue condenado, por difamación, a pagar una multa de 1.400 euros.

El Tribunal de Estrasburgo estimó que dicha condena vulneraba el art. 10.2 CEDH, observando que se estaba ante una sátira y que el alcalde, al ser un hombre político, debía haberse mostrado más tolerante respecto de la crítica, máxime, cuando la misma se había hecho en forma de sátira, y, porque, dado el contexto festivo en que se había realizado, difícilmente, las acusaciones del condenado podían haber sido tomadas en sentido literal.

I. El mayor grado de tolerancia hacia los comentarios de carácter satírico.

La tesis expuesta por la sentencia comentada debe compartirse: en la labor de ponderación de los derechos en conflicto el intérprete ha de tener en cuenta la especial consideración que merece la sátira como legítimo medio para llevar a cabo una crítica política, al igual que acontece con la caricatura de los personajes públicos, cuya utilización conforme a los usos sociales es lícita, según prevé el art. 8.II.c) LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La sátira supone un tipo de discurso crítico, caracterizado por la exageración, en la que, de modo burlesco, se deforma la realidad, suscitándose la sonrisa del público. Esta exageración de la realidad hace que lo que se narra no sea percibido como totalmente exacto por el receptor del mensaje. Por otro lado, el tono irónico crea un contexto que justifica el uso de expresiones alejadas de los habituales parámetros de corrección, las cuales han de enjuiciarse con mayor grado de tolerancia.

Tal planteamiento ha sido asumido por la jurisprudencia del TS, según la cual “el tratamiento humorístico o sarcástico de los acontecimientos que interesan a la sociedad constituye una forma de comunicación y crítica de los mismos que está ligada al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, como forma de comunicación de ideas u opiniones, e incluso a la libertad de información, en la medida en que el tratamiento humorístico puede constituir una forma de transmitir el conocimiento de determinados acontecimientos llamando la atención sobre los aspectos susceptibles de ser destacados mediante la ironía, el sarcasmo o la burla”. En este sentido se pronuncian las SSTS 29 diciembre 2010 (RJ 2011, 1787), 30 noviembre 2011 (RJ 2011, 1642) y 17 diciembre 2013 (RJ 2013, 7887).

La STS 30 noviembre 2011 (RJ 2011, 1642) no consideró injuriosas las frases contenidas en un reportaje publicado en una revista sensacionalista, en el que, comentándose la cuantía de la pensión compensatoria, a la que había sido condenada una persona con proyección social en un proceso matrimonial, se afirma: “A Julián le ha salido rentable no coger una escoba en su vida. De no dar un palo al agua el anciano hizo su oficio del que ha sacado algo de provecho”. Ello hacía referencia al hecho de que para desestimarse el incremento de la cuantía de la pensión solicitada por la exmujer, se había tenido en cuenta que aquél no tuviera

habilidades domésticas para las tareas básicas del hogar por lo que precisaba ayuda externa para estos menesteres.

Considera que “la periodista ofrece su opinión con un tono sarcástico e irónico de la sentencia dictada a propósito de la separación del recurrente y de la determinación de la cuantía de la pensión compensatoria para su exmujer” [...] De la lectura del artículo no se desprende que la periodista dijera que el recurrente era un vago que no había trabajado en su vida como argumenta el recurrente en el único motivo de su recurso de casación, pues la expresión no dar un palo al agua, en el contexto en que se produce significa que el recurrente no colaboraba en las tareas del hogar y por eso la periodista afirmó que no había cogido una escoba en su vida”.

La STS 17 diciembre 2013(RJ 2013, 7887) entendió igualmente lícitos los comentarios satíricos sobre la falta de apetencia sexual de una actriz (“Ofelia”) contenidos en un reportaje de una revista, haciéndose eco de una entrevista, que ella misma había concedido a una publicación alemana, con motivo de la presentación de una película con escenas eróticas.

En dicho reportaje, en esencia, se reproducía una frase de la actriz, en la que afirmaba que, a veces, le apetecía “muy poco tener sexo”. A dicha frase se le añadían apostillas burlescas, como, por ejemplo: “con el pibón que tiene al lado y dice que ¡No le apetece demasiado el sexo!”; “¿Qué opinará Ceferino de semejante frasecita?”; “Pero sí, incluso nuestra Ofelia pasa sus rachas de inapetencia”.

El TS observa que la autora del reportaje “no inventa las declaraciones sino que se limita a apostillarlas sin alterarlas, introduciendo meros comentarios que no llegan a ser atentatorios al honor [...] pues se desenvuelven en un mero marco satírico”.

2. La persistencia del límite del uso de expresiones inequívocamente injuriosas o manifiestamente vejatorias.

No obstante lo dicho, el carácter satírico de los comentarios no es una especie de patente de corso, que justifique cualquier tipo de intromisión en los bienes de la personalidad ajena. Una cosa es conceder mayor margen de libertad para la crítica realizada en el marco de un tono jocoso o burlón y otra, muy distinta, que el personaje público objeto de la sátira haya de soportar cualquier tipo de intromisión, porque toda persona, sea pública o privada, tiene derecho a un ámbito de respeto y estimación social, que constituye un núcleo irreductible necesario para garantizar su dignidad como ser humano. Por lo tanto, puede reaccionar jurídicamente contra aquellos comentarios, que, al socaire de un presunto ejercicio de la libertad de expresión, sean absolutamente injuriosos, manifiestamente vejatorios o no tengan relación alguna con la opinión o juicio de valor que se emite.

En la jurisprudencia italiana la Sentencia de la Corte de Casación (Penal), de 20 de octubre de 1998 (Dir. informatica, 1999, 369), ha hablado de la existencia de un derecho de sátira no sujeto a los esquemas racionales de la verificación crítica y a los habituales parámetros de corrección de la expresión, pero que, al igual que cualquier otra manifestación de la libertad de pensamiento, no puede superar el límite de los valores fundamentales de la persona.

Más recientemente, la Sentencia de la Corte de Casación de 8 de noviembre de 2007 (DeJure on-line), afirma que la sátira constituye una modalidad corrosiva e implacable de crítica, sustrayéndose, a diferencia de la información, al parámetro de la verdad, en la medida en que mediante la paradoja y la metáfora surrealista expresa un juicio irónico sobre un hecho, pero queda sujeta al límite de la continencia y de la funcionalidad de las expresiones respecto de la finalidad de denuncia social o política perseguida, siendo ilegítima la utilización de aquéllas que supongan una agresión gratuita y destructiva del honor de una persona.

3. La distinción entre expresiones injuriosas y vulgares.

En cualquier caso, hay que distinguir entre el insulto, propiamente dicho, y las expresiones de mal gusto o carácter hiriente, propias de la sátira.

Tal y como reiteradamente ha declarado el Tribunal de Estrasburgo, “La libertad de expresión [...] uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las primordiales condiciones de su progreso y de la plenitud de cada individuo [...] no sólo sirve para las ‘informaciones’ e ‘ideas’ bien acogidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para las que ofenden, chocan o inquietan: así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto sin los que no habría ‘sociedad democrática’”. Véase, entre otras, STEDH 27 febrero 2001 (TEDH 2001, 97), STEDH 27 noviembre 2012 (TEDH 2012, 108) y STEDH 10 enero 2013 (TEDH 2013, 7).

Es ilustrativa la STEDH 27 noviembre 2012 (TEDH 2012, 108), en la que se analiza la licitud de la crítica, realizada a un reconocido jurista en el contexto de la reforma del Código Penal turco, siendo el título de uno de los artículos periodísticos cuestionados “Profesor obsesionado”.

El Tribunal de Estrasburgo afirma que “el lenguaje ofensivo puede quedar fuera de la protección de la libertad de expresión si supone una denigración gratuita, por ejemplo, cuando el único propósito de la declaración ofensiva es insultar [...] Sin embargo, el uso de frases vulgares en sí mismo no es determinante en la valoración de una expresión ofensiva, como bien puede servir con fines meramente estilísticos [...] el estilo constituye parte de la comunicación como una forma de expresión y como tal está protegida junto con el contenido de la expresión”.

III. LA SÁTIRA COMO INSTRUMENTO DE EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA.

La sentencia comentada se refiere a la sátira como “una forma de expresión artística”, afirmando “el derecho de un artista -o de cualquier otra persona- a expresarse por este medio”.

En este caso, el autor de la sátira no era un artista, pero cabe reflexionar sobre si esta circunstancia puede introducir alguna variación en la ponderación de los derechos en conflicto.

Así parece deducirse de la discutible STEDH 25 enero 2007 (JUR 2007, 30037), la cual consideró contraria a la libertad de expresión la sentencia recurrida, que había prohibido a una asociación exponer un cuadro y había establecido una indemnización a favor del demandante, por considerar que la exhibición de aquél había vulnerado su derecho al honor.

El cuadro había sido expuesto en una muestra, dedicada a “El siglo de la libertad artística”, consistiendo en un collage en el que se representaban un conjunto de personajes públicos, practicando actividades sexuales: sus cabezas eran fotos reales y el resto de sus cuerpos desnudos habían sido pintados. Concretamente, el demandante, antiguo presidente del Partido Liberal austriaco, aparecía eyaculando y sosteniendo el pene del controvertido político Jörg Haider; mientras éste, a su vez, eyaculaba sobre el rostro de la Madre Teresa de Calcuta, pintada con los pechos desnudos.

El TEDH consideró que la injerencia en la libertad de expresión del artista había sido excesiva, asimilando el cuadro a una caricatura, por estar pintados los cuerpos con rasgos irreales y exagerados, siendo el demandante una persona pública, que aparecía representado entre otras treinta y tres más; y, además, porque un visitante de la exposición había cubierto su cuerpo y parte de su rostro con pintura roja, lo que, unido al hecho de que sus ojos aparecían inicialmente velados por un trazo negro, lo hacían difícilmente reconocible.

El Juez Loucaides mostró su opinión discrepante, afirmando que, según él, el cuadro no podía ser calificado como satírico o artístico, porque mostraba un conjunto de personalidades, sin relación entre sí, representadas de manera vulgar y grotesca en imágenes desprovistas de sentido y gusto, mostrando penes en erección y eyaculación y cuerpos desnudos, adoptando posiciones sexuales repugnantes, algunas asociadas con la violencia. Concluye, diciendo que, de la misma manera en que no se admite el insulto respecto del ejercicio de la libertad de expresión, debe excluirse del ámbito de aplicación de la legítima expresión de los artistas aquellas imágenes que sean insultantes y atenten contra la reputación y dignidad ajena.

Los Jueces Spielmann y Jebens expresaron también su opinión discrepante, excluyendo que el cuadro estuviera protegido por el art. 10 CEDH, diciendo que no se puede ser “excesivamente excesivo”, considerando que había existido un atentado contra la dignidad del demandante, el cual había percibido que su imagen había sido usada de una manera profundamente humillante y degradante.

Personalmente, me encuentro más cerca de las opiniones discrepantes, que del resultado al que llegó el fallo. Pienso que la valoración de la sátira, en alguna medida, ha de ser diversa, según que, a través de ella, se ejercite la libertad de expresión o la libertad de creación artística, pero el respeto a la dignidad de la persona y a los derechos que le son inherentes debe ser siempre un límite infranqueable para la crítica.

I. La libertad de creación artística, en particular, en su modalidad artística, como derecho autónomo respecto de la libertad de expresión.

Ante todo, cabe reflexionar sobre la posibilidad de considerar el derecho a la libertad de creación artística como un derecho específico, en particular, en su modalidad literaria (particularmente interesante, respecto a la sátira).

A) La posición de los textos internacionales sobre la materia.

Los textos internacionales en materia de derechos humanos no suelen reconocer la autonomía del derecho a la creación artística respecto del derecho a la libertad de expresión.

El art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos no hace ninguna referencia explícita a este derecho, considerándose, sin embargo, que está protegido por dicho precepto, que declara el derecho a la libertad de expresión. El art. 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se refiere, explícitamente, a la expresión artística como una modalidad de la libertad de expresión, protegida por el precepto.

Tampoco la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reconoce, como tal, un derecho a la libertad de creación artística, aunque el Tribunal de Estrasburgo ha considerado que dicho derecho puede entenderse protegido por el art. 10 de la misma, que tutela la libertad de expresión, otorgándose, según se ha visto, una protección reforzada (a veces, excesiva).

En tal sentido se pronuncia la STEDH 24 mayo 1988 (TEDH 1988, 8), la cual afirma que, aunque el precepto no la mencione explícitamente, la libertad de creación artística entra en su ámbito de aplicación, porque la norma tutela la libertad de

recibir y comunicar informaciones e ideas que permitan participar en el intercambio público de informaciones y de ideas culturales, políticas y sociales, cualquiera que sea su fuente. La ya citada STEDH 25 enero 2007 (JUR 2007, 30037) dice, igualmente, que quienes crean, interpretan, difunden o exponen una obra de arte, contribuyen al intercambio de ideas y opiniones, indispensable en una sociedad democrática.

En cualquier caso la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sí sanciona, expresamente, en su art. 13, la libertad de las artes y de la investigación científica, lo que supone su reconocimiento como un derecho fundamental específico, distinto de la libertad de expresión, protegido en el art. 11 de la misma Carta.

B) La posición de la jurisprudencia constitucional española.

La Constitución española, al igual que la alemana (art. 5.3 GG) atribuye a la libertad de creación artística, en particular, en su modalidad literaria, el rango de derecho fundamental autónomo respecto de la libertad de expresión.

El art. 20.1.b) CE reconoce, en efecto, explícitamente el derecho a la producción y creación literaria, cuya autonomía es claramente constatada por la STC 51/2008, de 14 de abril (RTC 2008, 51), la cual afirma que “el objetivo principal de este derecho es proteger la libertad del propio proceso creativo literario, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares”; y añade: “Como en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica”.

Respecto de su contenido, el TC precisa que “la creación literaria, al igual que la artística, tiene una proyección externa derivada de la voluntad de su autor, quien crea para comunicarse [...] De ahí que su ámbito de protección no se limite exclusivamente a la obra literaria aisladamente considerada, sino también a su difusión”.

Por lo tanto, el contenido de este derecho fundamental incluye, tanto la facultad de creación, como de difusión de la obra creada, la cual no sólo sirve al interés individual del escritor, sino también al interés general, en la medida, en que es una condición para que aquélla pueda llegar al público, haciéndole partícipe de la misma, posibilitando, así, un desarrollo más pleno de la personalidad de los seres humanos y garantizando su acercamiento a la literatura, como una modalidad del derecho al acceso a la cultura del que habla el art. 44.1 CE.

Es verdad que no siempre hay una tajante separación entre arte y crítica política, pues muchas obras de arte tienen dicha finalidad; ahora bien, esto no tiene por qué ser así necesariamente, existiendo obras literarias (pensemos, por ejemplo, en una poesía amorosa o en una novela de aventuras) que nada tienen que ver con la formación de una opinión pública libre, y que, sin embargo, merecen una protección constitucional, en cuanto que son medio de expresión de la personalidad del artista y, así mismo, cumplen una función de interés general, que no se dirige (al menos, tan sólo) a posibilitar la existencia de un estado democrático, sino el acceso a la literatura y al arte, en general, como mecanismo de enriquecimiento de la personalidad de todos los individuos.

2. La falta de exigencia de que la sátira verse sobre un asunto de interés público.

A mi parecer, la afirmación del carácter autónomo del derecho a la creación artística, no sólo hay que valorarla desde un punto de vista axiológico, sino también práctico, pues las peculiaridades propias que concurren en la obra de arte, que es una nueva realidad, fruto del trabajo, de la imaginación y del talento del autor, han de ser tenidas en cuenta, necesariamente, para resolver los posibles conflictos entre el ejercicio de este derecho fundamental y los derechos de la personalidad, introduciendo parámetros de valoración específicos, respecto de los que se aplican cuando lo que está en colisión es la libertad de información o de expresión.

Sobre este punto, puede verse, *in extenso*, De Verda y Beamonte, J.R. *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*, Cizur Menor (2012): Thomson Reuters Aranzadi, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional (capítulo IV).

Concretamente, por lo que ahora nos interesa, una obra literaria no tiene por qué tratar sobre un tema de interés general, en el sentido estricto del término, pudiendo, por ejemplo, tener como mera finalidad el puro entretenimiento del lector o la expresión de sentimientos íntimos del autor; por lo que, en tal caso, en un hipotético conflicto con el derecho al honor, la prevalencia de la libertad de creación artística no se supeditaría al requisito de que el escrito versara sobre asuntos de interés público (por la relevancia social de los personajes o de los hechos narrados), ya que aquí la razón de protección del artista no sería, en sí misma, la formación de una opinión pública libre.

3. El respeto a la dignidad de la persona como límite infranqueable del ejercicio de la creación literaria.

Ahora bien, persiste la obligación del artista, incluso satírico, de no usar expresiones manifiestamente injuriosas o manifiestamente vejatorias de la dignidad del ser humano, por lo que ha de respetar el derecho al honor de aquellas personas

perfectamente identificadas o a las que un lector medio pueda relacionar fácilmente y de manera clara con personajes de la obra.

Así resulta de la STC 99/2002, de 6 de mayo, que, precisamente, analizó un conflicto entre el derecho al honor y el derecho fundamental a la libertad de creación literaria. Se enjuiciaba, aquí, si unas frases de un artículo periodístico, en forma de romance, de carácter satírico, habían supuesto una intromisión ilegítima en el derecho al honor de una persona, a la que se calificaba de “Dama dama, de alta cuna y de baja cama”.

El artículo se refería a una fallida operación financiera, que tenía por objeto la fusión de dos grandes bancos, y a las personas que en ella habían intervenido, mencionándose, explícitamente, a una mujer que mantenía una relación sentimental con uno de los protagonistas de dicha operación y de la cual se habían publicado unas polémicas fotografías, captadas en una discoteca, en las que se veía que no llevaba ropa interior.

El autor se expresaba en los siguiente términos: “en toda esta historia de cuernos, de alcoba, de desbrague, de dagas florentinas y de navajas cabriteras, el personaje que ha salido crucificado es el que menos estaba en la danza. Marta Ch. estaba, sí, en la danza del fuego, pero no en la danza de los miles de millones”. A continuación se decía que era ella quien había ardido en esa danza y se añadía: “Quizá sea natural, porque no se debe andar por ahí sin bragas y en adulterio flagrante”.

El TC consideró que esta última frase vulneraba el derecho al honor de la persona a la que se refería. Afirmó, así, que “considerando la frase en su conjunto, y ateniéndonos a los valores y criterios sociales vigentes en la actualidad, ha de concluirse que su contenido y tono sarcástico dan lugar a un resultado vejatorio que atenta contra la dignidad de la aludida, dañando su imagen social y afectando negativamente a su reputación y buen nombre, lo que, como ya hemos dicho en otras ocasiones, constituye una incuestionable lesión del derecho al honor”.

En la jurisprudencia suiza la Sentencia del Tribunal Federal, de 15 de agosto de 1994 (ATF 120, II, 225), apreció la existencia de una intromisión ilegítima en la publicación de un libro, titulado “Jubilieren de soziale Hohlfahrtim Kanton Aargau”, el cual había sido editado en el contexto del 700 aniversario de la creación de la Confederación Helvética. En dicho libro se contenían insultos respecto de una persona, realmente existente, a la que se llamaba “repugnante cerdo de funcionario”, se le calificaba como un imbécil y se decía que había arrastrado a una pensionista a la cocina para arrancarle una firma en relación con un embargo.

El Tribunal afirma que, aunque en una democracia existe un interés en proteger la libertad artística, no obstante, el artista también debe respetar los derechos de

los demás, por lo que para enjuiciar su conducta deben ponderarse las posibilidades que el mismo tenía de crear su obra sin lesionar la personalidad ajena, esto es, tomando las precauciones necesarias para que el lector no relacionara al personaje al que se dirigen los calificativos mencionados con personas concretas. Concluye, en definitiva, que la libertad artística no permite difamar a personas realmente existentes.

Para acabar este comentario, hay que insistir en la necesidad de distinguir entre insulto y expresiones puramente vulgares, tal y como hizo la STC 51/2008, de 14 de abril, a propósito de una novela sobre la transición política a la democracia en España, en la que se contenían las siguientes referencias explícitas a un político, ya fallecido: "Tenía cuatro fobias obsesivas: los homosexuales, los poetas, los curas y los catalanes. También usaba un taparrabos rojo chorizo, muy ajustado a las partes. Solía calentarse jugueteando libidinosamente bajo los pinos con las mujeres de los amigos para después poder funcionar con la suya como un gallo".

EITC no consideró que dichas expresiones fueran "vejatorias ni desmerecedoras de la reputación o consideración ajenas", dando, así, por buena la argumentación de la sentencia recurrida, que teniendo "en cuenta aspectos como el contexto literario en que se inscribe dicho fragmento, el carácter secundario de las expresiones pretendidamente lesivas del derecho al honor o el que ninguno de los términos empleados puede considerarse en sí mismo vejatorio".



VULNERACIÓN DEL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN DE
UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD, POR NULIDAD DEL
CONSENTIMIENTO OTORGADO PARA APARECER EN UN
PROGRAMA TELEVISIVO DE CARÁCTER HUMORÍSTICO.
COMENTARIO A LA STC 208/2013, DE 16 DE DICIEMBRE
(RTC 2013, 208).

INFRINGEMENT OF THE RIGHTS TO HONOR AND SELF-IMAGE OF
A DISABLED PERSON, DUE TO THE INVALID CONSENT TO APPEAR
IN A HUMORISTIC TV PROGRAM.COMENT TO STC NO.208/2013,
OF 16 DECEMBER (RTC 2013, 208).

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 366-377



Juan María
MARTÍNEZ
OTERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de febrero de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 23 de febrero de 2014

RESUMEN: El consentimiento prestado por una persona con discapacidad para aparecer en un programa televisivo de carácter humorístico, que ridiculiza sus deficiencias, ha de reputarse nulo, aunque la incapacidad no haya sido declarada judicialmente. Por consiguiente, la emisión de dichas imágenes constituye una vulneración de sus derechos al honor y a la propia imagen.

PALABRAS CLAVE: Derecho al honor, derecho a la propia imagen, consentimiento de una persona incapaz, interés público, derechos comunicativos.

ABSTRACT: The consent of a disabled person in order to appear in a humoristic TV program, in which his disabilities are an object of joke, has to be considered invalid. Therefore, this TV broadcast constitutes an infringement of the rights to honor and self-image.

KEY WORDS: right to honor, right to self-image, consent of disabled persons, public interest, communication rights.

SUMARIO: I. La vulneración de los derechos al honor y a la propia imagen.- II. La validez del consentimiento de la persona con discapacidad.- III. La tarea del Ministerio Fiscal en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

SUPUESTO DE HECHO

En octubre de 2002 el programa televisivo “Crónicas Marcianas”, dirigido por Javier Sardá, emitió una entrevista de Javier Cárdenas a J.C.H.A. (en adelante, Pablo), entrevista que fue posteriormente difundida y reseñada en la página web de la cadena Telecinco. El entrevistado tenía reconocida una discapacidad física y psíquica cifrada en el 66%, con síntomas perceptibles para cualquier profano en Medicina, si bien carecía de una declaración judicial de incapacidad. A lo largo de la entrevista, Javier Cárdenas formula a Pablo una serie de preguntas acerca de la disyuntiva entre la vocación y ganar dinero, así como sus preferencias en materia de mujeres. En la mayoría de las ocasiones no le permite que complete una respuesta, interrumpiéndole con una respuesta o una nueva pregunta, lo que confunde y abruma al entrevistado, que termina dando respuestas incoherentes. En el último pasaje de la entrevista, el señor Cárdenas pide a Pablo que mire fijamente a la cámara y explique al público lo que espera de una mujer. Éste se coloca de espaldas a la cámara y don Javier Cárdenas le permite permanecer en esa posición mientras explica lo que espera de una mujer. Al fondo, se oyen risas y jolgorio. Días después, la entrevista fue reseñada en la página web del propio programa “Crónicas Marcianas”, donde la imagen de Pablo aparecía distorsionada y con unas enormes gafas, junto a la leyenda: “Periodista, soltero, ligón busca... J. tiene muy claro el tipo de mujer que le gusta”. La reseña añade el siguiente texto: “si usted piensa que este hombre es guapo acuda a Ópticas San Gabino, que decía un viejo anuncio de gafas. Pero si verdaderamente lo sigue pensando, agradézcaselo a Javier Cárdenas, y sobre todo no dude en permanecer alerta”.

A consecuencia de estos hechos, Pablo y sus padres interpusieron una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Arona, sobre protección civil del derecho al honor; a la intimidad y a la propia imagen contra la cadena televisiva, el

• Juan María Martínez Otero

Es Profesor del Departamento de Derecho Público de la Universidad CEU – Cardenal Herrera (Valencia). Defendió la tesis doctoral en el año 2001 en la Universidad de Valencia. Ha realizado estancias de investigación en el Reino Unido, tanto en la Universidad de Londres como en la Oxford. Forma parte de diversos grupos de investigación en cuestiones relacionadas con la regulación de los derechos comunicativos, como el Proyecto Coordinado de Televisión e Infancia (PROCOTIN) (2011-2012); Pluralismo y contenidos en la nueva regulación española de los mercados audiovisuales (2013-2016); o Derecho Penal e Internet (2012-2014). Es autor de la monografía “La Protección Jurídica de los Menores en el Entorno Audiovisual” (Thomson - Aranzadi, 2013), así como de numerosos artículos y capítulos de libro vinculados con los derechos comunicativos.

director del programa, y el entrevistador (Telecinco, Javier Sardá y Javier Cárdenas, respectivamente). En la misma, se reclamaba una indemnización por daños y perjuicios de 300.000 euros. El Juzgado entendió vulnerados los derechos al honor y a la propia imagen del demandante –no así el derecho a la intimidad–, y condenó solidariamente a los demandados a pagar al actor una indemnización de 15.000 euros. Junto con la indemnización, se condenó a los demandados a difundir la sentencia condenatoria en el mismo medio en que se vulneró el derecho al honor y a la propia imagen del demandante, así como al pago de las costas procesales.

La Sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación tanto por la representación procesal de los demandantes como por la de los demandados. La AP de Santa Cruz de Tenerife, en Sentencia de 1 de febrero de 2006, ratificó en lo esencial la sentencia de primera instancia. La AP entendió vulnerados los derechos al honor y a la propia imagen de Pablo, y consideró nulo el consentimiento por él prestado, entendiendo que el entrevistador debió solicitar al menos el parecer de los padres de Pablo, al objeto de suplir las posibles deficiencias del consentimiento de su hijo, derivadas de su dudosa capacidad de discernimiento sobre la naturaleza del programa “Crónicas marcianas”.

Los demandados interpusieron un recurso de casación ante el TS, que, en Sentencia de 19 de enero de 2010, estimó el recurso y casó la Sentencia de apelación, desestimando la demanda. En su sentencia, el TS considera válido el consentimiento dado por Pablo, en la medida en que existe una presunción de capacidad mientras no se acredite de modo fehaciente una incapacidad, lo que en el proceso objeto de litigio no se había hecho. En consecuencia, el TS no entendió vulnerado ningún derecho de Pablo.

Tras esta resolución, todavía en sede del TS, el Ministerio Fiscal promovió un incidente de nulidad, alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho al honor y a la propia imagen de Pablo (art. 18.1 CE), así como su derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE y arts. 15 y 17 de la Convención de Naciones Unidas, de 13 de diciembre de 2006, sobre protección de las personas con discapacidad). El incidente fue admitido por la Sala, y resuelto mediante Auto de 10 de enero de 2011, por el que se acordó –con un voto particular en contra– no haber lugar a la pretensión de nulidad de actuaciones.

El propio fiscal interpuso la demanda de amparo, impugnando sendas resoluciones del TS: la sentencia de casación, y el auto que desestima el incidente de nulidad.

El TC estimó el recurso de amparo, reconociendo los derechos al honor y a la propia imagen de Pablo, y declarando nulos la sentencia y el auto del TS.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El TC reconoce vulnerados los derechos a la propia imagen y al honor de la persona con discapacidad, al entender que el programa televisivo carece de interés público, y que el consentimiento otorgado por la persona con discapacidad fue nulo. En TC entiende que la inexistencia de una declaración judicial de incapacidad no excluye de la protección constitucional y legal a quienes padecen una incapacidad, máxime frente a agresiones a sus derechos fundamentales.

El TC comienza recordando la necesidad de ponderar los derechos en conflicto, en el presente supuesto, los derechos comunicativos de la televisión y los periodistas frente al derecho al honor y el derecho a la propia imagen de Pablo. Así, señala el F.J.5° de la STC que “la libertad de información ocupa una posición especial, puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre (...) Ahora bien, como se sabe, hemos condicionado la protección constitucional de la libertad de información a que ésta sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen.” Y prosigue: “También hemos afirmado que el valor preferente del derecho a la información no significa, sin embargo, dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información, que han de ceder únicamente en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática, como establece el art. 20.2 CEDH.”

Del análisis de los hechos, el Tribunal concluye que el programa de televisión carece de interés público alguno, con lo que la libertad de información no gozará de prevalencia respecto de los derechos de la personalidad del afectado. Estas son las palabras del TC: “Pues bien, descritos los hechos como han sido expuestos, no cabe sino concluir en que la información y la actividad desarrollada en el programa *Crónicas Marcianas* con don J.C.H.A. carece, desde cualquier perspectiva, del interés público y la relevancia pública necesaria para que esté cubierta por el ejercicio de esa libertad por profesionales de la información y, muy al contrario, resulta una clara intromisión y abuso de sus derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. Y es que, en efecto, la entrevista realizada por don Javier Cárdenas al señor H., posteriormente emitida en el referido programa, y reflejada también en su página web, no sólo carecía de valor informativo alguno, sino que, además, fue realizada únicamente con propósito burlesco, para ridiculizar al entrevistado, poniendo de relieve sus signos evidentes de discapacidad físicas y psíquicas, *animus iocandi* que fue advertido tanto en la Sentencia de primera instancia como en la dictada en apelación, e incluso en la recaída en casación, que consideró poco ética la actuación del medio televisivo”. (F.J.5°).

En la argumentación precedente la sentencia aborda la cuestión del *animus iocandi*, que esgrimieron los periodistas como causa de justificación a la intromisión en el derecho al honor. Dicha justificación es rechazada por el TC en los términos previamente expuestos, así como en el F.J.3º, donde se recuerda que, "a menudo, el propósito burlesco, *animus iocandi*, se utiliza precisamente como instrumento de escarnio y ello puede resultar vulnerador del citado derecho al honor (STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 5)."

Excluida dicha causa de justificación, el TC aborda la cuestión de la legitimidad del consentimiento otorgado por el afectado, quien tenía una discapacidad del 66%, pero no había sido declarado judicialmente incapaz. En primer lugar, el TC constata que respecto a algunas de las imágenes y comentarios es evidente que no media consentimiento alguno. En el F.J.6º, la sentencia subraya que "al margen del posible consentimiento en relación con la entrevista realizada y emitida en el programa *Crónicas marcianas* –aspecto sobre el cual nos referiremos a continuación-, lo cierto es que en la página web del programa no sólo se reprodujo dicha entrevista, sino que, además, se publicó la fotografía del señor H., acompañada de ciertos textos ridiculizadores, y en relación con dicha publicación no consta consentimiento alguno, sin que pueda entenderse implícitamente concedido por haber accedido a realizar la entrevista, que es un acto distinto del aquí considerado".

Por lo que se refiere al consentimiento en relación con la celebración y emisión de la entrevista, el TC se cuestiona la validez del consentimiento otorgado por la persona incapaz, interpretando los arts. 2.2º y 3.1º de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. La argumentación del TC es la que sigue: "hemos de centrarnos ahora en el otro aspecto que se nos suscita, esto es, si puede entenderse otorgado el consentimiento por el propio afectado, excluyendo así la vulneración de sus derechos al honor y a la propia imagen (...). El art. 2 en su apartado 2º, dispone que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, si bien precisa en el art. 3.1º que el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. (...) En este supuesto, no basta con presumir la voluntad por el hecho de realizar la entrevista, sino que era necesario que constara expresamente el consentimiento, constancia que no ha quedado probada (...). Además, existía un segundo aspecto a considerar que fue ignorado por el órgano judicial en la resolución judicial impugnada: la garantía de que el acto voluntario de acudir a la entrevista comportaba la consciencia de lo que estaba haciendo y, ante las muestras evidentes de que dicha consciencia era dudosa –como como ha quedado probado en el proceso-, la exigencia de una garantía adicional de los derechos fundamentales en juego, que en el presente caso se concretarían en la exigencia al entrevistador

de que expresamente se asegurara de que el actor, con una discapacidad física y psíquica evidente, era claramente conocedor de las características del programa en el que se emitiría la entrevista y del alcance de ésta. (...)

En consecuencia, hemos de concluir que no existe en el presente caso un consentimiento válido y eficaz que permita excluir la ilicitud de la intromisión en el derecho al honor y a la propia imagen de don J.C.H.A. derivada de las conductas de los demandados en el proceso *a quo*, quienes a pesar de la evidencia de la incapacidad del entrevistado para tomar conciencia del alcance de la entrevista y de las características del programa en el que se iba a emitir, lejos de extremar el celo y las cautelas exigibles para que la participación de aquél en el programa estuviera rodeada de esas garantías, utilizaron esa situación de vulnerabilidad del señor H. con la clara y censurable intención –como apreciaron las Sentencias de primera instancia y apelación- de burlarse de sus condiciones físicas y psíquicas, atentando de esa manera no sólo contra sus derechos al honor y a la propia imagen, sino incluso contra su dignidad. Y la conclusión anterior no puede resultar condicionada por el hecho de que no mediara una declaración judicial de incapacitación del señor H., pues ello supondría, en definitiva, supeditar la eficacia de la previsión del art. 49 CE, y el consiguiente disfrute por parte de las personas con discapacidad de los derechos constitucionales, a la existencia de tal declaración, limitación que en modo alguno cabe extraer de la previsión constitucional” (F.J.6°).

Para subrayar su opción interpretativa del art. 3.1° de la Ley, marcadamente proteccionista de los derechos de las personas con discapacidad, el TC apela al art. 49 CE, que insta a los poderes públicos a proteger especialmente a las personas que padecen cualquier tipo de discapacidad. En efecto, el F.J.5° de la Sentencia afirma: “En atención a las circunstancias concurrentes en este caso, los derechos consagrados en el art. 18.1 que han sido invocados en la demanda han de ser puestos en conexión con el art. 49 CE, que contiene un mandato de protección de las personas con discapacidad, al establecer que “[l]os poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Y dicho mandato debe conducir a impedir que se lleven a cabo actuaciones como la aquí descrita sobre personas afectadas de cualquier tipo de discapacidad, frente a cuyos derechos al honor y a la propia imagen no cabe oponer en este caso el amparo del derecho a la información.”

COMENTARIO

Tres son los aspectos de la presente sentencia que nos parece oportuno comentar. En primer lugar, la argumentación en torno a la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de Pablo; en segundo lugar, la

cuestión de la validez de su consentimiento, que fue aceptada por el TS y rechazada por el TC; finalmente, la legitimación del Ministerio Fiscal para defender de oficio los intereses del perjudicado, en cumplimiento de lo previsto en el art. 49 CE.

I. LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR Y A LA PROPIA IMAGEN

Excepción hecha de la Sentencia del TS, las sentencias recaídas en el presente caso entendieron vulnerados los derechos al honor y a la propia imagen del afectado, al tiempo que no estimaron conculcado su derecho a la intimidad. Estos tres derechos, reconocidos formalmente en el art. 18 CE, son desarrollados por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El derecho al honor ha sido caracterizado por nuestro TC como un derecho de la personalidad que protege tanto la autoestima como la reputación o buena fama de una persona. Como subrayó en su STC 85/1992, de 8 de junio, el derecho al honor “confiere a su titular el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás, lo cual impide que puedan entenderse protegidas por las libertades de expresión e información aquellas expresiones o manifestaciones que carezcan de relación alguna con el pensamiento que se formula o con la información que se comunica, o que resulten injuriosas o despectivas (...)”. Entre las conductas que vulneran el derecho al honor, pueden mencionarse los insultos, la imputación de agravios considerados socialmente como negativos, las descalificaciones gratuitas, las calumnias, etc. En el presente supuesto de hecho, el derecho al honor fue vulnerado en la medida en que el programa de televisión emitió imágenes del afectado en el que se evidenciaba su discapacidad, haciéndolo de modo satírico o burlesco con el principal propósito de ridiculizarle por sus limitaciones cognitivas. Así, el derecho al honor fue conculcado, tanto en su dimensión subjetiva –autoestima–, como en su dimensión objetiva –reputación o buen nombre.

Resulta interesante aquí detenerse en una de las presuntas causas de justificación que esgrimió la defensa de los periodistas, a saber: el carácter humorístico o jocoso del programa. Según la parte demandada, el cariz humorístico del espacio televisivo excluiría el atentado contra el derecho al honor, entendiendo que los programas de este cariz no deben ser tomados demasiado en serio, y que sus contenidos no son susceptibles de ofender a nadie. En efecto, la jurisprudencia tiene dicho que la libertad de expresión protege los mensajes humorísticos, de ironía o sátira, siempre y cuando no superen la frontera del insulto. De este modo, el *animus iocandi* o intención de bromear se ha opuesto en ocasiones al *animus iniuriandi* o propósito de insultar, excluyendo la responsabilidad jurídica del responsable de un mensaje cuando su finalidad era de carácter bromista o burlesca. Sin embargo, también existe jurisprudencia que excluye el *animus iniuriandi* como causa de justificación cuando dicha intención de bromear es precisamente un modo de escarnecer a las víctimas.

Por ejemplo, la STC 176/1995, de 11 de diciembre, no aceptó el argumento del *animus iniuriandi* esgrimido por los responsables de un tebeo de contenido xenófobo y antisemita. Pues bien, en el presente caso tampoco se acepta dicho argumento, al entender el TC que el tono burlesco o humorístico del programa no excluye la violación del derecho al honor; antes bien la evidencia. El *animus iocandi*, como señala explícitamente el TC en el F.J.3º de la Sentencia, se utiliza aquí como vehículo del escarnio, con lo que no excluye la vulneración del derecho al honor; antes bien la acredita.

Por lo que se refiere al derecho a la propia imagen, el mismo ha sido caracterizado como aquél que faculta a la persona para decidir sobre el uso público de su imagen, extendiéndose a cualquier representación gráfica en la que resulte reconocible. La STC 81/2001, de 26 de marzo, señala que la propia imagen es un derecho “derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde”. Resulta evidente que en el caso que nos ocupa la imagen de Pablo fue ampliamente difundida, tanto en el programa de televisión, como en la página web de la cadena televisiva. Para constatar la intromisión en el derecho a la propia imagen, habrá que resolver sobre la validez o nulidad del consentimiento otorgado por Pablo.

El derecho alegado por los demandantes que ninguna de las cuatro sentencias entiende vulnerado es el derecho a la intimidad. Y ello porque el contenido del programa no aborda aspectos íntimos de la vida del entrevistado, más allá de preguntar a Pablo qué espera él de una mujer. Para que se produzca un ilícito civil contra este derecho se precisa, a tenor del art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, la instalación de aparatos susceptibles de captar la vida íntima de las personas, o la captación in consentida de dichos aspectos, o la difusión de los mismos, o la vulneración del secreto profesional. Por su parte, la regulación penal (arts. 197 y ss. CP) tipifica el descubrimiento y revelación de secretos, el allanamiento de morada y la revelación de secretos profesionales. Como puede constatar, ninguna de dichas conductas ha sido llevada a término por los responsables de la emisión.

II. LA VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

La *ratio decidendi* del caso, sin embargo, hay que buscarla en la validez o nulidad del consentimiento otorgado por Pablo, con una incapacidad declarada del 66%, perceptible a simple vista, mas no reconocida en una resolución judicial.

Que Pablo otorgó el consentimiento para salir en la entrevista no se discute: aunque el mismo no consta en un documento escrito, Pablo acude al hotel donde la misma se produce, y responde delante de la cámara a las preguntas del entrevistador. No cabe señalar lo mismo de la publicación de su imagen retocada – con comentarios burlescos- en la página web de la emisora de televisión, publicación que excede los términos del consentimiento tácito otorgado para la entrevista. Una cosa es aceptar ser entrevistado para un programa de televisión; y otra bien distinta, aceptar que tu imagen salga retocada y acompañada de comentarios de mofa en un portal de Internet.

Volviendo a la cuestión del consentimiento para la grabación y la emisión de entrevista propiamente dicha, es aquí donde las opiniones del TS y el TC divergen. El TS –en aplicación de los arts. 199 y 322 CC-, presume que Pablo tiene plena capacidad de obrar; en la medida en que es mayor de edad y su incapacidad no ha sido declarada por un órgano jurisdiccional. Por consiguiente, teniendo plena capacidad de obrar, puede ceder libremente su derecho a la propia imagen, y consentir en la aparición en un programa televisivo, en este caso de carácter humorístico. Los responsables de la cadena han recabado su consentimiento, y por lo tanto están legitimados para grabar y emitir la entrevista sin incurrir en un ilícito civil, conforme a la causa de justificación prevista en el art. 2.2º de la Ley Orgánica 1/1982. No lo entiende así el TC. La Ley Orgánica 1/1982 señala en su art. 3.1º que “el consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”. En relación con esta previsión, el TC entiende que una resolución judicial no es la única forma de acreditar las condiciones de madurez de una persona discapacitada. De este modo, aunque no medie una resolución judicial de incapacitación, en cada caso concreto habrá que valorar si las condiciones cognitivas y de madurez de una persona con discapacidad le permiten comprender el alcance del consentimiento que está prestando, juicio que condiciona la validez del mismo. Dicho con otras palabras: los incapaces a quienes hace referencia el art. 3.1º de la Ley no son exclusivamente las personas incapacitadas en virtud de una resolución judicial, sino cualquier persona que padezca una discapacidad que merme sus condiciones de discernimiento. Y en el presente caso, aun sin haber sido acreditada judicialmente la incapacidad de Pablo, la misma salta a la vista, con lo que no cabe presumir su plena capacidad de obrar para ceder sus derechos, máxime atendiendo a las características específicas del programa “Crónicas Marcianas”. Por todo ello, el TC se decanta por una interpretación subjetiva, material y amplia del art. 3.1º de la Ley, centrada en la realidad concreta de cada menor e incapaz, frente a la concepción objetiva, formalista y algo estrecha que late en la decisión del TS, que atiende exclusivamente a la existencia o inexistencia de una resolución judicial. La interpretación del Supremo, si bien puede parecer más acorde con el principio de seguridad jurídica, comporta sin embargo un riesgo evidente: el de colocar a quien no ha sido judicialmente incapacitado pero presenta

una disminución de sus facultades en una situación de alto riesgo, más vulnerable a sufrir actuaciones invasivas de sus derechos fundamentales. Por ello, entiende el TC que dicha interpretación restrictiva ha de ser rechazada, de modo que se garanticen eficazmente los derechos de todas las personas con discapacidad, hayan o no hayan sido incapacitados efectivamente en virtud de una resolución judicial.

Basándose en las dos líneas argumentales anteriormente expuestas, el TC declaró vulnerados los derechos al honor y a la propia imagen de Pablo, por ausencia de consentimiento respecto de los contenidos de la página web, y por nulidad del mismo en relación con la entrevista emitida en la televisión.

III. LA TAREA DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Un último punto interesante de la Sentencia está referido al papel desempeñado por el Ministerio Fiscal en la defensa de los derechos del afectado. Efectivamente, en el presente caso, el Fiscal asumió un rol activo en la defensa de la persona con discapacidad, promoviendo en primer lugar un incidente de nulidad de las actuaciones del TS, y, rechazado el mismo, recurriendo en amparo ante el TC, en virtud de lo establecido en los arts. 162.1º.b CE y 46.1º.b LOTC.

La actuación del Fiscal se enmarca en lo previsto en el art. 49 CE, que establece que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. El citado artículo consagra la protección y promoción de las personas con discapacidad como un principio rector de la política social, que debe orientar la actuación de todos los poderes públicos. Quizá la primera derivación de este principio, más allá de ulteriores desarrollos orientados a la promoción de estas personas, sea la de evitar por todos los medios que se lleven a cabo atentados contra los derechos de las personas con discapacidad. Y en defecto de la protección judicial debida –en este caso, en sede del TS- resulta adecuada y oportuna la concurrencia del Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos. El propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, al enumerar sus funciones, menciona su obligación de velar por el respeto de los derechos fundamentales (art. 3.3º), así como su posibilidad de “intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas” (art. 3.7º).

Por todo ello, el protagonismo del Ministerio Público en el presente caso, en defensa de los derechos de Pablo, resulta plenamente justificado.



DOBLE MATERNIDAD. RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN
MATRIMONIAL POR POSESIÓN DE ESTADO. MATERNIDAD
BIOLÓGICA Y MATERNIDAD POR FICCIÓN LEGAL:
CONCURRENCIA Y SIMULTANEIDAD. COMENTARIO A LA STS
740/2013, DE 5 DICIEMBRE (RJ 2013, 7566)

DOUBLE MOTHERHOOD. MARRIAGE FILIATION'S
CLAIM BASED IN POSSESSION OF STATUS. BIOLOGICAL
MOTHERHOOD AND MATERNITY AS LEGAL FICTION:
ATTENDANCE AND SIMULTANEITY. COMMENT ON STS NO. STS
740/2013, OF 5 DECEMBER (RJ 2013, 7566)

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 378-399



Josefina
ALVENTOSA
DEL RÍO

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de marzo de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 20 de marzo de 2014

RESUMEN: El TS considera que no se debe subordinar la determinación de la filiación derivada de la fecundación asistida en el caso de matrimonio de mujeres a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante el centro médico, en el que se prestó el consentimiento para la realización de la técnica de reproducción asistida, y a la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo, lo que legitima el ejercicio de la acción de reclamación, reconociendo la posesión de estado en base a dicho consentimiento y a dicha voluntad, conjuntamente con otras pruebas, y teniendo en cuenta el interés de las menores y el criterio de la unidad y la estabilidad familiar de las mismas.

PALABRAS CLAVE: Doble maternidad, fecundación in vitro, reclamación de filiación matrimonial, posesión de estado, consentimiento de la cónyuge no gestante.

ABSTRACT: In the case of marriage of women and use of assisted fertilization the Supreme Court considers that it is possible the determination of the parentage arising without formal requirements, such as prior consent in the Civil Registry. The Court considers that it is sufficient to give the consent in the medical center for the assisted reproduction and the common will of conceiving a child, which legitimizes the exercise of a claim action, recognizing the apparent status based on the consent and that will, together with others evidences, and taking into account the interest of the minor and the criterion of unity and stability of the same family.

KEY WORDS: Double motherhood, in vitro fertilization, marriage filiation's claim, possession of status, non-pregnant spouse's consent.

SUMARIO: I. El matrimonio de personas del mismo sexo. Igualdad de efectos.- II. La filiación y el matrimonio de personas del mismo sexo.- III. La reclamación de la filiación matrimonial derivada de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el matrimonio de dos mujeres.

SUPUESTO DE HECHO

Doña CSC y Doña CPH tienen una hija en común. Dicha hija fue concebida por fecundación *in vitro* por CSP, naciendo el 4 de marzo de 2005 y siendo inscrita en el Registro Civil de Santa Cruz de Tenerife como hija de doña CSC, madre soltera. El 16 de marzo de 2007 ambas partes firman el consentimiento informado para la fecundación *in vitro* de doña CSC. Con fecha 3 de agosto de 2007 ambas mujeres contrajeron matrimonio. Y el día 14 de diciembre de 2007 nacen las menores M y V, siendo inscritas con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre en el mismo orden que ésta los ostenta (CSC).

Ante dicha inscripción, la madre biológica CSC inicia ante el Registro Civil expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales de las menores practicadas, a efectos de que se rectifique el error que según refiere existe en dichas inscripciones en cuanto al estado civil de la madre biológica que no es de soltera, sino de casada, y para que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y designación de apellidos de las dos menores. Dicho expediente de rectificación de error se resolvió por auto de 5 de marzo de 2008 en el que se acuerda la rectificación parcial, únicamente respecto del estado civil de la madre, no accediendo al resto de las solicitudes interesadas. Por lo que CSC interpuso contra dicho auto recurso de apelación que fue resuelto por la DGRN de 26 de noviembre de 2008, desestimándolo íntegramente.

En junio de 2009, el matrimonio puso fin a su relación definitivamente yéndose la demandada de la vivienda en la que convivían, formulando doña Concepción demanda de divorcio (aunque este dato proporcionado en la sentencia es un poco confuso), sin haberse resuelto la filiación de las hijas nacidas de la fecundación *in vitro*.

CPH interpuso demanda de juicio declarativo de reclamación de filiación contra CSC ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Santa Cruz de Tenerife

• Josefina Alventosa del Río

Profesora Titular de Derecho civil en la Universidad de Valencia y Profesora Tutora en la UNED. Premio Extraordinario de Licenciatura, de la Fundación Cañada-Blanch y de la Fundación "Fondo para la Investigación Económica y Social". Directora del Grupo de investigación "Derechos de la personalidad y Bioética" (Universidad de Valencia). Ha coordinado y participado en diferentes proyectos y congresos nacionales e internacionales. Ha publicado diversos artículos y monografías. Asimismo, es miembro del Consejo de Redacción de diversas Revistas científicas.

suplicando al Juzgado se dictara sentencia declarando que las menores M y V son también hijas de CPH y que se rectifique la inscripción del nacimiento de dichas menores en el sentido de que aparezcan como apellidos de las mismas los de MSP y VSP, con la oportuna inscripción en el Registro civil. CSC contestó a la demanda oponiéndose a la misma. El Juzgado dictó sentencia con fecha 11 de abril de 2011, estimando la demanda interpuesta, declarando que M y V son también hijas matrimoniales de CPH, debiendo efectuarse las rectificaciones necesarias en las actas de inscripción de nacimiento del Registro Civil de Santa Cruz de Tenerife, a efectos de hacer constar que las inscritas son hijas de CPH, siendo en lo sucesivo el orden de los apellidos de las hijas el primero S y el segundo P.

Recurrida la sentencia en apelación ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, ésta dictó sentencia con fecha 24 de octubre de 2011 desestimando el recurso y confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial entendió que había prueba suficiente de la posesión de estado “de manera ininterrumpida, continuada y pública y por el tiempo suficiente”. Dicha prueba se fundamentaba en: 1) La que resultaba de los hechos sucesivos consistentes en la voluntad concorde de las litigantes de que la demandada, CSC, se sometiera de nuevo al procedimiento de reproducción asistida, de que ambas prestaron consentimiento para la práctica de dicha prueba, y de que contrajeron matrimonio. 2) La que resultaba de otras pruebas: testificales, documentales, incluso gráficas, aportadas y practicadas en el procedimiento, que eximían incluso del juego de la presunción judicial, cual era la prestación del consentimiento para la práctica de la técnica de reproducción asistida, de particular significación porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, hasta el punto de que en casos como éste dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige. 3) La de que la propia demandada iba contra sus propios actos puesto que instó por su propia voluntad ante el Registro expediente de rectificación de error relativo a su estado civil y a la filiación de las hijas, solicitando se reconociera su estado de casada y la identificación de su cónyuge como progenitora de las mismas. A ello hay que añadir que cuando rompieron su relación, en las medidas provisionales se fijó régimen de visitas para CPH, que ésta se comportó como madre mientras duró la relación matrimonial y que se instó procedimiento de adopción de las mismas a su favor, con anuencia de la madre biológica.

Ante este pronunciamiento, CSC interpuso recurso de casación apoyándose en los siguientes motivos: 1) Infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento, citándose el art. 131 CC en lo referente a la aplicación de la figura de la posesión de estado para declarar la filiación, y vulneración de la doctrina jurisprudencial de los actos propios (SSTS 10 noviembre 2003, 28 mayo 1997 y 14

noviembre 1982. 2) Infracción de jurisprudencia reiterada del TS (SS 4 junio 2004 y 30 octubre 1995). Contra dicho recurso, CPH presento escrito de impugnación al mismo. Por su parte, el Ministerio Fiscal presentó también escrito interesando la desestimación de dicho recurso considerando que legalmente las niñas nacidas son hijas de ambas mujeres.

El TS desestimó íntegramente el recurso de casación planteado.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Señala el TS que el recurso plantea un problema de aplicación del art. 131 CC, referente a la figura de la posesión de estado para declarar la filiación, en relación con el art. 7 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y jurisprudencia sobre dicho artículo; de la doctrina de los actos propios; de los arts. 3 y 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y de los arts. 7.3, 8.1 y 8.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. El TS especifica que en el recurso se denuncian principalmente tres cosas: 1º) el fraude que se produce al reconducir la posesión de estado a la aplicación de la normativa sobre reproducción asistida y de igualdad efectiva entre hombres y mujeres; 2º) la concurrencia de los requisitos exigidos para tal figura y que pueda ser de aplicación la doctrina de los actos propios (matrimonio y rectificación registral); y 3º) la interpretación inadecuada de la Ley de Reproducción Asistida puesto que en el momento de la inseminación no estaban casadas.

En su Fundamento de Derecho Tercero estableció su doctrina respecto al caso planteado.

El TS parte de la reforma del CC en materia de matrimonio realizada por la Ley 13/2005 que modificó el art. 44 del mismo para introducir la posibilidad de celebración del matrimonio por personas del mismo sexo, equiparando de forma absoluta dichos matrimonios al matrimonio celebrado entre personas de distinto sexo, sin que la reforma resulte inconstitucional según determina la STC 198/2012, de 6 de noviembre (RTC 2012, 198).

Y señala que, sin embargo, esta Ley no reformó el régimen legal de la filiación, cuyas acciones de reclamación e impugnación de la misma estaba pensada para las parejas de distinto sexo. En este sentido, recuerda que la filiación de los hijos nacidos mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se regula en el art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (redactado por la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas), que remite a las leyes civiles, dejando a salvo las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos de la misma. Este precepto establece que

“3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. El TS entiende que la manifestación del consentimiento se debe realizar antes de que nazca el hijo, no en el momento de la inseminación, y que la filiación no puede quedar subordinada a un requisito formal como el consentimiento previo ante el Encargado del Registro civil.

Por tanto, en la Ley se posibilita la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación materna basada en una ficción legal (no biológica), ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza (patria potestad, guarda, alimentos, apellidos, derechos sucesorios), ordenando las relaciones entre los hijos nacidos por aplicación de estas técnicas y los padres que tuvieron la voluntad de serlo. Precizando que para el ejercicio de una acción de reclamación de filiación en estos supuestos no sea necesaria la impugnación de la ya determinada, pues no es contradictoria con la que se establece por ley.

La remisión que hace el art. 7.1 LTRHA a las leyes civiles posibilita el ejercicio de la acción que se ejercita en el caso de autos (reclamación de maternidad) al amparo del art. 131 CC sobre posesión de estado, que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, que en la práctica dicha posesión queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida ya que este consentimiento constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigante del deseo de ser progenitoras. Además, añade que el art. 8.2º de dicha Ley establece que “Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad”. Por lo que considera el TS que la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad.

Con respecto a la posesión del “estado de filiación” que legitima para el ejercicio de la acción del art. 131 CC, recuerda el TS que ésta se determina mediante la prueba, que ya la sentencia recurrida ha valorado, y que, según reiterada jurisprudencia, constituye una “cuestión de hecho” cuya determinación corresponde al Tribunal de instancia y, por ello, escapa de la casación (STS 10 noviembre 2003 y citadas), señalando que no se ha invocado precepto procesal alguno de prueba infringido que permita en este recurso estimar como absurda, irracional o ilógica la apreciación de la sentencia recurrida.

Por otra parte, en cuanto a los actos realizados considera que éstos son claros, evidentes y reiterados, incluso los que pretenden elevarse a la categoría de “propios”, y pueden servir como una manifestación complementaria de esta posesión de estado a partir de la acreditada relación de hecho y de derecho entre las partes. Añade que lo que se reclama es una filiación y que lo determinante es ver si se dan las condiciones necesarias para esto, pero ello no impide recordar que el art. 3 LO 3/2007 parte del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en supuestos como la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil, y que no se considera infringida dicha norma. Además existe un interés real, y este no es otro que el de las niñas, y el de la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas, que es el que debe prevalecer y no el interés entre las litigantes, recordando que la STS 12 mayo 2011 (RJ 2011, 3280), señala que “El sistema familiar actual (...) es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyan un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales”.

I. EL MATRIMONIO DE PERSONAS DEL MISMO SEXO. IGUALDAD DE EFECTOS.

El presente recurso de casación proviene de una reclamación de filiación por posesión de estado de unas menores que habían nacido por aplicación de las técnicas de reproducción asistida de pareja constituida por dos mujeres, las cuales contrajeron matrimonio posteriormente. Siendo la madre no biológica quien presenta la demanda de reclamación de la filiación por posesión de estado, a la que se opone la madre biológica, usuaria de las TRHA, estimando el Juzgado dicha demanda, y desestimándose el recurso de apelación ante la AP y el de casación ante el TS que presentó la madre biológica.

Al analizar los diversos motivos del recurso de casación presentado, el TS hace en primer lugar referencia a la Ley 13/2005, en relación a uno de los motivos que señala la recurrente al entender que se produce fraude al reconducir la posesión de estado a la aplicación de la normativa sobre reproducción asistida y sobre igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

Precisamente es esta referencia a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres a la que hace alusión la recurrente, la que determina que el TS se refiera al matrimonio de personas del mismo sexo o matrimonio igualitario.

En España, el matrimonio entre personas del mismo sexo fue admitido por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, añadiendo esta posibilidad en el segundo párrafo del art. 44 que dispone actualmente: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer

matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo". Esta modificación fue posibilitada fundamentalmente por los nuevos principios instaurados en la CE 1978, de la que se deben destacar por su incidencia en la erradicación jurídica, y en su caso social, de la discriminación de las personas LGTB, los arts. 1, 10, y especialmente 14 y 9.

En España, la discriminación jurídica de las personas LGTB se mantuvo prácticamente hasta la publicación de la CE en 1978, haciéndose más patente quizá en el ámbito del Derecho civil, y especialmente en el Derecho de familia, ya que la homosexualidad era considerada como una conducta socialmente peligrosa y ciertas manifestaciones de la misma delito de escándalo público, lo que determinaba que las personas LGTB quedaran excluidas de algunas relaciones familiares básicas, como la relación conyugal o la adopción [Alventosa del Río, J. *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*. Madrid (2008): Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales].

En la sociedad española la existencia de parejas homosexuales era una realidad. Pero una realidad no reconocida socialmente ni protegida jurídicamente. Por ello, desde la despenalización de la homosexualidad y el progresivo reconocimiento de sus derechos como personas y ciudadanos del Estado español, dichas parejas fueron reclamando el reconocimiento jurídico de su unión, bien como matrimonio bien como unión estable, presentando sus reivindicaciones tanto ante el poder legislativo como ante el judicial.

La reivindicación de las parejas del mismo sexo de acceder al matrimonio no es tan reciente, remontándose a 1988 la primera solicitud de celebración de matrimonio por pareja homosexual, que fue rechazada por la DGRN, rechazo confirmado por el ATC 222/1994, de 11 de julio [vid. De Verda y Beamonde, J.R. "Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii*. (A propósito del ATC 222/1994)". *Revista de Derecho Privado* (1998), 720 ss.].

Dado que durante este periodo de tiempo no existía cobertura jurídica para las parejas extramatrimoniales ni del mismo ni de distinto sexo, los conflictos que se suscitaban en el seno de las mismas debían resolverse en el ámbito de nuestros Tribunales. Las pretensiones que se plantearon ante éstos se referían concretamente, entre otras, al reconocimiento de dicha unión, a la resolución de cuestiones planteadas en el seno de la propia pareja, tanto de carácter personal como patrimonial, y a la concesión de determinadas prestaciones sociales. La posición de la jurisprudencia sobre los distintos aspectos planteados por las parejas del mismo sexo no fue homogénea [Pérez Cánovas, N. "La Crisis del Estado Heterosexual: Del Derecho a la Vida Privada al Derecho a la Vida Familiar de las Parejas Homosexuales". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (2001). 4, 73-77]. En unos casos,

nuestros Tribunales denegaron ciertos derechos a las parejas del mismo sexo, en base, principalmente, a la inexistencia de vínculo matrimonial; y en otros, procedieron al reconocimiento de algunos derechos, sobre todo en aquellas Comunidades Autónomas donde ya se había publicado una regulación sobre las parejas de hecho.

Durante la década de los noventa, y paralelamente a lo acontecido anteriormente, se inició un proceso de reivindicación de regularización de las parejas de hecho en nuestro país. A partir de este momento, se comenzó a presentar en las Cortes Generales proposiciones de ley para regular las uniones de hecho, ninguna de las cuales llegó a ser aprobada. En este estado de cosas, fueron las Comunidades Autónomas a partir de 1998 quienes empezaron a legislar sobre las parejas de hecho, dotándolas de un régimen jurídico específico. En casi todas estas leyes autonómicas se realiza una regulación más o menos detallada de la situación y los derechos que corresponden a los convivientes, mientras que en otras tan sólo se da reconocimiento jurídico a tales uniones, desarrollando cuestiones meramente registrales, sin dotar de contenido sustantivo a la unión. Pero el valor que tiene dicha legislación, por el tema que nos ocupa, es que se dota de reconocimiento jurídico a las uniones de parejas del mismo sexo, aunque las leyes de pareja no equiparan el régimen jurídico establecido en ellas al régimen jurídico de las parejas matrimoniales, ni aún cuando tales parejas sean heterosexuales.

Por lo que tales parejas siguieron reivindicando el reconocimiento del matrimonio para las mismas hasta que se publicó la citada Ley 13/2005 en la que se admitió dicha posibilidad, norma que fue impugnada por considerarse inconstitucional ante el TC, y cuyo recurso fue resuelto en la S. 198/2012, de 6 de noviembre (RTC 2012, 198), que declaró la plena constitucionalidad de la misma, concluyendo, entre otras cosas, que la Ley 13/2005, dentro del amplio margen concedido por el art. 32 CE, desarrolla la institución del matrimonio conforme a nuestra cultura jurídica, en donde se constata una amplia aceptación de dicho matrimonio, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española.

Al analizar la Ley 13/2005, se observa que su contenido alcanzó al régimen jurídico relativo a la relación conyugal, en sus aspectos personales y patrimoniales, a las relaciones paterno-filiales y a la relación de filiación, aunque mínimamente en este caso [Alventosa del Río, J. "La Ley 13/2005, de reforma del matrimonio en el Código civil: génesis y contenido de la Ley", en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo. Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ (2005). 26, 105-194]. Todos los preceptos modificados por esta Ley tienen muy diverso alcance, pues mientras la modificación de ciertos artículos supuso un cambio sustancial en el contenido de las instituciones que se reformaron, otros no fueron más que cambios en la terminología utilizada, que dejaron intocado el fondo de su regulación, pero ampliando su ámbito de aplicación a otros sujetos distintos de los destinatarios iniciales de las normas.

La reforma sustancial se produjo en el citado art. 44, al que se añadió el párrafo segundo admitiendo la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Todos los demás preceptos que se modificaron, y que se refieren tanto a los efectos personales (arts. 66 y 67) como a los efectos patrimoniales (arts. 1323, 1344, 1348, 1351, 1361, 1404, 1458) del matrimonio, son meras correcciones terminológicas que no alteran el contenido de su regulación, sustituyéndose las expresiones “marido y mujer” por el término genérico de “cónyuges” o “consortes” para no distinguir el sexo de las personas componentes del matrimonio, como consecuencia de lo dispuesto en el art. 44.2º, con lo que se subraya que el régimen jurídico derivado de la relación conyugal, tanto a efectos personales como patrimoniales, debe adecuarse a la reforma de fondo establecida en aquel precepto, y, por lo tanto, tal régimen debe aplicarse a todos los cónyuges, con independencia de la orientación sexual de los integrantes de la pareja

En su virtud, la Disposición Adicional primera estableció que “Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”. Es ésta una fórmula general para establecer en todos los órdenes jurídicos la equiparación del matrimonio de personas del mismo sexo al matrimonio de personas de distinto sexo con el fin de aplicarles los mismos efectos jurídicos.

En el ámbito de las relaciones paterno-filiales, la Ley reformó tres preceptos: arts. 154, 160 y 164.2º CC. Mas esta modificación no cambia el contenido de los mismos; se trata de una corrección terminológica que sustituye las expresiones “padres” o “padre y madre” por el término más genérico “progenitores”, para adaptar, si es su caso, el régimen de la patria potestad a las parejas del mismo sexo, cuyo contenido queda intocado.

Es por todo ello que la STS que se analiza hace referencia a la Ley 13/2005 y a la STC 198/2012, de 6 de noviembre (RTC 2012, 198), en su Fundamento Tercero, apartado 1, para reforzar la idea de la legalidad del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo y su validez en nuestro ámbito jurídico, y para subrayar la igualdad y la equiparación que se establece con el matrimonio de personas de distinto sexo y que ambos matrimonios producen los mismos efectos jurídicos.

II. LA FILIACIÓN Y EL MATRIMONIO DE PERSONAS DEL MISMO SEXO.

La Ley 13/2005 no prestó especial atención a la regulación de las relaciones de filiación después de esta reforma sustancial, dejando intocado el régimen de la filiación en el CC (arts. 108 ss.), en el que se hace referencia a la filiación por naturaleza, matrimonial y extramatrimonial, y a la filiación adoptiva, y que está pensado únicamente para la filiación derivada de parejas heterosexuales; en él no existe ninguna referencia a la filiación de los hijos de parejas del mismo sexo ni a la

filiación derivada de las TRHA. Pero hay que tener en cuenta que la ley posibilita la existencia de parejas formadas por dos hombres o por dos mujeres, existiendo la posibilidad de que los miembros de estas parejas ya tuvieran hijos o que las nuevas parejas formadas desearan tener hijos. El vacío legal respecto a la atribución de la filiación en esta materia es enorme, dándose en la realidad social muy diversos supuestos que no encuentran cobertura jurídica alguna.

En el ámbito de las relaciones de filiación, parece que en el matrimonio de personas del mismo sexo no cabe la filiación biológica común. De hecho, en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 se señalaba que no se hacía ninguna modificación respecto a las presunciones de paternidad establecidas en el CC, dejando inalterada “la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales”.

No obstante, los miembros de parejas formadas por personas del mismo sexo pueden previamente a la formación de dichas parejas haber tenido hijos biológicos bien por generación biológica con persona de distinto sexo bien por aplicación de las técnicas de reproducción asistida. En el primer caso, si la filiación está determinada con respecto al otro progenitor, no cabe la atribución de la misma a la nueva pareja (sin embargo, resulta curiosa la SAP Sevilla 14 junio 1999, sobre constitución de tutela de una menor de once años, cuya madre había fallecido, teniendo la custodia de la misma el padre, quien mantenía una relación de pareja estable con otro hombre, en la que se concedió la custodia a la pareja del padre al fallecer éste frente a los abuelos maternos que la reclamaban para ellos). En el segundo caso, parece que la nueva pareja podría adoptar al hijo de su pareja.

Así pues, las cuestiones sobre filiación común de parejas de hecho o matrimoniales de personas del mismo sexo se pueden plantear en el ámbito de la filiación legal, tanto adoptiva como derivada de las técnicas de la reproducción asistida (TRHA).

En relación a la filiación adoptiva, la Ley 13/2005 únicamente reformó los arts. 175 y 178 CC, permitiendo la adopción por matrimonios del mismo sexo, lo que provocó una importante polémica en la doctrina científica. Aunque hay que tener en cuenta que también se reconoce el derecho de adopción conjunta a parejas de hecho del mismo sexo en las Comunidades Autónomas. Así, en la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables (art. 8); en la Ley 2/2003, de 7 de mayo, del País Vasco, reguladora de las parejas de hecho (art. 8); en la Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, de la Comunidad Autónoma de Aragón; en la Ley 1/2005, de 16 mayo, de Cantabria, y en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, entre otras

[vid. Hualde Sánchez, J.J. "La adopción por parejas del mismo sexo", en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ (2005). 26, 271-316; Moliner Navarro, R. M^a. "La Ley navarra de parejas estables no casadas", en AA.VV. *Curso de Derecho civil Valenciano*. Valencia (2001), 325-369; De Verda y Beamonte, J. R. "Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)". *Diario La Ley* (2005). 6161, 1-10; Gilbaja Cabrero, E. "Orientación sexual y filiación: especial referencia a la adopción". *Revista general de derecho constitucional* (2013). 17, 14].

En este ámbito, pueden darse varios supuestos. Por un lado, que ambos cónyuges adopten conjuntamente a un menor en virtud del art. 175.1 CC. Por otro lado, que uno de los componentes de la pareja haya tenido un hijo biológico de anterior relación, cuya filiación respecto al otro progenitor no esté determinada, en cuyo caso, por aplicación del art. 178.2.1º CC, el otro cónyuge podría adoptar al hijo biológico de su pareja. Por último, que uno de los componentes de la pareja haya tenido un hijo biológico por aplicación de las TRHA, en cuyo caso el otro cónyuge puede adoptar a este hijo biológico por aplicación del mismo precepto.

Este último caso es una de las situaciones recogidas en la sentencia que se comenta. La recurrente tuvo una hija por aplicación de las TRHA, nacida el 4 de marzo de 2005, siendo inscrita en el Registro civil como hija de madre soltera, la usuaria de dichas técnica (CSC), contrayendo matrimonio ésta con CPH el 3 de agosto de 2007, y produciéndose la adopción de dicha menor por la otra cónyuge el 25 de abril de 2008, una vez ya casadas. Esta filiación adoptiva no se impugna por la recurrente. Sin embargo, el TS la tiene en cuenta como un dato más para apreciar la posterior filiación por posesión de estado (FD 3.6.2º).

Por su parte, la filiación derivada de la aplicación de las TRHA se regula en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida en los arts. 7 y ss., haciendo una remisión explícita a la regulación de la misma en el CC. Con esta remisión parece que se puedan solucionar todas las cuestiones relativas a la determinación de la filiación que se deriven de la aplicación de las TRHA. Ello es incierto pues se han planteado muchos conflictos ante nuestros tribunales precisamente porque los supuestos que se producen en la realidad social no encuentran acomodo en la regulación del CC, y la LTRHA resulta absolutamente insuficiente para responder a los conflictos derivados de los casos de filiación producidos mediante estas técnicas.

En relación a la filiación derivada de las TRHA, el supuesto de pareja, matrimonial o extramatrimonial, compuesta por dos mujeres, en el que una de ellas da a luz un hijo concebido por aplicación de las técnicas de reproducción asistida, no se contempló ni en la antigua Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de

Reproducción Asistida (en donde ni siquiera se hacía referencia a la orientación sexual de las usuarias), ni en la Ley 13/2005, ni tampoco en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, dándose lugar a conflictos en la realidad social que a la postre tuvieron que ser resueltos por nuestros tribunales [vid. Zurita Martín, I. "Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres". *Diario La Ley* (2006). 6427, BIB 2006, 251]. Por el contrario, en el art. 6.3 de esta última sí que se contempla la aplicación de las técnicas de reproducción asistida a pareja matrimonial heterosexual, señalando que "Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal". Aunque el art. 6.1.2º establece que "La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual". De manera que entre 2005 y 2007 existió un vacío legal respecto a la filiación de los hijos nacidos por aplicación de dichas técnicas de mujer casada con otra mujer, cuyos casos de conflicto fueron resueltos por nuestros Tribunales.

Por ello, en la Ley 3/2007, de 15 marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en su Disposición Adicional primera, se adicionó un apartado 3 al art. 7 de la Ley 14/2006, en la que se establece que "Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido". Por lo que este precepto permite la atribución de la filiación del hijo nacido de una mujer por aplicación de dichas técnicas a su cónyuge, también mujer [vid. Díaz Martínez, A. "La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida". *Revista de Derecho Privado y Constitución*, (2007). 21, 75-129].

Esta posibilidad ha provocado posturas encontradas en la doctrina científica, pues mientras unos consideran que es un precepto que aporta una solución a los problemas que planteaba la filiación derivada de la aplicación de las TRHA en parejas de mujeres casadas, otros consideran que se vulnera el principio de verdad biológica, entre otras cosas [así, De la Iglesia Monje, M.I. "Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el matrimonio de parejas homosexuales femeninas", en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Cizur Menor (2008): Civitas. 471 ss.; Nanclares Valle, J. "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza". *AC* (2008). 7-8, 15 ss.; González Pérez de Castro, M. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid (2013): Dykinson, 295, considera inconstitucional este precepto por contravenir los arts. 9.3, 10.1, 14 y

39 CE, dado que afecta al principio de la verdad biológica, la dignidad del que va a nacer y discrimina al hijo al atribuirle una filiación imposible en términos biológicos; al mismo tiempo pone de relieve las muchas cuestiones no resueltas que se derivan de la redacción del precepto, 298-305).

Ante ello, hay que tener en cuenta, como se ha indicado anteriormente, que la existencia de parejas de mujeres (sobre todo, extramatrimoniales, dada la imposibilidad de acceder al matrimonio hasta 2005) que convivían con hijos biológicos de una de ellas, bien por generación de varón o por aplicación de la TRHA (que se permiten a la mujer soltera), o con hijos adoptados por alguna de ellas, formando un núcleo familiar, basado en una *affectio* y en una convivencia análoga a la matrimonial, era una realidad, que carecía de cobertura jurídica (salvo la proporcionada progresivamente desde 1998 a las parejas de hecho en las CCAA), sobre todo en relación a los menores que estaban integrados en dicha convivencia, a quienes se atribuían todos los derechos de atención, alimentos y sucesorios en relación a su madre biológica y ninguno respecto a la *madre* conviviente. Así pues, la desprotección jurídica no afectaba sólo a las mujeres convivientes, sino a los menores que se encontraban en el seno de esta convivencia. Y cuyos problemas se han ido planteando ante nuestros tribunales, que han ido resolviéndolos aplicando normas de nuestro ordenamiento que en realidad no contemplaban esta situación.

A la vista de estos hechos, el legislador ha intentado encauzar jurídicamente con este precepto esta situación, con mayor o menor acierto, como una manifestación más de la equiparación de los efectos derivados del matrimonio tanto a parejas del mismo como de distinto sexo, lo que recoge explícitamente la STS comentada (FD 3.6.2°).

Y señala el TS que con esta disposición se posibilita "la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica, sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza" (FD 3.3).

Ahora bien, a pesar de la intención del legislador de procurar los mismos efectos al matrimonio de parejas del mismo como de distinto sexo, el tratamiento que se realiza en la LTRHA en relación a la filiación de los hijos nacidos por aplicación de estas técnicas no es el mismo. Pues para que se atribuya la filiación del hijo habido por la mujer gestante a la cónyuge de la misma se requiere según el art. 7.3 de la Ley que exista matrimonio entre ambas, sin que medie separación legal o de hecho, y que la cónyuge no gestante dé su consentimiento ante el Encargado del Registro civil del domicilio conyugal antes de que nazca el hijo; no siendo necesario para la atribución de tal filiación su consentimiento para que se realice la fecundación *in vitro*. Por el contrario, para la atribución de la filiación matrimonial al marido, sea la fecundación homóloga o heteróloga, sólo se requiere el consentimiento del marido

antes de la utilización de las técnicas de reproducción asistida, con los requisitos de expresión libre, consciente y formal (art. 6.3).

Como se observa, en caso de matrimonio de dos mujeres se exige el consentimiento de la mujer no gestante antes de que nazca el hijo ante el Encargado del Registro civil, pero no se hace ninguna referencia al consentimiento para la utilización de las técnicas de reproducción asistida (aunque señala la doctrina que en la práctica registral sí se requiere que la madre no gestante haya prestado su consentimiento en el centro médico donde se vaya a realizar tal práctica; así, Tomás Martínez, G. "El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil". *Actualidad Civil* (2010). 748 ss., señalando además que el consentimiento ante el Encargado del Registro civil plantea diversas cuestiones no resueltas: competencia del Juez, domicilio del Registro, valor del consentimiento ante el centro médico, consentimiento prestado con posterioridad al nacimiento, entre otras; diversamente, Gonzáles Pérez de Castro, M. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, cit., 301, estima que tal consentimiento carece de importancia puesto que al no existir la preceptiva declaración ante el Encargado del RC no se determina la filiación; por el contrario, en caso de matrimonio heterosexual se exige sólo el consentimiento para la utilización de dichas técnicas, ningún otro requisito formal.

Es evidente que existe una mayor exigencia formal para las parejas formadas por dos mujeres que para las parejas heterosexuales.

Entiende la doctrina que el motivo de tal diferencia reside en que el consentimiento que presta el marido cumple la función de evitar la aplicación de las presunciones de paternidad, impidiendo que pueda impugnar *a posteriori* dicha paternidad [Callejo Rodríguez, C. "La llamada doble maternidad por 'naturaleza': la prevalencia de la voluntad de ser progenitora". *Diario La Ley* (2014). 8240, 3; Díaz Martínez, A. "La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida", cit., 81, quien estima que actualmente quizá haya de revisarse el alcance de la presunción de paternidad del art. 116 CC; Tomás Martínez, G. "El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil", cit., 753].

Sin embargo, no parece que este motivo pueda fundamentar esta diferencia que conlleva consecuencias importantes a la hora de determinar la filiación, pues en el ámbito de la reproducción asistida, en donde el otro cónyuge puede no ser el progenitor; como sucede en el caso de la fecundación heteróloga (en parejas heterosexuales y en parejas de dos mujeres), el consentimiento cumple la función de reconocer una filiación que no responde a la realidad biológica. Y que, por tanto, se funda en la voluntad de los cónyuges no progenitores (tanto del varón como de la mujer no gestante) de querer la paternidad o la maternidad no biológica,

de manera similar a lo que sucede en la filiación adoptiva (Tomás Martínez, G. “El consentimiento”, cit., 753). Por lo que parece que, en virtud de la igualdad en los efectos derivados del matrimonio igualitario, el legislador debería haber impuesto los mismos requisitos para ambos matrimonios.

Esta opción es la que se recoge en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en la que se requieren para atribuir la filiación de los hijos habidos por fecundación asistida, el consentimiento expreso del cónyuge, en parejas matrimoniales, o del hombre o de la mujer, en parejas no matrimoniales, formalizado ante un centro autorizado o en documento público, sin que se haga referencia al momento en que se debe realizar tal consentimiento (arts. 235, apartados 8 y 13 respectivamente). Por lo que en Cataluña se han equiparado los requisitos para atribuir la filiación tanto en parejas matrimoniales como no matrimoniales del mismo o distinto sexo.

En la sentencia que se comenta se trata de una pareja de dos mujeres, una de las cuales da su consentimiento en el centro médico para que se apliquen a su pareja las técnicas de reproducción asistida, antes de contraer matrimonio, y que contraen matrimonio antes de que se produzca el nacimiento de las hijas, sin que luego la mujer no gestante dé su consentimiento ante el Encargado del Registro civil antes de dicho nacimiento. Por lo que, por aplicación del art. 7.3 de la LTRHA, no se le puede atribuir la filiación de las mismas. Resolución que hubiera sido distinta si se hubiera dado valor al consentimiento dado para la aplicación de las TRHA en el centro médico, como así sucede en la aplicación de dichas técnicas en el caso de matrimonios heterosexuales.

III. LA RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL DERIVADA DE LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL MATRIMONIO DE DOS MUJERES.

Para la atribución de la filiación de los hijos habidos por fecundación *in vitro* en el caso de matrimonio de dos mujeres sólo cabe, como se ha visto, que, según el citado art. 7.3 LTRHA, la manifestación ante el Encargado del Registro civil del domicilio conyugal de que la cónyuge no gestante consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido. De tal manera que si falta ese requisito no se podrá realizar tal atribución.

Por su parte, el art. 7.1 (que trata de la filiación de los hijos nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida) establece que “La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos”. Concretamente, el art. 8, se refiere a la prohibición de la impugnación de la filiación matrimonial de los nacidos como consecuencia de la fecundación, al documento de consentimiento de

la fecundación y a la revelación de la identidad del donante, y el art. 9, al supuesto de fecundación en caso premoriencia del marido.

Esta remisión del art. 7 a la legislación civil implica que se deben aplicar las normas de determinación de la filiación matrimonial o extramatrimonial, según los casos (arts. 115 ss. y 120 ss. CC respectivamente). En el caso de filiación matrimonial, el art. 115 CC establece que “La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente: 1º) Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres. 2º) Por sentencia firme”. Sin embargo, en el supuesto presente las menores nacidas son inscritas con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre biológica en el mismo orden que ésta los ostenta, por lo que ella misma inicia ante el Registro Civil expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales de las menores practicadas, a efectos de que se rectifique dicho error pues el estado civil de la madre biológica no es de soltera, sino de casada, y para que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y designación de apellidos de las dos menores. Solicitud que le es denegada parcialmente en cuanto a la filiación de las hijas tanto en la resolución del Expediente como en el recurso de apelación ante la DGRN por Auto de 26 noviembre de 2008, porque, según se desprende de la resolución desestimatoria del recurso formulado, la Dirección General estima que no ha habido error sino que la inscripción se produjo de acuerdo con la manifestación de la declarante. Lo que se recoge en la SAP de Santa Cruz de Tenerife, que señala, además, que para paliar estos errores cabría haber acudido a la vía judicial ordinaria (FD 5). En el caso que se comenta, pues, la determinación de la filiación por la primera vía del art. 115 no es posible, dado que falta el requisito exigido en el art. 7.3 LTRHA. Tampoco cabía en este caso aplicar el art. 119 CC que señala que “La filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente conforme a lo dispuesto en la sección siguiente”, puesto que ni la LTRHA ni el CC contemplan la atribución de la filiación de los hijos habidos por fecundación asistida en parejas de hecho de dos mujeres. Por lo que a la madre no gestante sólo le quedaba un recurso: el ejercicio de una demanda de reclamación de maternidad matrimonial.

Esto es lo que hizo en base al art. 131 CC, que establece: “Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada”. En este caso no existía filiación legalmente determinada que contradecir; tan sólo la filiación determinada legalmente respecto de la madre biológica.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la AP, y posteriormente el TS, admitieron dicha demanda y reconocieron la filiación demandada.

Y para apreciar la existencia de posesión de estado fue fundamental el consentimiento dado por la cónyuge no gestante.

El TS señala que la determinación de la filiación en supuestos de fecundación *in vitro* de mujer casada con otra exige su consentimiento antes de que nazca el hijo, “con lo que se garantiza la igualdad entre matrimonios heterosexuales y homosexuales para cuya efectividad se exige que la manifestación se haga antes de que nazca el hijo, no en el momento de la inseminación, pues nada se dice ni se infiere del precepto, y es, además, la interpretación más acorde no solo con el hecho de que la inseminación no determina necesariamente el posterior embarazo y nacimiento del hijo de uno de los cónyuges, sino con el artículo 39 CE, que reconoce la protección integral de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación”. Aunque el TS considere que con esta fórmula se establezca la igualdad entre matrimonios heterosexuales y homosexuales, ya se ha señalado que el establecimiento de requisitos diferentes para la atribución de la filiación de hijos nacidos por aplicación de técnicas de reproducción asistida en parejas del mismo y distinto sexo introduce una desigualdad entre ellas, que vulnera la efectiva igualdad perseguida por la Ley 13/2005.

A continuación, sin embargo, el TS afirma que la determinación de la filiación derivada de la fecundación asistida en el caso de matrimonio de mujeres “no puede quedar subordinada a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante la clínica, en el que se prestó, una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo” (FD 3.2). Señala que el art. 7 LTRHA posibilita el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación, al amparo del art. 131 CC sobre la base de la posesión de estado “que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque ‘constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras’, hasta el punto, dice la sentencia recurrida, que ‘dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditado como de ordinario se exige’ (...)” (FD 3.5). Refiriéndose, además, al art. 8.2 LTRHA, relativo a la determinación de la filiación no matrimonial en caso de fecundación heteróloga en una pareja de hecho heterosexual, que dispone que “se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el art. 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad”, que reforzaría la voluntad de ser madre de

la cónyuge no gestante, que da su consentimiento en el centro médico antes de contraer matrimonio (FD 3.5).

A esta formulación del TS se ha realizado una doble crítica. Por un lado se ha estimado que se trata de una interpretación cuestionable, pues el TS atribuye al consentimiento prestado en el centro médico una trascendencia de la que carece en el ámbito de la regulación de la LTRHA, situándose en la línea de la regulación sobre la doble maternidad “por naturaleza” del CC de Cataluña. Por otro lado, se ha señalado que el TS realiza una interpretación amplia de la normativa y entiende que la existencia de consentimiento de la pareja no casada para llevar a cabo la fecundación artificial de una de las mujeres permite otorgar la filiación jurídica del caso enjuiciado, en que se ha ejercitado una acción de reclamación de la maternidad por posesión de estado, atribuyendo mayor valor al consentimiento en cuanto expresión de la voluntad de madre y de su pareja de querer asumir los papeles de progenitoras, que a la propia posesión de estado, como fundamento de la acción de reclamación de la filiación matrimonial, una interpretación tan amplia que supera la previsión legal del citado art. 7.3, y que, por tanto, el carácter absolutamente excepcional que tiene la llamada doble maternidad “por naturaleza” regulada en el art. 7.3 LTRHA debería haber llevado a nuestros tribunales a realizar una interpretación restrictiva del supuesto en él contemplado, de manera que sólo fuese admitido cuando se diesen los requisitos tasados que él establece (Callejo Rodríguez, C. “La llamada doble maternidad por ‘naturaleza’: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora”, cit., 4-5 y 9).

En cuanto al valor del consentimiento ante el centro médico que otorga la cónyuge no gestante, estimo que el TS no tiene la intención de sustituir dicho consentimiento por la manifestación que debe realizar dicha cónyuge ante el Encargado del Registro Civil que exige el art. 7.3. Sin embargo, el TS considera dicho consentimiento como una prueba más, pero especialmente cualificada, en la atribución de la filiación por reclamación de la misma por posesión de estado, que valora junto a las demás pruebas aportadas. En este sentido señala dicho tribunal que “la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad” (FD 3.5).

El TS entiende que en este caso concurren los presupuestos para ejercitar la acción del art. 131, tal como afirmó la AP, y considera que existen pruebas suficientes de la posesión de estado, que se ejerce “de manera ininterrumpida, continuada y pública y por el tiempo suficiente”, tales como la acreditada relación de hecho y de derecho, pruebas testificales, documentales, incluso gráficas, aportadas y admitidas en el procedimiento. Entre dichas pruebas incluye la adopción de una hija nacida por fecundación *in vitro* con carácter previo al matrimonio, el matrimonio de la madre gestante y de su pareja no gestante, en el seno del cual nacieron las

dos hijas concebidas también por fecundación *in vitro*, aunque concluyera con el posterior divorcio. A ello añade los actos propios de la madre gestante relativos a la interposición del expediente de rectificación del Registro Civil para que se incluyera a su cónyuge como tal y como madre de las dos niñas nacidas, las pruebas testificales de que las dos mujeres se comportaban como madres y las actividades judiciales llevadas a cabo por la mujer no gestante con la finalidad de mantener contacto con las menores. De entre todas ellas, el mismo TS señala que hay una que incluso exime del juego de la presunción judicial, y por tanto, a la que concede mayor valor, que es el consentimiento para la práctica de la técnica de reproducción asistida “de particular significación porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, hasta el punto de que en casos como éste dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige” (FD 3.5). Por otra parte, el TS considera que la posesión de estado “(...) constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida”. Y los actos probados son claros, evidentes y reiterados y sirven como “manifestación complementaria de esta posesión de estado a partir de una acreditada relación de hecho y de derecho entre las partes” (FD 3.6). El TS otorga, pues, una significación muy especial a la voluntad de las dos mujeres de ser madres, en particular, a la voluntad de la mujer no gestante, hasta el punto de que dicha voluntad es determinante de la legitimación del ejercicio de la acción de reclamación de la filiación. Sin embargo, un sector de la doctrina estima que hay que tener en cuenta que ese valor que se da al principio de autonomía de la persona en el ámbito de la reproducción asistida puede dar lugar a abundantes contradicciones y deja sin resolver los complejos problemas que suscita el desarrollo tecnológico en genética humana, cuya regulación y aplicación debe desarrollarse con pleno respeto a la dignidad e identidad humana y a los derechos inherentes a la persona [así, Vidal Martínez, J. “Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo”. *Revista de Derecho y Genoma Humano* (2011). 34, 188-195].

Esa voluntad de ser madres conjuntamente la une el TS al interés de las menores y el de la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas (FD 3.6).

Y estima que los intereses de la pareja deben deslindarse de los intereses de las menores (FD 3.6).

El TS ha realizado una interpretación de las normas interrelacionadas en este caso acorde con el principio de igualdad entre hombres y mujeres, recogido en la LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuyo

art. 3 se establece que “El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”, lo que expresamente recoge en su sentencia, aplicando dicho principio al supuesto de filiación por aplicación de la fecundación *in vitro*, en el matrimonio de mujeres, sin vulnerar el requisito formal exigido por la LTRHA, pues el valor que se da al consentimiento en el centro médico se aplica en sede de reclamación judicial de filiación matrimonial por posesión de estado, conjuntamente con la valoración de otras pruebas, aunque haciendo especial hincapié en el mismo puesto que supone una manifestación expresa de la voluntad de asumir dicha filiación.

Por otra parte, el TS tiene en cuenta al reconocer esa filiación matrimonial el interés de las menores. Como es sabido, los hijos tienen el derecho a recibir atención de sus padres en sentido amplio (que según el art. 154 CC, son velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, y representarlos y administrar sus bienes), el derecho a alimentos (arts. 142 CC ss.) y derechos sucesorios (arts. 108.2, 806 ss. y 930 ss. CC). La existencia de familias homoparentales es una realidad en España desde hace tiempo, y al no tener reconocimiento jurídico, existían derechos que no les eran reconocidos a los hijos de las mujeres no gestantes respecto de las mismas en cuanto no tenían atribuida dicha filiación, y sólo por la vía de pactos privados cabía subsanar esta situación. Aún cuando hoy dichas familias tienen cobertura jurídica se les plantean algunas necesidades todavía no cubiertas y ciertas dificultades jurídicas no superadas [vid. Agustín Ruiz, S. *Familias homoparentales en España: integración social, necesidades y derechos*. Madrid (2013): Universidad Autónoma de Madrid]. Esta ha sido, por otra parte, la posición de la jurisprudencia de nuestros Tribunales, reseñada en particular en la STS 12 mayo 2011 (RJ 2011, 3280), que cita otras sentencias anteriores [SSTS 31 julio 2009 (RJ 2009, 4581) y 11 febrero 2011 (RJ 2011, 2311)], y que en el caso de una pareja de hecho de dos mujeres, reconoció el derecho de la mujer no gestante a relacionarse con el hijo nacido por aplicación de las TRHA, cuando se produjo la ruptura de la pareja, aún cuando faltaba la relación biológica y la relación jurídica, considerando que no se trataba de un derecho de la mujer, sino de un derecho del menor a relacionarse con las personas con las que mantiene una relación afectiva. Postura que también mantiene el TEDH (*ad exemplum* S. 28 septiembre 2007, caso Wagner y J. M.W. L. vs Luxemburgo, citada por la STS 2011) [vid. Paniza Fullana, A. “Doble maternidad de hecho y su problemática. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2011”. *Aranzadi Civil-Mercantil* (2011). 7/2011, BIB 2011, 1597].

EITS no refuta la resolución de la DGRN en cuanto considera que tal resolución se ha dictado conforme a ley. Sin embargo, indirectamente cuestiona la validez del

requisito formal exigido por el art. 7.3 en relación a la fecundación *in vitro* en parejas casadas de dos mujeres en tanto en cuanto introduce una desigualdad de requisitos en relación al matrimonio heterosexual, que ya se había puesto de relieve por parte de la doctrina científica, dotando de mayor valor al consentimiento de la mujer no gestante a la aplicación de las TRHA en cuanto supone una declaración voluntaria y expresa de asumir la filiación derivada de las mismas.

Para concluir, a la vista de todos los datos anteriores, y como ya se ha manifestado por algunos autores, cabe señalar que el régimen de determinación de la filiación de los hijos nacidos por la aplicación de las técnicas de reproducción asistida es muy parco, dejando muchas situaciones sin regular. A ello debe añadirse que en la actualidad el régimen jurídico en materia de determinación de dicha filiación respecto al matrimonio de dos mujeres es fragmentario, insuficiente e incluso, en algunos casos, contradictorio. Por lo que, como ya preconizaban algunos autores [así, Díaz Martínez. A. "La doble maternidad legal", cit., 99-106; Barber Cárcamo, R. "Nuevos retos ante el derecho español de filiación". *Revista de Derecho privado* (2009). 3-47], la legislación sobre la materia debería revisarse contemplando los muy diversos supuestos que se producen en la realidad social y que se han planteado ante nuestros tribunales.

DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN
DETERMINADA POR LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO
DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. COMENTARIO A LA STS
835/2013, DE 6 DE FEBRERO DE 2014 (RJ 2014, 736)

REFUSAL OF REGISTRATION OF PARENTAGE DETERMINED
BY THE CONCLUSION OF A SURROGATE MOTHERHOOD
CONTRACT. COMMENT ON STS NO. 835/2013, OF 6 FEBRUARY
2014 (RJ 2014, 736)

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 400-419



Francisco
Javier
JIMÉNEZ
MUÑOZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de marzo de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 20 de marzo de 2014

RESUMEN: No es admisible el reconocimiento de decisiones extranjeras sobre la filiación a favor de los padres intencionales, derivada de un contrato de gestación por sustitución, por ir en contra del orden público internacional español. La consideración primordial del interés superior del menor debe apreciarse ponderándolo con los demás bienes jurídicos concurrentes.

PALABRAS CLAVE: maternidad subrogada, inscripción de filiación, reconocimiento de resoluciones extranjeras.

ABSTRACT: It is not acceptable the recognition of foreign decisions on parentage for intentional parents, derived from a surrogacy contract, as it is against the Spanish international public order. The primary consideration of the child's higher interests must be assessed weighting with the other legal interests.

KEY WORDS: Surrogate motherhood, registration of filiation, recognition of foreign judgments.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares. La gestación por sustitución.- II. La posición de la DGRN.- III. El reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español. Contrariedad a dicho orden público de la maternidad por subrogación.- IV. Inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual en la denegación de la inscripción.- V. El interés superior del menor.

SUPUESTO DE HECHO

El litigio tiene su origen en la solicitud en el Registro Civil consular de Los Ángeles (Estados Unidos), por parte de dos varones casados entre sí, de la inscripción de nacimiento de dos hijos, nacidos en mediante gestación por sustitución, presentando certificados de nacimiento expedidos por la autoridad registral de California. El encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción solicitada con base en la prohibición de la gestación por sustitución establecida en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA).

Los interesados interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el que solicitaron la revocación de la decisión del encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles y la inscripción de los menores en el Registro Civil español con la filiación determinada en los asientos registrales californianos. La Dirección General dictó resolución estimando el recurso y ordenando se procediera a la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de los menores tal como constaba en las certificaciones registrales extranjeras presentadas, en las que ambos recurrentes figuraban como padres de los nacidos, entendiéndose que dicha solución no vulneraba el orden público internacional español, evitaba una discriminación por razón de sexo y protegía el interés superior del menor.

El Ministerio Fiscal presentó demanda en la que impugnaba dicha resolución, por cuanto infringía el art. 10 LTRHA, que establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución y que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto, siendo así aquella contraria al orden público español y que por tanto no procedía la inscripción de la filiación en ella acordada.

La demanda fue estimada en primera instancia, acordándose dejar sin efecto y cancelar la inscripción de nacimiento acordada en la resolución.

• **Francisco Javier Jiménez Muñoz**

Es Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil (Acreditado a Titular) en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), en la que se doctoró con Doctorado Europeo, obteniendo el Premio Extraordinario de Doctorado, y Secretario del Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España (IDADFE). Ha escrito múltiples artículos y monografías, así como ha participado en diversas obras colectivas. Ha centrado sus líneas de investigación en la familia, las obligaciones y el Derecho civil europeo.

Los solicitantes recurrieron en apelación esta sentencia, y la Audiencia Provincial desestimó el recurso.

Contra esa sentencia interpusieron recurso de casación, por infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores, consagrado en la Convención de Derechos del Niño. Sostenían que no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio; que privar de su filiación a los menores vulnera el interés del menor, pues perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos, y los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo, y que el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales; y que el reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el orden público internacional español, pues éste impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución pero no el acceso al Registro Civil español de la filiación resultante de tal contrato, que es una consecuencia última y periférica del contrato.

El TS desestimó el recurso de casación.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El TS en Pleno sienta doctrina sobre el tratamiento que debe darse al reconocimiento de decisiones extranjeras sobre la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres intencionales.

Para el reconocimiento de una decisión extranjera es necesario que no sea contraria al orden público internacional español, entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan.

Por ello, no es admisible cuando produce la infracción de normas, como la prohibición de los contratos de gestación por sustitución, destinadas a evitar que se vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que sólo quienes disponen de elevados

recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.

El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que en casos como este tiene la consideración de “concepto esencialmente controvertido” al expresar un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social. En cualquier caso, la aplicación de la cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor no permite al juez alcanzar cualquier resultado: la concreción de dicho interés del menor debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, no los personales puntos de vista del juez; sirve para interpretary aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. Debe ponderarse con los demás bienes jurídicos concurrentes, como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. La protección del interés superior de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales, sino que habrá de partir, de ser ciertos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores.

Aplicando dichos criterios, en el caso enjuiciado, el TS se inclina por confirmar la denegación del reconocimiento de la resolución extranjera, pronunciándose en los términos que iré exponiendo a lo largo de este comentario.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

La actual legislación española parte de la gestación por sustitución (el problema de las denominadas “madres de alquiler”) como de un hecho conocido, no entrando a definirlo ni a contemplar sus distintos supuestos, sino que únicamente le niega efectos, siendo así una materia especialmente de tratamiento doctrinal.

Se trataría del supuesto por el que una pareja comitente (también denominados *padres intencionales*), que por cualquier motivo no puede o desea tener un hijo por sí misma, realiza un contrato con una madre sustituta o portadora (o *madre subrogada*), a fin de que, previa inseminación de ésta, dé a luz el niño deseado, entregándose a aquellos y siendo considerado el hijo de tal pareja. Este sencillo esquema general es susceptible de diversas modalidades, que veremos enseguida. Por otra parte, es el medio obligado (por obvias razones biológicas), al margen de la adopción, para que las parejas homosexuales masculinas, como en el caso analizado,

e incluso los hombres solos, puedan ser padres, supuestos en los que obviamente el óvulo provendrá de la propia madre sustituta o de una donante.

En concreto, podemos distinguir como modalidades de gestación por sustitución las siguientes:

a) Aportación por la pareja comitente únicamente del semen del varón, mientras que la mujer sustituta aporta su óvulo y llevará a cabo la gestación, en la denominada *maternidad subrogada tradicional, plena o total*, realizada normalmente a través de inseminación artificial (IA). De este modo, la mujer sustituta será madre biológica del nacido, además de ser quien le dará a luz, y el varón de la pareja comitente su padre biológico.

b) Aportación por la pareja comitente de la totalidad del material genético, de modo que la mujer sustituta únicamente llevará a cabo la gestación. Por tanto, los progenitores biológicos del nacido serán los miembros de la pareja comitente.

c) Aportación por la pareja comitente únicamente de los gametos de uno de ellos (sólo el semen o sólo el óvulo), que se combinarán con los gametos de una cuarta persona, normalmente también interviniente en el acuerdo de maternidad sustituta, el donante de ovocitos o semen respectivamente. Nuevamente, la mujer sustituta únicamente llevará a cabo la gestación, sin aportar material genético alguno, siendo padres biológicos el miembro de la pareja comitente que aportó sus gametos y el donante.

d) La pareja comitente no aporta gametos, obteniéndolos de donantes de semen y ovocitos, normalmente intervinientes en el acuerdo de maternidad sustituta. Al igual que en la situación anterior, la mujer sustituta únicamente llevará a cabo la gestación, sin aportar material genético alguno, pero ahora serán padres biológicos del nacido los correspondientes donantes.

Estos tres últimos supuestos serían variantes de la denominada *maternidad subrogada gestacional o parcial*, caracterizada como hemos visto por el hecho de que la gestante no aporta material genético propio, disociándose la maternidad genética y la gestación. Se realiza normalmente a través de fecundación in vitro con transferencia de embriones (FIVTE). Aunque es un procedimiento más complicado y de mayores costes psicofísicos y económicos que el de maternidad subrogada tradicional, actualmente es el de mayor relevancia práctica, porque —salvo en el supuesto que hemos visto como d)— se produce una mayor intervención genética por parte de los comitentes —en especial, cuando el óvulo proviene de la propia mujer comitente en parejas heterosexuales—, lo que hace que tiendan más a una variante que aporta mayor proximidad genética con ellos y, a la inversa, la falta

de vínculos genéticos con la gestante hace que en ocasiones tienda a verse más favorablemente.

En la LTRHA de 2006 se prohíbe de modo expreso en su art. 10 —idéntico al correlativo de la anterior de 1988— la gestación por sustitución, estableciéndose la nulidad de pleno derecho de los contratos por los que se convenga la gestación, con o sin precio (precisión relevante para evitar posibles dudas en cuanto al ámbito de prohibición, pues existen legislaciones que, aunque prohíben la gestación por sustitución retribuida, admiten la gratuita o *altruista*), a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Dicha renuncia habrá de ser previa a la gestación, dado que la Ley se refiere a un “*contrato en el que se convenga la gestación, ... [con] renuncia a la filiación materna*”, por lo que si el acuerdo para la entrega del niño al contratante o a un tercero y la “cesión” de la filiación materna se produjera tras el embarazo de la gestante, no se trataría de un supuesto de gestación por sustitución sino de adopción irregular, en fraude de ley a los requisitos que rigen la misma [así, STS Sala 2ª 24 junio 1992 (R) 1992, 587)], siendo aquí ya irrelevante la concurrencia de onerosidad en el contrato.

La nulidad de pleno derecho del contrato implicará su impugnabilidad en todo momento, en la medida en que la acción de nulidad es imprescriptible, así como la inexigibilidad de lo pactado y la irrepetibilidad de lo ya entregado, conforme a los arts. 1305 y 1306.1ª CC (según que la actuación sea delictiva, por haberse consumado o intentado la entrega por precio del nacido o haberse supuesto el parto, o se trate simplemente de un contrato con causa torpe pero impune penalmente). De este modo, la madre gestante que se arrepienta de lo acordado no deberá entregar al nacido ni tolerar la constitución de la filiación a nombre de la comitente, ni tampoco devolver las cantidades que hubiera podido percibir; ni, en el caso inverso, podrá imponer la recepción del niño o la constitución de la referida filiación, ni exigir la entrega de las cantidades acordadas pendientes de pago, no debiéndose tampoco indemnización alguna ni en un caso ni en el otro.

En tales casos, si pese a la prohibición llegaran a emplearse las técnicas de reproducción asistida de este modo, la filiación materna será la determinada por el parto, solución que el art. 10.2 LTRHA comparte con el art. 235-3 del Libro Segundo del CC de Cataluña (“*La filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento ...*”).

Por ello, si de modo fraudulento se consiguiera la inscripción de la maternidad a favor de la comitente, tal inscripción daría publicidad de un hecho falso. Por tanto, al margen de las posibles responsabilidades penales, se podrá impugnar la filiación materna inscrita indebidamente, bien por la mujer gestante que pudiera haberse arrepentido de la entrega del hijo, reclamando al mismo tiempo su propia maternidad, en base al art. 134 (si la impugnada es matrimonial —supuesto no contemplado

específicamente—) o 140 (si no lo es) CC; bien por los comitentes (lo que parece poco probable, dado que es lo que deseaban, además de por las implicaciones penales que supondría para ellos), bien por los herederos forzosos que pudieran resultar afectados por la filiación impugnada de existir posesión de estado (que será lo que generalmente suceda) o, finalmente por el Ministerio Fiscal. Asimismo, también podría impugnar esa filiación materna y reclamar la filiación no matrimonial de la gestante el propio hijo, en virtud de los arts. 134 o 140 (nuevamente, según que su filiación materna fuera matrimonial o no) y 133 CC.

En cuanto al padre, se determinará conforme a las reglas generales sobre la filiación que establece la LTRHA. Ello determina que, si la mujer gestante es casada, su marido (o incluso sus herederos) podrá, en base al art. 136 CC, impugnar la paternidad que se le atribuya conforme a la presunción legal del art. 116 de dicho Código (impugnación que también podrán realizar la gestante *en interés del hijo*, como “madre que ostente la patria potestad”, en virtud del art. 137, y el padre biológico conjuntamente con la acción de reclamación de su paternidad, en base al art. 134 en relación con el 133) y el padre biológico posteriormente reclamarla en base al art. 133 del mismo Código (y para ello podrá contar a su favor con las correspondientes pruebas biológicas de que así es).

El que la maternidad se atribuya a la gestante, y sólo la paternidad sea la que sea atribuible a los comitentes (en concreto, al varón), determina que si éste fuera casado o en pareja de hecho, el papel en este punto de su cónyuge o compañero sea irrelevante: no se determina la filiación en su favor; aunque luego podría acudir a la adopción. Por ello, el que consienta o participe en el recurso a la gestación por sustitución o aun se haya realizado sin su consentimiento no afectará en absoluto a la inexistencia de vínculo filiativo suyo con el nacido.

Si la mujer gestante no fuera casada, no habrá paternidad determinada legalmente mientras que no se proceda por alguna de las vías del art. 120 CC, pudiendo por tanto efectuar el varón comitente un reconocimiento expreso, que le atribuiría la paternidad en tanto no se impugnara, o iniciar un expediente registral en tal sentido.

Por último, la Ley señala que quedará, no obstante la regla de atribución de la maternidad a la gestante, la posibilidad de reclamación de la paternidad frente al padre biológico, conforme a las reglas generales. El inciso final del art. 10.3 de la Ley de 2006 (y ya antes el mismo precepto de la de 1988), al establecer esa posibilidad de reclamación de la paternidad frente al padre biológico, parece estar pensando únicamente en los supuestos en que aquél sea el hombre comitente, pues si fuera un donante esa posibilidad chocaría con el anonimato del mismo y la falta de vínculo de parentesco entre éste y el hijo nacido, establecidos en la propia norma.

Un supuesto de aplicación de este inciso podría darse cuando la madre gestante estuviera casada y se atribuyera la paternidad del nacido a su marido como consecuencia de la presunción legal: éste podría impugnar su paternidad, y asimismo el comitente-padre biológico podría reclamarla; si aquella no estuviera casada pero tuviera compañero sentimental, para atribuirle la paternidad a éste se requeriría una declaración de voluntad por su parte que probablemente no se producirá, pero si se diera, ese reconocimiento podría impugnarse conforme a las reglas generales.

En cualquier caso, y reconociendo que es ésta una cuestión especialmente polémica en la doctrina, lo que a nuestro entender no cabe es que en los casos de gestación por sustitución la madre gestante renunciara a su maternidad y se produjera una adopción por parte de los comitentes, pues con carácter general en todos los supuestos vendría a suponer un fraude de ley [en el mismo sentido, entre otros, De Verda y Beamonte, J. R. “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”. *Diario La Ley* (2010), 7.501, versión electrónica, 5]. Ello aún se complicaría en los casos en que la fecundación se produjera con semen de un donante, si tenemos en cuenta que entonces —al no haberse producido un vínculo filiativo ni siquiera con el hombre comitente— para la adopción “es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad”, según el art. 176.2 CC, y que conforme al art. 1.830. III LEC-1881 “en las adopciones que exijan propuesta previa, en ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados”. Y la cuestión puede complicarse todavía más si la gestante estuviera casada, pues debería además refutarse la presunción de paternidad matrimonial de su esposo (en caso contrario, debería éste también consentir a la adopción y volvería a requerirse en cualquier caso —ya que, nuevamente, no habría vínculo filiativo con el hombre comitente— propuesta de la entidad pública correspondiente).

No obstante, en el supuesto de que la paternidad se atribuyera *ab initio* al hombre comitente, el único obstáculo que se presentaría a esa adopción (ante la innecesariedad en este caso de propuesta previa de la entidad pública, conforme al art. 176.2.II.2.ª CC) sería el control judicial en la adopción, para evitar la efectividad del fraude de ley antes apuntado. Sin embargo, sí es cierto que en la práctica probablemente será muy difícil que esa evitación llegue a conseguirse, puesto que el juez que conozca de un procedimiento de adopción —dada la dificultad de probar la existencia de un contrato de “alquiler de útero”, y ya que obviamente no entrará en las intimidades sentimentales de los implicados— con toda probabilidad no indagará sobre cuál es el origen —a través de estas técnicas— de ese hijo y la posibilidad de que tal contrato existiera.

El hecho de que haya legislaciones que admiten la posibilidad de acudir a una gestación por sustitución (ya sea con carácter general, ya sólo a título gratuito), plantea el problema de cómo resolver las situaciones en que por parte de parejas (o personas solas) españolas se haya recurrido a esta actuación en uno de esos países, y la posibilidad de que la nulidad del contrato pueda considerarse una cuestión de orden público del Derecho español que excluiría tal legislación en caso de ser contraria a la misma. Es a esta cuestión a la que se enfrentan las diversas instancias que resolvieron el caso en estudio.

II. LA POSICIÓN DE LA DGRN.

En el presente caso, instada la inscripción del nacimiento de sus hijos por un matrimonio de dos varones en San Diego mediante gestación por sustitución, la misma fue denegada por el encargado del Registro Civil Consular en base a la prohibición de la gestación por sustitución en el art. 10.1 LTRHA, que dispone: "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero".

La DGRN, en su Resolución de 18 de febrero de 2009, estimó el recurso contra esa denegación y ordenó la inscripción de los nacidos como hijos del matrimonio, en base al art. 81 RRC y al sistema de reconocimiento de los documentos públicos extranjeros del art. 323 LEC, entendiendo que la cuestión de fondo que se ventila no se trataría de un problema de determinación de la filiación de los nacidos sino de la práctica de una inscripción del nacimiento mediante presentación de certificación registral extranjera de nacimiento, de si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español, no planteándose por tanto una cuestión de Derecho aplicable ni de fondo (la inscripción podría impugnarse ante los tribunales españoles por la vía civil ordinaria, y se establecería entonces la filiación de modo definitivo) sino sólo de reconocimiento en España de una certificación registral extranjera, que no produce efectos de cosa juzgada.

Por ello, se aplicaría dicho art. 81 (de modo que las certificaciones registrales extranjeras deben superar un control de legalidad, pero ello no implica que la autoridad registral extranjera haya debido resolver el caso igual que lo habría hecho la española), mientras que quedarían excluidas las normas españolas de conflicto (en concreto, el art. 9.4 CC) y consecuentemente la ley sustantiva a las que dichas normas de conflicto condujeran, y en especial en este caso la prohibición del art. 10 LTRHA. El control de legalidad se limita a la eficacia probatoria de los certificados de nacimiento, atendiendo en especial al interés superior de los menores como límite del "orden público internacional", recogido en el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

No obstante, cabe objetar que realmente aquí lo determinante no es la certificación registral en sí, sino la decisión judicial que ordena su expedición y determina la filiación de los menores, de la que aquélla trae causa y de la que es inseparable, por lo que realmente el control de legalidad habría de estar sujeto a un previo exequátur conforme al art. 83 RRC, y no —como hace la DGRN— un reconocimiento sobre la base del art. 81 RRC, sin control conflictual ni exigencia previa del exequátur de la sentencia californiana [Quiñones Escámez, A. “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”. *InDret* (2009). 3/2009, 13-15 y 25-29, y Pérez Monge, M. “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad”. *Revista de Derecho Privado* (2010), 58], y en cualquier caso, lo que no cabe es hacer un procedimiento de exequátur incidental alternativo, al margen del exigido en los arts. 955 ss. LEC. Ello es aún más claro con la nueva LRC-2011, pues su art. 98.2 establece expresamente que “en el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley”, si bien ha de tenerse en cuenta que el art. 96.2 de la nueva Ley no recoge ya como procedimiento exclusivo de reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras el exequátur, sino que se establece también la posibilidad de instar dicho reconocimiento directamente ante el Encargado del Registro Civil.

Además, para la DGRN la certificación del Registro californiano no sería contraria al orden público internacional, los principios básicos del Derecho español ni los intereses generales y la estructura jurídica básica de nuestro Derecho, sobre la base de cinco argumentos: nuestro Derecho admite la determinación de la filiación en favor de dos varones en los casos de adopción, y la no discriminación entre hijos naturales y adoptados ha de llevar a idéntica solución en el caso de los naturales; también admite en la LTRHA que la filiación conste registralmente en favor de dos mujeres, por lo que no admitir lo mismo respecto de dos varones supondría una inconstitucional discriminación por razón de sexo; el interés superior del menor impondría la inscripción en el Registro Civil español de la misma filiación que figura en el Registro extranjero y la certificación registral, pues en caso contrario los hijos, de nacionalidad española, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil, en contra de la Convención sobre los derechos del niño, y dicho interés superior del menor exigiría también el derecho del mismo a una identidad única por encima de las fronteras estatales (de modo que no podría ser distinta en el país de nacimiento y en el que viven), que se respetaría a través del reconocimiento de la creada en California al amparo de su ordenamiento y la inscripción de la certificación registral californiana en el Registro español; y finalmente en nuestro Derecho la filiación natural puede constar registralmente a favor de dos mujeres, en virtud de la LTRHA, lo que pone de manifiesto la existencia de obstáculos jurídicos

a la inscripción en el Registro Civil de una certificación registral extranjera que haga lo propio en favor de dos varones.

Finalmente, se entiende en la Resolución que los cónyuges no han realizado una actuación en fraude de ley por pretender la inscripción en el Registro de los menores, pues no han recurrido a ninguna norma con el fin de eludir una ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española para provocar la aplicación de la ley californiana mediante la creación de una conexión ficticia con California, ni que hubieran situado la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas para eludir una norma imperativa española. La certificación registral californiana no es una sentencia judicial, con efecto de cosa juzgada, que se intente introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible *erga omnes*.

Paralelamente a este caso concreto, aunque indudablemente motivado por él, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, de un modo muy criticable y aun incompatible con la legislación vigente [como destaca entre otros Vela Sánchez, A. J. "La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler". Diario *La Ley* (2011), 7.608, versión electrónica,7], trata de fijar los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos mediante el recurso a estas técnicas en el extranjero, y partiendo nuevamente de la idea del interés superior del niño establece la necesidad para dicho acceso al Registro Civil de una previa resolución judicial, dictada por tribunal competente, en la que se determine la filiación del nacido; resolución que deberá ser firme y los consentimientos prestados irrevocables, y dicha resolución judicial, salvo que resulte aplicable un convenio internacional que establezca otra cosa, deberá ser objeto del procedimiento de exequátur contemplado en la LEC de 1881 (o el procedimiento alternativo incluido por el art. 96.2.2º LRC-2011), de modo que la inscripción del nacimiento en el Registro Civil requerirá la presentación del auto judicial que ponga fin a tal procedimiento, junto a la solicitud de inscripción. No obstante, si la resolución judicial extranjera se hubiera dictado en un procedimiento judicial equiparable al español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil deberá controlar incidentalmente, antes de su inscripción, si puede ser reconocida en España. En cualquier caso, lo que no se considerará como título apto para la inscripción es una certificación registral extranjera, o una simple declaración acompañada de certificación médica sobre el nacimiento del menor, en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Asimismo, sorprendentemente, la Instrucción procede a establecer los requisitos que habrán de concurrir en un contrato nulo, como es el de gestación por sustitución, para poder proceder a reconocer sus efectos en la filiación del nacido

(¿puede hablarse entonces de contratos de maternidad subrogada nulos y “menos nulos?”): deberá constatarse la plena capacidad jurídica y de obrar de la gestante, a la que se aplican analógicamente los requisitos de la LTRHA (con lo que se aplican los requisitos de la Ley a un supuesto prohibido por la propia Ley), debiendo así tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica (cumpliendo a tal efecto las exigencias del protocolo obligatorio de estudio a que se refiere el art. 5.6 LTRHA) y plena capacidad de obrar y siendo su consentimiento libre, consciente, expreso y por escrito. Además, el cumplimiento de estos requisitos deberá certificarse por dos especialistas independientes, aportándose dicha certificación a la persona autorizante del convenio. Si en general el establecimiento de requisitos sanadores de un contrato declarado legalmente nulo por parte de una mera Instrucción puede ser muy criticable, resulta ya totalmente inadmisibles el que además la autoridad administrativa se arroge el papel de legislador, introduciendo *motu proprio* requisitos, como el del certificado de los dos especialistas, que la legislación aplicable (que, repetimos, considera nulo este contrato) en absoluto contempla ni siquiera para las técnicas autorizadas —el mencionado precepto sólo llega a decir que en el caso de muestras de donantes de otros países los responsables del centro remitido deberán acreditar el cumplimiento de los requisitos—, y no sólo respecto de los intervinientes, sino imponiéndoselos a la persona o entidad extranjera autorizante del convenio (frecuentemente un tribunal o registro civil) en el sentido de que para admitir su homologación del convenio dicha certificación habrá de serle aportada. Si ya la falta de rango normativo de la Instrucción para contradecir la nulidad establecida por la Ley es patente, el que se impongan requisitos procedimentales a autoridades extranjeras, obviamente no dependientes de la Dirección General autora de aquella, es totalmente insostenible.

Observamos así que, además de su insostenibilidad formal, en la práctica, la Instrucción viene a respaldar el fraude de ley derivado del “turismo reproductivo”: bastaría con obtener una resolución judicial extranjera determinando la filiación a favor de un español para que, en base al interés superior del menor, se inscribiera automáticamente dicha filiación, pese a la prohibición de la gestación por sustitución por la LTRHA.

III. EL RECONOCIMIENTO DE DECISIONES EXTRANJERAS Y EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL. CONTRARIEDAD A DICHO ORDEN PÚBLICO DE LA MATERNIDAD POR SUBROGACIÓN.

La pluralidad de ordenamientos jurídicos en los diversos estados y la libre circulación de las personas hacen que cada vez sean más frecuentes las relaciones jurídicas personales y económicas que se proyectan sobre diversos ordenamientos, pudiendo los ciudadanos y empresas elegir entre respuestas jurídicas diferentes cuando en una relación jurídica existen contactos con diversos ordenamientos,

elección que sin embargo tiene como límites el respeto al orden público entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, de modo que la "legalidad conforme a la Ley española" de los asientos extendidos en Registros extranjeros que exige el art. 23 LRC deba entenderse como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español, y a este aspecto ha de extenderse el control en que consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera. Que dicha certificación registral extranjera no produzca efectos de cosa juzgada y cualquier parte legitimada pueda impugnar ante los tribunales españoles la inscripción en el Registro Civil español de la misma, no elimina la realización por el encargado del Registro Civil español del control de contenido del asiento objeto de dicha certificación, de modo que deniegue su acceso al Registro Civil español cuando sea contrario al orden público internacional español.

Las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, de modo que la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención del orden público internacional español, y de estos otros posibles vínculos determinantes de la filiación resulta también que la filiación puede quedar legalmente determinada respecto de dos personas del mismo sexo. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, destaca la sentencia que es aceptable que la generalización de la adopción y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paternofiliales vedadas a la mayoría de la población, y así se han elaborado instrumentos legales internacionales que regulan la adopción internacional que establecen que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna, y las leyes que en los diversos países regulan las técnicas de reproducción humana asistida, y en concreto la gestación por sustitución.

Por tanto, las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 LTRHA, integran el orden público internacional español. Es cierto que el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público "atenuado", pero la intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España, y en este

caso —señala la sentencia— los vínculos eran intensos puesto que los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España, siendo la vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida completamente artificial, fruto de la “huida” de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico), e incluso tipifica ciertos supuestos como delito. La regulación que se contiene en la ley española no es excepcional en los países de la Unión Europea, sino que en un número considerable de ellos la gestación por sustitución no está permitida, siendo prácticamente unánime su prohibición cuando tiene carácter oneroso.

La decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado resultaría así contraria al orden público internacional español por incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia, y la inscripción de la filiación que se pretende no es solamente una consecuencia “periférica” de dicho contrato, puesto que la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución, y no puede admitirse esa disociación entre el contrato y la filiación.

De este modo, esa filiación es frontalmente contraria a la prevista en el art.10 LTRHA y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina.

El voto particular, suscrito por cuatro magistrados, entiende sin embargo que conforme al art. 81 RRC el documento presentado era de los que permiten la inscripción en el Registro Civil sin necesidad de controlar su legalidad conforme a la ley española, al haberse producido conforme a la ley californiana, no resultando aplicable el art. 10 LTRHA al haber sido ya determinada la filiación por una autoridad, con lo que el problema se trasladaría a resolver si esta decisión contraría o no el orden público internacional, y en ese punto, si bien el legislador español considera nulo el contrato de gestación por sustitución, ha de diferenciarse la admisión de estas prácticas en España, que en el momento actual son ilegales, de sus efectos cuando provienen de un Estado en el que se admiten, porque lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una

decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa, y el orden público en esta materia no debe valorarse desde la perspectiva de la contrariedad con la normativa interna, sino desde la consideración que merezca la tutela del interés del menor:

Por otra parte, sigue el voto particular; la tendencia en el derecho comparado camina hacia la regularización y la flexibilización de estos supuestos, y así en España la Instrucción de la DGRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, de 5 de octubre de 2010, mencionada anteriormente, con la que se permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos a través de gestación por sustitución en los países cuya normativa lo permita siempre que alguno de los progenitores sea español. Este orden público atenuado, o inexistente en la práctica, es lo que ha permitido reconocer ciertos efectos en nuestro ordenamiento a esta suerte de contratos referidos prestaciones de paternidad o maternidad por parte de los comitentes, e igualmente en el informe preliminar a la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya de 10 de marzo de 2012, sobre los problemas derivados de la gestación por sustitución, lejos de rechazarlo trata de uniformar los acuerdos internacionales y de procurar una regulación internacional que dé respuesta a una realidad social evidente.

A esto cabría objetar que, como indica la propia sentencia, el interés del menor no es un valor absoluto que deba preponderar en todo caso y sobre todo bien jurídico, aun en contra de las normas imperativas, y que por otra parte no tiene mucho sentido tomar como argumento a favor de la resolución recurrida una norma, como es la Instrucción indicada, del propio Centro Directivo autor de dicha resolución.

IV. INEXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO U ORIENTACIÓN SEXUAL EN LA DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN.

La alegación de los solicitantes de que no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio, porque sí es posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres en el caso de que una de ellas se someta a un tratamiento de reproducción asistida y la otra sea su cónyuge (art. 7.3 LTRHA), no es admisible para la sentencia objeto de comentario: la desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluye en principio la existencia de un trato discriminatorio por el hecho de que la consecuencia legal de uno y otro supuesto sea diferente.

La causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California. Por tanto, la solución habría de ser la misma si los contratantes hubieran constituido un matrimonio homosexual

integrado por mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho, o una sola persona, hombre o mujer.

V. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

El art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño, lo que también se establece en el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tiene anclaje constitucional en el art. 39 CE, se recoge en la legislación interna (regulación de las relaciones paterno-filiales del CC y en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor), y ha regido la jurisprudencia del TS, del TC y del TEDH (sentencias de 5 de noviembre de 2002, caso Yousef contra Países Bajos, de 10 de enero de 2008, caso Kearns contra Francia, y de 7 de marzo de 2013, caso Raw y otros contra Francia).

El interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado, pero entra en los “conceptos esencialmente controvertidos”, esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio, y no puede tomarse como un valor absoluto, pues —indica la sentencia—la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él. La invocación indiscriminada del “interés del menor” serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas.

La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. Además, tal principio no es el único que se ha de tomar en consideración: pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación, como el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación, principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y

las relaciones familiares, como es el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

Es cierto que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores, pero el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor, y la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil.

El menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales, pero en este caso los menores no tienen vinculación efectiva con Estados Unidos, puesto que los recurrentes acudieron a California sólo porque allí era posible concertar un contrato de gestación por sustitución, con la consiguiente determinación de la filiación a su favor, que en España y en los países más cercanos estaba prohibido, no existiendo un riesgo real de vulneración de una identidad única.

Tampoco se vulnera con la denegación de la inscripción el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del CEDH, pues siendo efectivamente una injerencia en ese ámbito de vida familiar, reúne los dos requisitos que la justifican según el TEDH en la sentencia de 28 de junio de 2007, caso *Wagner* y otro contra Luxemburgo: está prevista en la ley, pues esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; y es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

Finalmente, respecto de la alegación de la desprotección en que se dejaría a los menores, puede decirse que la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución, tal como fueron aceptadas por las autoridades de California con base en la legislación de dicho estado, que admite el contrato oneroso de gestación por sustitución y que la filiación quede determinada a favor de quienes realizan el encargo. La protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual.

Este recurso no tiene por objeto adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes en forma distinta al pretendido reconocimiento de la filiación fijada en el registro de California. Pero si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los recurrentes, la solución que ha de buscarse habrá de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, y así el propio art. 10 LTRHA permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo, además de figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción.

El voto particular, en cambio, sí consideró que el interés de los menores queda afectado gravemente, por cuanto a los niños, de nacionalidad española, se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto. Este interés —se señala— se protege antes y después de la gestación, y aquí se hizo por los tribunales americanos en el primer caso y se ha negado en el segundo: se ignora una nueva realidad y no se procuran las soluciones más beneficiosas para los hijos, y ante la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudicaría a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor; identidad que habrá de prevalecer sobre otras consideraciones.



LA CUSTODIA COMPARTIDA COMO RÉGIMEN MÁS
FAVORABLE AL INTERÉS DEL MENOR. COMENTARIO A LA STS
NÚM. 758/2013, DE 25 DE NOVIEMBRE (RJ 2013,7873)

THE CUSTODY SHARED AS THE BETTER REGIME FOR CHILD
INTEREST. COMMENT ON STS NO. 758/2013,
OF NOVEMBER 25 (RJ 2013, 7873)

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 420-431



Fabiola
MECO
TÉBAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de enero de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: La custodia compartida debe ser considerada en la actualidad como un régimen normal y no excepcional por cuanto que fomenta la integración del menor con ambos progenitores, estimula la cooperación de éstos en beneficio del menor; evita en el menor el sentimiento de pérdida afectiva y salva los desequilibrios en los tiempos de estancia y acompañamiento del menor.

PALABRAS CLAVE: Custodia compartida, interés del menor, modificación de medidas, variación sustancial de las circunstancias.

ABSTRACT: Shared custody should be considered nowadays as a normal regime and not an exceptional one, because it promotes the child's integration with both parents, it stimulates their cooperation in favour of the child, avoids in the child the appearance of the feeling of effective loss and also, avoids instability in stance time and in accompaniment time with the child.

KEY WORDS: Shared custody, minor interest, measures modification, substantial variation of circumstances.

SUMARIO: I. Consideraciones previas: la normalización del régimen de custodia compartida.- II. La modificación de medidas por alteración de las circunstancias.- III. El interés superior del menor como fundamento del régimen de la custodia compartida en la legislación y en la jurisprudencia.- IV. La custodia compartida ¿es siempre el régimen más favorable al interés del menor? A propósito de los criterios-límite para su reconocimiento.

SUPUESTO DE HECHO

El recurso de casación interpuesto ante el TS por el progenitor no custodio y por el Ministerio Fiscal tiene por finalidad el establecimiento del régimen de custodia compartida por considerarse más beneficioso para el menor y haberse alterado las circunstancias existentes desde la firma del convenio regulador.

Los progenitores presentaron en 2009 demanda de divorcio de mutuo acuerdo en cuyo convenio regulador se otorgaba la custodia a la madre con visitas a favor del padre. Dos años después, en 2011, el padre presentó demanda de modificación de medidas en solicitud de custodia compartida alegando variación de circunstancias desde la firma del convenio. Dicha demanda fue estimada por considerar que había una tendencia favorable al establecimiento del régimen de custodia compartida que no existía con anterioridad.

Recurrida la sentencia ante la AP de Orense, ésta revoca la sentencia de instancia por considerar que el cambio de opinión social sobre custodia compartida no implica alteración de circunstancias.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El TS establece que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido tras jurisprudencia del TC, la reforma del Código Civil y la legislación autonómica relativa a la custodia compartida, que consideran que es un régimen normal y no excepcional, que además en el caso enjuiciado favorece el interés del menor al fomentar su integración con ambos progenitores.

• Fabiola Meco Tébar

Es Profesora Asociada de Derecho Civil de la Universitat de València, en la que se graduó y doctoró. Es Abogada en ejercicio especializada en temas de familia. Ha centrado sus líneas de investigación en la persona, responsabilidad, propiedad y familia. Es co-autora de obra colectiva Manual Multimedia Derecho de Familia. Valencia (2012): Tirant lo Blanch; y, entre otros artículos, de "Género y familia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano" en Democracia y participación política de las mujeres. Valencia (2012): Tirant lo Blanch.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: LA NORMALIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA

La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores a los progenitores que, en contextos de crisis manifestada en nulidad, separación y divorcio del matrimonio y/o ruptura de la unión de hecho, han decidido cesar la convivencia individualizada, como es bien sabido, al titular o titulares de la responsabilidad diaria en el cuidado y protección de dichos menores. La guarda y custodia queda ligada a la convivencia en un domicilio o residencia con los menores. Pero en su atribución, por más que la norma no sea lo deseablemente explícita que debiera en este aspecto, debe destacarse la irrelevancia de que la convivencia previa entre los progenitores sea marital o no, porque la Constitución Española en su art. 39 no identifica a la familia que los poderes públicos están llamados a proteger con la que tiene su origen en el matrimonio. Antes al contrario otras formas de convivencia familiar son también objeto de protección constitucional, tal y como tiene además reconocido el TC en varias de sus sentencias, como la 222/1992, de 11 de diciembre 1992 (RTC 1992,222), FJ 5. y la 47/1993, de 8 de febrero 1993 (RTC 1993, 47).

La guarda y custodia de los hijos conforma el contenido de la patria potestad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 154. 1 CC: “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral” es la forma del legislador de aludir a ella. A ella se refiere con otras expresiones como la que utiliza en el art. 90 del Código civil (en adelante CC) bajo la expresión “cuidado de los hijos sujetos a patria potestad”. Es la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 la que utiliza la expresión de guarda y custodia en los arts. 748.4, 769.3 y 770.6 que regulan los procesos matrimoniales y de menores, que viene a trasladar al ámbito normativo lo que en la práctica judicial y jurisprudencial era ya una realidad. En este sentido Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L. *Derecho de Familia y de la persona*. Barcelona (2007): Bosch, 530, manifiesta que “desde mucho antes de la entrada en vigor de esta Ley procesal, la terminología habitual en los litigios matrimoniales e, incluso, en todos los referidos a hijos menores e incapacitados, venía incorporando esta expresión de *guarda y custodia* en sustitución de *cuidado* o de *potestad y protección*”.

Respecto de la guarda y custodia compartida, no es hasta la reforma del artículo 92 CC operada por Ley 15/2005, de 8 de julio, cuando dicho texto legal hace alusión directa al “ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos” (apartado cuarto), a la “guarda conjunta” (apartado séptimo) o a la “guarda y custodia compartida” (apartado octavo); terminología con se la identifica mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia esta figura jurídica.

Hasta 2005 la atribución de la guarda y custodia de los menores quedaba por regla general atribuida en exclusiva a uno u otro progenitor en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, bien en aplicación del principio dispositivo

(por acuerdo mismo de los progenitores explicitado en el convenio regulador) o bien por decisión judicial resolutive de un conflicto familiar declarado. Si bien, en todos los casos al progenitor no custodio, en cumplimiento del derecho a relacionarse con los hijos comunes, contemplado en el art. 160 CC, se le reconocía un régimen de visitas, tenencia y comunicación con sus hijos/as menores (igualmente convenido o dispuesto por el juez en caso de desavenencia). Como bien indica Blasco Gascó, F.d.P. *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Valencia (2013): Tirant lo Blanch, 313, “el Código civil ciertamente no prohibía la guarda y custodia compartida, pero como tantas otras (como la determinación de la pensión compensatoria) se entendió de manera unidireccional o unidimensional”. Por consiguiente, este silencio normativo se traducía en su no reconocimiento, en unos casos por falta de demanda explícita de las partes y en otros por negativa judicial a acordarlo al no ampararlo directamente la norma.

En esta reforma no hizo el legislador el esfuerzo de definir este régimen de custodia para con los hijos menores, que se echa en falta. No obstante, para salvar ese escollo en este comentario, nos serviremos del que efectúa la Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat Valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que en su art. 3 concibe el régimen de *convivencia* compartida, como lo califica el legislador valenciano, como “el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial”.

Igualmente nos serviremos del Preámbulo de la ley Aragonesa 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, en el que clarifica la diferencia entre la custodia compartida y la custodia alternativa al decir que “custodia compartida no implica necesariamente una alternancia en la residencia de los hijos con sus progenitores en períodos iguales pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida”.

Esta normativa autonómica referida no ha sido la única en afrontar la regulación de la materia de custodia compartida, otras son igualmente destacables como la navarra (Ley Foral 3/2011 de 17 de marzo sobre custodia de los hijos en casos de ruptura de la convivencia de los padres), o la catalana (Ley 25/2010 de 29 de julio que reforma el libro 2º del Código civil de Cataluña, referente a la persona y familia, en sus arts. 233-9, 10 y 11). Lo cierto es que todas ellas, como apunta la sentencia que estamos comentando, marcan un nuevo rumbo en la normalización entendida como no excepcionalidad, así como en el reconocimiento y aplicación del régimen de custodia compartida.

II. LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS POR ALTERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Una de las cuestiones de interés en la STS 758/2013 es el procedimiento utilizado para la modificación del régimen de guarda y custodia unilateral asignado, por mutuo acuerdo de los cónyuges, a la madre. Para ello el progenitor no custodio, en este caso, el padre se sirve del art. 775 LEC que establece la posibilidad de solicitar una modificación de medidas convenidas en el caso en que "hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas". El procedimiento utilizado para ello será el del juicio verbal establecido en el art. 770 LEC para las demandas de separación y divorcio, y la carga de la prueba será para el progenitor o progenitores que pretendan la modificación de medidas, según el art. 1214 CC.

Esta solicitud puede partir de ambos cónyuges de común acuerdo o de uno de ellos sin el consentimiento del otro. Por consiguiente es factible la modificación de medidas definitivas no sólo de las adoptadas en defecto de acuerdo, también de las que fueron en su día convenidas, como es el caso que enjuiciamos.

La problemática en la utilización de este procedimiento se transluce en la STS 758/2013 y se centra en clarificar si se ha producido en el caso enjuiciado una alteración de las circunstancias para determinar, como manifestado la doctrina, si esa variación tiene carácter suficiente, relevante y permanente. Son numerosas las sentencias que reconocen la existencia de esa variación en supuestos en los que se ha producido el cambio de domicilio de un progenitor a otra ciudad, la enfermedad grave del progenitor custodio, o el riesgo para el menor, entre otros muchos. Y también son varias las resoluciones que la niegan tal modificación al valorar que las circunstancias referidas o no se dieron o no tienen la entidad suficiente requerida. Lo significativo de la STS 758/2013 es que tanto ella, como la de instancia, han reconocido que esa variación de circunstancias se ha producido, que tiene un carácter extraordinario y sobrevenido, y que viene marcada, no por circunstancias como las referidas, sino porque éstas se identifican con la propia jurisprudencia del TC y del propio TS, la reforma del Código Civil y la amplia legislación autonómica que vienen a reconocer que la custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional. Ello determina una realidad normativa diversa a la que en su día fue objeto. Si bien destaca que las amplias facultades reconocidas a los Tribunales por la STC 185/2012, de 17 octubre de (RTC 2012,185) para la libre decisión en esta materia sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal tienen una frontera infranqueable, en la que en este comentario vamos a detenernos, que es el interés del menor.

III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO FUNDAMENTO DEL RÉGIMEN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA

La custodia compartida se ha justificado desde el ámbito social, legislativo, doctrinal y judicial sobre la base de tres principios fundamentales:

1º) la igualdad real entre hombres y mujeres;

2º) la corresponsabilidad parental traducida en el reparto efectivo y equilibrado de derechos y responsabilidades de los progenitores en el ejercicio de sus funciones parentales; y

3º) el interés superior del menor.

Sin perjuicio de la trascendencia que implica el avance en materia de igualdad y de corresponsabilidad entre progenitores, en este análisis nuestro interés se va a centrar únicamente en la concreción del interés superior del menor, pues es respecto de él en torno al cual el TS se posiciona en la sentencia 758/2013. Fundamentalmente porque, tal y como tiene reconocida la Sala 1ª de este Tribunal en SS 9 marzo 2012 (ROJ 2012, 1845), 22 julio 2011 (ROJ 2011, 4924) y 21 julio 2011 (ROJ 2011, 4925), “la revisión en casación de los casos de guarda y custodia sólo puede realizarse si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor” al concretar un régimen de custodia que no resulta favorable al mismo. Y en segundo lugar porque como igualmente tiene reconocido este Tribunal en SS. 8 octubre 2009 (ROJ 2009, 5969), 7 julio 2011 (ROJ 2011, 4824), 27 septiembre 2011 (ROJ 2011, 5880), 25 mayo 2012 (ROJ 2012, 3793), 12 diciembre 2013 (ROJ 2013, 5824) y 17 diciembre 2013 (ROJ 2013, 5966), entre otras, el interés del menor es un principio básico en la determinación de la guarda y custodia de ambos progenitores.

La normativa europea, estatal y autonómica se ha hecho eco de la relevancia del interés del menor en esta materia. Destacable resulta a nivel europeo la Carta europea de derechos del niño de 21 de septiembre de 2012 en sus párrafos 14 y 15 en los que reconoce que en casos nulidad, separación o divorcio toda decisión que se adopte en cualquier ámbito (familiar, administrativa o judicial) deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguarda de los intereses del menor; que implica su derecho a ser oído en procedimientos como el que valoramos, es decir, el otorgamiento de la guarda y custodia. En este sentido, el Reglamento Europeo 2201/2003 del Consejo de Europa de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental contempla como motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental que no se haya dado posibilidad de audiencia al menor.

Por cuanto respecta a la legislación estatal el art. 90.2 CC establece que “los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”. Por su parte, el art. 92.8 CC establece que incluso en los casos en los que no concurren los requisitos legalmente establecidos para la apreciación de la custodia compartida (92.5 CC-solicitud de ambos progenitores), el Juez puede acordarla a instancia de una única parte y con informe favorable del Ministerio Fiscal “fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”. A este respecto, ya hemos mencionado cómo el Tribunal Constitucional ha relajado la interpretación literal del art. 92.8 CC al entender en la sentencia ya aludida 185/2012 contrario al derecho a la tutela judicial efectiva que el dictamen favorable del Ministerio Fiscal tuviera carácter vinculante.

La legislación autonómica ha ido en su tenor literal más allá, como sucede con la Ley valenciana 5/2011 en su art. 4 establece como régimen preferente o como regla general “la atribución a ambos progenitores de manera compartida el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”. Igualmente considera preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores la legislación aragonesa 2/2010 en su art. 6.2.Y establece de igual forma en su art. 6.5 que “la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor”.

No van tan allá la legislación catalana (art. 233) y la navarra (art. 3), que no se pronuncian respecto de la preferencia de la custodia compartida, como sí hemos visto hacen los legisladores autonómicos valenciano y aragonés, dejando en manos del Tribunal la determinación o concreción del régimen de custodia más oportuno en interés del menor.

De todo cuanto se ha expuesto, puede a modo de conclusión decirse que en la libertad de los progenitores está el lograr un acuerdo respecto del régimen de guarda y custodia de los hijos menores, que velará siempre por el interés principal y superior de éstos; circunstancia ésta que deberá verificar el juez en la adopción de las medidas correspondientes a cada caso. En caso de desacuerdo entre los progenitores, surge la polémica respecto de si esa discrepancia puede ser impeditiva o no para el reconocimiento de la custodia compartida solicitada por uno de los cónyuges. ¿Puede garantizarse en estos casos el interés del menor? Como hemos visto, la legislación autonómica y la propia jurisprudencia han avanzado en la admisibilidad de esta posibilidad siempre que se verifique salvaguardado el interés del menor, sin que sea exigible para ello como requisito indispensable la opinión

favorable del Ministerio Fiscal. Referentes comparados incluso, en Bélgica, Francia e Inglaterra avalan esta posibilidad de que el juez conceda la guarda y custodia compartida en casos de falta de acuerdo entre los cónyuges. Incluso es posible ir más allá, pudiendo referirnos a mayor abundamiento, de *lege ferenda*, lo dispuesto en el Anteproyecto estatal de ley sobre ejercicio de corresponsabilidad parental en casos de nulidad, separación o divorcio, de 19 de julio de 2013, que pretende dar un paso más al reconocer la posibilidad de que la custodia compartida se aprecie de oficio sin que ningún progenitor la solicite. Si bien no es momento de entrar en ello, conviene dejar constancia de la crítica contundente del Consejo General del Poder Judicial que en su informe sobre este Anteproyecto ha establecido que esa posibilidad "contradice la doctrina jurisprudencial imperante, que considera improcedente la adopción de ese modelo cuando ninguno de los padres lo solicite [...] la opción seguida debería ser repensada, pues el hecho de que ninguno de los progenitores interese el ejercicio compartido de la guarda y custodia deja entrever la falta de credibilidad de aquéllos, respecto de un modelo que exige un alto grado de cooperación para que resulte exitoso, toda vez que las decisiones relativas al cuidado de los menores y las pautas educativas a seguir necesariamente deberán ser consensuadas, so riesgo, en caso contrario, de revertir negativamente en el interés del menor".

En la STS 758/2013, el Tribunal considera que se protege mejor en el caso el interés del menor con el reconocimiento y establecimiento de la guarda y custodia compartida solicitada por un cónyuge, a pesar de la negativa expresa del otro que quería el mantenimiento de la custodia unilateral otorgada en su día de mutuo acuerdo en su favor. Y lo hace el Tribunal al reconocer que las circunstancias del caso que se valoraron en la instancia escenifican visitas sin incidencias ni enfrentamiento de los padres, proximidad de domicilios y ausencia de incidentes en la convivencia y estancia en semanas alternas con el hijo menor. Por consiguiente, manifiestan una aplicación correcta por el juez a quo del principio de protección del interés del menor, en su libertad para determinar lo mejor convenga al menor (art. 92.6 y 9), motivo por el cual casa la sentencia de instancia por infracción del art. 92 CC y de la jurisprudencia que lo desarrolla.

IV. LA CUSTODIA COMPARTIDA ¿ES SIEMPRE EL RÉGIMEN MÁS FAVORABLE AL INTERÉS DEL MENOR? A PROPÓSITO DE LOS CRITERIOS-LÍMITE PARA SU RECONOCIMIENTO.

En último término nos planteamos abordar, de conformidad con lo dispuesto en la STS 758/2013, cómo se alcanza la certeza de que la custodia compartida es el régimen más favorable al interés del menor o dicho en otros términos qué garantías o límites se establecen por parte del legislador y del juez en su reconocimiento.

No se presta a debate, por resultar axiomáticas las situaciones que favorecen o dificultan al máximo el reconocimiento del régimen de custodia compartida. En el primer caso, encontramos los contextos de buena lid entre los progenitores, esto es, de suma conciencia por parte de ambos de su co-responsabilidad parental y voluntad activa en la participación solidaria de las funciones parentales, que normalmente canaliza a través de un acuerdo de custodia compartida previo al proceso judicial (propuesta de convenio regulador) o alcanzado en el curso del mismo. Son estos los escenarios óptimos, desde todo punto de vista, para el establecimiento del régimen de custodia compartida, por ser en ellos donde el interés del menor es objeto de mayor reconocimiento y protección.

En el segundo ámbito, el de las situaciones que favorecen abiertamente su negativa, se sitúan los casos en los que existen indicios fundados y razonables de criminalidad por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de sus hijos o hijas o los casos de violencia doméstica o de género. Son escenarios todos ellos vedados al reconocimiento de la guarda y custodia compartida, como bien reconoce el legislador estatal (92.7 CC) y autonómico, pero también incluso para el establecimiento de una guarda y custodia individual.

La dificultad estriba en identificar, en escenarios de desavenencia entre los progenitores, los parámetros que dibujan el buen maridaje entre custodia compartida e interés del menor: A este respecto, la STS 8 octubre 2009 (ROJ 2009, 5969) en ausencia de criterios legales para acordar la custodia compartida identificó, sin ánimo de exhaustividad, los siguientes: "la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven". Esta doctrina sigue siendo de aplicación, como puede verse en los fundamentos jurídicos segundo y cuarto de la más reciente STS 29 abril 2013 (ROJ 2013, 2246).

Por su parte, años más tarde la Ley valenciana 5/2011 en su art. 5 establecía un elenco factores a tener en cuenta en la atribución a ambos progenitores del régimen de convivencia compartida, en los que al margen de los anteriores citados y haciéndose eco de los criterios recogidos en la jurisprudencia, mencionaba los siguientes: la edad de los hijos/as que en casos de menores lactantes favorece un

régimen de convivencia progresivo de menor a mayor extensión a favor de éstos, los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de éstos/as y la disponibilidad de cada progenitor para mantener un trato directo con los hijos/as menores de edad. Igualmente destacable resulta el criterio establecido a este respecto por el legislador catalán en el art. 233.1 c) que alude a “la actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores”.

Ejemplificativo de cuanto se ha dicho resulta lo dispuesto en la STS 758/2013 en cuyo fundamento jurídico cuarto considera que en el caso enjuiciado se valora el otorgamiento del régimen de custodia compartida requerido por el progenitor no custodio a la luz de las siguientes circunstancias:

- el régimen de visitas se ha desarrollado sin incidencias;
- el trabajo del padre como comercial le permite organizarse su agenda, por lo que no le impide el cuidado del menor; en lo que está auxiliado por su madre y su hermana;
- el enfrentamiento entre los padres, no consta que redunde en perjuicio del menor; dado que con frecuencia han convenido armoniosamente en el cambio de los días de visita y el aumento de los mismos;
- la proximidad de los domicilios paterno y materno;
- la realidad de que el menor convivió con ambos padres en semanas alternas en régimen de custodia compartida desde la sentencia de primera instancia, hasta su revocación, sin que exista constancia de incidentes;
- la madre seguirá viéndolo incluso en las semanas que no le corresponda, en horario escolar; pues es profesora del mismo Colegio al que asiste el menor.

Por todo ello, atendidas todas estas circunstancias que concurren en el caso y que son fiel reflejo o trasunto de los criterios jurisprudenciales y legales, el TS concluye diciendo que atendido todo ello “en este caso con el sistema de custodia compartida:

- a) se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia,
- b) se evita el sentimiento de pérdida
- c) no se cuestiona la idoneidad de los progenitores,

d) se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que se ha venido desarrollando con eficiencia”.

En definitiva, en todos aquellos casos en que no habiendo acuerdo por parte de los progenitores o incluso habiéndolo, se evaluará el interés del menor de conformidad con la información obtenida a través del test de los criterios referidos. La información resultante será la que determine al Tribunal el régimen de guarda que considere más conveniente para el interés del menor; sea éste el de custodia compartida o el unilateral.

LA VALIDEZ OBLIGACIONAL DE LA VENTA DE COSA COMÚN
SIN EL CONSENTIMIENTO DE TODOS LOS COMUNEROS.
COMENTARIO A LA STS 7/2013, DE 15 DE ENERO (RJ 2013, 2276)

THE VALIDITY OBLIGATIONAL OF THE SALE OF COMMON
THING WITHOUT THE CONSENT OF ALL CO-OWNERS.
COMMENT ON STS NO.7/2013, OF JANUARY 15 (RJ 2013, 2276)

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 432-441



Raquel
GUILLÉN
CATALÁN

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de diciembre de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: La venta de la totalidad de la cosa común hecha por uno de los comuneros, sin el consentimiento de los demás es válida, desde un punto de vista obligacional, sin perjuicio de que el contrato pueda ser anulado por el comprador, que desconocía dicha circunstancia, siempre que su error sea esencial y excusable.

PALABRAS CLAVE: Comunidad de bienes, compraventa, eficacia obligacional y actos de disposición por un solo comunero.

ABSTRACT: The sale of all of the common thing done by one co-owner, without the consent of the other is valid, from a point of view obligational, however the contract may be canceled by the buyer, who was unaware of that fact, provided their essential and excusable mistake.

KEY WORDS: Community property, sales, obligational effectiveness, acts of disposal by a single co-owner.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Teoría sobre la nulidad de la venta de cosa común.- III. Argumentos sobre la validez de la venta de cosa común - IV. Síntesis conclusiva.

SUPUESTO DE HECHO

El 14 de abril de 2005 se perfeccionó la venta por la vendedora-demandada, que actuaba como mandataria de sus hijos (demandantes), a favor de la mercantil. Los hijos interpusieron demanda de nulidad del contrato de compraventa mencionado, entendiendo que en la citada compraventa no había concurrido el consentimiento de los mismos, propietarios del pleno dominio de dos sextas partes de un tercio de las mismas y así como de la nuda propiedad de dos sextas partes de los dos tercios restantes, por haberse extralimitado la mandataria-vendedora en el poder conferido.

El JPI de Las Palmas de Gran Canaria estimó la demanda interpuesta y declaró la nulidad de pleno derecho del citado contrato, al haber actuado la vendedora mandataria sin el consentimiento de los actores y, por tanto, instando la cancelación de las inscripciones registrales realizadas derivadas del contrato declarado nulo.

Dicha Sentencia fue recurrida ante la AP, la cual desestimó el recurso de apelación interpuesto y confirmó la SJPI corroborando la declaración de nulidad total del negocio realizado atendiendo a que el consentimiento otorgado por la mandataria, sin poder para ello, recaía sobre la totalidad de la finca.

El TS estima parcialmente el recurso de casación interpuesto y revoca, parcialmente, la SJPI en relación a la declaración de nulidad de pleno derecho del contrato de compraventa suscrito.

Por ello, a tales efectos, declara, por una parte, la validez obligacional del citado contrato entre las partes contratantes, con la consiguiente disposición, únicamente, de las cuotas de los condóminos partícipes del mismo, y, por otra parte, la ineficacia de la escritura pública de compraventa en relación a los comuneros demandantes que no prestaron su consentimiento.

• Raquel Guillén Catalán

Es Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, Acreditada a Profesora Titular de Universidad. Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia en 2008 y Premio Extraordinario de Doctorado. Autora y coautora de múltiples publicaciones, destacando la publicación de tres monografías como autora única (SPAM y Comunicaciones Comerciales No Solicitadas, Aranzadi, 2005; Oferta Contractual y Nuevas tecnologías, Aranzadi, 2009 y La oferta contractual dirigida a consumidores, Colegio Nacional de Registradores, 2010) y una monografía realizada en coautoría con el Prof. Orduña Moreno dedicada a la Insolvencia: concepto, régimen jurídico y tratamiento jurisprudencial de la editorial Thomson-Reuters, 2010. Además, ha realizado contribuciones a congresos, tanto a nivel nacional como internacional, y ha participado en Programas de Movilidad para Profesorado y ha realizado estancias de investigación en Europa y América.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

En esta Sentencia el TS realiza una extraordinaria aportación respecto a la cuestión de la posible validez obligacional de la venta de cosa común sin el concurso de todos los comuneros y acaba con la disyuntiva doctrinal sobre este supuesto de hecho.

La importancia de su planteamiento radica en que, para sustentar la validez obligacional de la venta de cosa común, sin el concurso de todos los comuneros, ya no se requiere su previa fundamentación en la institución de la venta de cosa ajena, sino que directamente se argumenta en la propia naturaleza del contrato de compraventa como negocio generador de obligaciones (art. 1445 CC).

El cambio es notable, pues como señala la propia sentencia, la eficacia de la venta de cosa común por uno solo de los comuneros solo se podía articular por vía de excepción.

Por el contrario, con la nueva doctrina jurisprudencial, se acude a la plena validez obligacional de la venta sin el recurso a la venta de cosa ajena, dado que los condóminos no venden, en sentido estricto, una cosa ajena, al menos en relación a su cuota y su proyección en la cosa común.

No obstante, ello no significa que, atendiendo a las circunstancias del caso y a la consiguiente interpretación del contrato, el mismo pueda ser anulado cuando se acredite error sustancial y excusable en la intención realmente querida por el comprador.

Por último, cabe reseñar que la sentencia limita la validez de la venta de cosa común a su eficacia obligacional, sin que tenga trascendencia real respecto de la totalidad del bien objeto de la venta, ni tampoco en relación a las cuotas de los comuneros que no prestaron su consentimiento, que mantienen sus derechos sobre la cosa común.

I. INTRODUCCIÓN.

Cuando los propietarios de una cosa común deciden poner fin a la situación de comunidad, una de las posibles soluciones es la enajenación de la misma por todos los condueños a un tercero. No obstante, puede suceder que la citada disposición se realice aisladamente por uno solo de los comuneros.

La venta de cosa común sin el consentimiento de todos los comuneros ha sido objeto de debate porque el Código Civil español no contiene ningún precepto

concreto relativo a la disposición de toda la cosa común de manera aislada por uno de los comuneros.

Inicialmente la doctrina [Beltrán De Heredia y Castaño, J. *La Comunidad de Bienes en Derecho Español*. Madrid (1954): Revista de Derecho Privado; y Diez-Picazo, L. y Gullón, A. *Sistema de Derecho civil, vol III, Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral*. Madrid, (2001): Tecnos] entendía que los actos de disposición jurídica se incluían en el art. 397 CC, que establece que “ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos”, entendiendo que cuando el citado precepto hace referencia a la alteración de la cosa incluye no sólo las alteraciones materiales, sino también los negocios de disposición y, consecuentemente, es necesaria la unanimidad de todos los comuneros.

No obstante, hay que resaltar que otros autores [Estruch Estruch, J., *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*. Pamplona (1998): Aranzadi; y Miquel González, J.M. “Art. 397 del Código civil”, en AA.VV., *Comentario del Código civil, tomo I*. Madrid (1991): Ministerio de Justicia] reconocen la necesidad de la unanimidad de los actos de disposición de la cosa común, pero basada en el art. 399 CC. En consecuencia, el art. 397 CC se destinaría a los actos de alteración material.

Inclusive, algunos autores [Guilarte Gutiérrez, V. *La constitución voluntaria de servidumbres en el derecho español*. Madrid (1984): Montecorvo; y Zahino Ruiz, M.L., *La constitución de servidumbre voluntaria sobre fundo indiviso en el Código civil*. Madrid (2006): Edersa] entienden que se debe acudir a la unanimidad para la venta de cosa común aplicando el art. 597 CC, que establece que “para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios”.

La jurisprudencia también ha sido contradictoria respecto a los actos de disposición. Así, frente a la inicial teoría de la nulidad de la compraventa realizada por uno solo de los comuneros debido a diversas razones, que luego se analizarán, también ha sustentado sus argumentos sobre la validez de la venta de cosa común, sin el concurso de todos los comuneros, acudiendo a la teoría de la venta de cosa ajena.

Sin embargo, la STS 7/2013, de 15 enero 2013 se ha configurado como el cauce definitivo para el reconocimiento de su validez atendiendo únicamente a la naturaleza del contrato de compraventa y, consecuentemente, la declaración de la nulidad de la venta de cosa común por uno solo de los comuneros se ve circunscrita, por vía de excepción, a la interpretación del contrato.

Por todo ello, se señalarán en este comentario los argumentos de cada una de las tesis expuestas.

II. TEORÍA SOBRE LA NULIDAD DE LA VENTA DE COSA COMÚN.

Si se acude a la interpretación, previamente enunciada, de que el art. 397 CC, cuando hace referencia a actos de alteración de la cosa común, se refiere no sólo a las actuaciones de modificación material, sino a los actos de disposición jurídica, la enajenación de uno de los comuneros supondría una alteración de la cosa común en contra de la exigencia de la unanimidad requerida por el citado precepto y, por ende, se aplica la sanción de nulidad prevista en el art. 6 CC.

Así mismo, debe señalarse que también se ha declarado nula la venta en virtud de otros argumentos: la falta de objeto, entendiendo que el objeto de la compraventa no sólo está integrado por la cosa física, sino también por los derechos que la integran; y la falta de consentimiento, porque no fueron parte de venta de la cosa común el resto de comuneros [SSTS19 diciembre 1985 (Tol 1736125), 8 julio 1988 (Tol 1736040), 23 octubre 1990 (Tol 1729752), 24 julio 1998 (Tol 14797), 13 noviembre 2001 (Tol 133275), 9 octubre 2008 (Tol 1386049), entre otras].

Estas teorías que proclaman la nulidad de la venta de cosa común por uno solo de los comuneros suponían la imposibilidad de la aplicación del principio de fe pública registral contemplado en el art. 34 de la Ley Hipotecaria [en adelante, LH] y de la usucapión ordinaria, que serán explicadas brevemente en el siguiente apartado.

III. ARGUMENTOS SOBRE LA VALIDEZ DE VENTA DE COSA COMÚN.

La doctrina y jurisprudencia que opta por la validez del contrato, inicialmente acudía a la aplicación de la teoría de la validez de la venta de cosa ajena, teoría que no se contempla expresamente en ningún precepto legal.

No obstante, esta tesis se construye alrededor del principio de fe pública registral, el saneamiento por evicción, la usucapión ordinaria y la teoría del título y el modo del art. 609 CC.

Respecto al primer supuesto, el principio de fe pública registral, reconocido en el art. 34 LH, establece literalmente que "el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro". Por tanto, ampara las adquisiciones a título oneroso de un comprador de buena fe de un bien inmueble en el que el vendedor, según el Registro, tiene facultades para transmitir la finca e inscriba su derecho a través de un contrato válido y, consecuentemente, no es posible aplicar el citado principio cuando el título fuera nulo, además, cuando el art.33 LH señala que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos.

En relación al saneamiento por evicción, éste se configura como una obligación del vendedor cuando se prive al comprador, por sentencia firme, de todo o parte de la cosa comprada, en virtud del art. 1475 CC. Consecuentemente, parece admisible entender que el saneamiento por evicción está protegiendo al comprador respecto al vendedor que le entrega una cosa que no es suya, y, por tanto, la validez a la venta de cosa ajena.

En tercer lugar, de conformidad con el art. 1940 CC, para articular la usucapión ordinaria, es necesario que el poseedor sea de buena fe y tenga justo título.

Por una parte, la buena fe, tal y como la define el art. 1950 CC, es la creencia de que la persona de quien recibió era dueño de ella y podía transmitir el dominio. Por otra parte, se entiende por justo título, en virtud del art. 1952 CC, el que legalmente baste para transferir el dominio y éste debe ser verdadero y válido, de conformidad al art. 1953 CC. Por ende, si la compraventa de cosa ajena (o la compraventa de venta de cosa común por uno solo de los comuneros) fuera nula no podría considerarse como justo título para la usucapión ordinaria por ser contrario al precepto señalado. Ello no quiere decir que si la compraventa realizada está viciada y el contrato pudiera ser anulado, no pueda servir para la usucapión, puesto que el título anulable produce efectos en tanto no sea anulado por quien pudiera ejercitar la acción correspondiente. En consecuencia, para que opere la usucapión es necesario que haya habido un negocio válido, pero que no haya dado lugar a la transmisión del dominio.

Por último, el reconocimiento de la teoría del título y el modo como forma de transmisión de la propiedad en el derecho español supone que tengan que concurrir dos requisitos para que opere la traslación del derecho de propiedad.

El primero de ellos, el título. Atendiendo al inciso final del art. 609 CC, que señala que la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, se debe concretar qué negocios jurídicos son válidos para cumplir con ese objetivo de llevar a cabo la transferencia del derecho real. Evidentemente la compraventa es el negocio traslativo del dominio por excelencia en el que la voluntad del vendedor y comprador es transmitir y adquirir la propiedad respectivamente.

Junto con el título, es necesario el segundo de los requisitos, el modo, la efectiva transmisión posesoria, real o a través de las formas espiritualizadas.

En consecuencia, cabe afirmar que el título, la compraventa, sólo produce obligaciones, puesto que si se entendiera, por el contrario, que el título produce la traslación de la propiedad sería requisito necesario que el vendedor fuera dueño

de la cosa vendida en el momento de la celebración del contrato y se reduciría la necesidad de la entrega en un acto puramente material.

Esta inicial teoría que justificaba la validez de la venta de cosa común por uno solo de los comuneros se ha dejado al margen y la actual jurisprudencia sentada en el pronunciamiento en la STS 7/2013, de 15 enero 2013 se centra en el reconocimiento de la validez de la venta de cosa común por uno de los comuneros, pero sin acudir a la aplicación de la venta de cosa ajena, sino por la interpretación del art. 1445 CC, que establece que, por el contrato de compraventa, uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.

Aunque ha sido objeto de discusión doctrinal la posible existencia de una obligación de transmitir la propiedad en el Código Civil, se puede concluir que la eficacia del contrato de compraventa depende exclusivamente de que concurren los elementos esenciales del art. 1261 CC (el consentimiento de los contratantes, el objeto cierto del contrato y la causa de la obligación que se establezca), necesarios para la validez del contrato, y, por consiguiente, para que las partes deban cumplir con las obligaciones a las cuales les vincula el contrato, cuestión a parte sería qué efectos reales nacen de la transmisión de la cosa objeto del contrato de compraventa.

Dicha naturaleza obligacional del contrato de compraventa se deduce de varios preceptos del Código Civil, en particular del art. 1457 CC, que dispone que para celebrar válidamente un contrato de compraventa basta la capacidad para obligarse, consumándose la finalidad traslativa de la compraventa mediante la entrega de la cosa, obligación asumida por el vendedor en virtud de los arts. 1461 y 1468 CC y de la reiterada jurisprudencia del TS [SSTS 27 mayo 1982 (Tol 1739466), 7 marzo 1997 (Tol 215913), 11 noviembre 1997 (Tol 215905) y 14 abril 2000 (Tol 169498), entre otras].

En consecuencia, cuando la sentencia comentada hace referencia a la validez de la venta de la cosa común realizada por uno de los comuneros surgen las obligaciones inherentes al contrato de compraventa, es decir, la entrega de la cosa y del precio.

IV. SÍNTESIS CONCLUSIVA.

La venta de la totalidad de la cosa común requiere el consentimiento unánime de los comuneros. No obstante, cuando la venta era realizada por alguno de los comuneros existían discrepancias en la doctrina y jurisprudencia sobre la solución más adecuada.

Inicialmente se entendió que la compraventa realizada por uno solo de los comuneros era nula atendiendo a distintos argumentos (falta de objeto o consentimiento o por contravenir lo establecido en el art. 397 CC).

Posteriormente, se consideró que era más acorde con el conjunto del ordenamiento jurídico entender que la venta de cosa común era válida, bien justificando dicha validez con la teoría de la venta de cosa ajena o, en la actualidad, sobre la consideración de la compraventa como negocio obligacional.

La STS 7/2013, de 15 enero 2013 supone una importante contribución doctrinal para finalizar con la polémica y afianzar la teoría de la validez de la venta de cosa común en nuestro ordenamiento jurídico, pero dejando al margen la teoría de la venta de cosa ajena y centrando su argumento de validez en la interpretación del art. 1445 CC, que configura el contrato de compraventa como un negocio obligacional en el que las partes se obligan a pagar el precio y entregar la cosa objeto del contrato.

No obstante, conviene especificar que la validez no conlleva la eficacia real que se pudiera derivar de la entrega, puesto que, de conformidad con la teoría del título y el modo, para transmitir la propiedad es necesario el poder de disposición del comunero transmitente. Ello supone que no se produzca la transmisión de la propiedad de la cosa común en su totalidad y se respeten los derechos que puedan corresponder a los comuneros que no prestaron su consentimiento.



LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO POR
NO INTERPOSICIÓN DE LA ACCIÓN DE RETRACTO EN
PLAZO. COMENTARIO A LA STS NÚM. 373/2013, DE 5 DE
JUNIO (RJ 2013, 4971)

LAWYER'S LIABILITY FOR NOT INTERPOSE THE
REPURCHASE'S ACTION IN TERM. COMMENT ON STS
NO. 373/2013, OF JUNE 5 (RJ 2013, 4971)

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 442-453



Pedro
CHAPARRO
MATAMOROS

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 diciembre de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: El transcurso del plazo de caducidad de la acción de retracto sin ser interpuesta por el letrado constituye un supuesto de negligencia grave que da lugar a su responsabilidad.

PALABRAS CLAVE: Abogado, negligencia, derecho de retracto, responsabilidad, indemnización.

ABSTRACT: Not to bring a repurchase action by the lawyer during the expiry period involves gross negligence, resulting in his liability.

KEY WORDS: Lawyer, negligence, right to repurchase, liability, compensation.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares.- II. La negligencia del abogado.- III. El nexo de causalidad entre la negligencia del abogado y el daño causado.- IV. Críticas a la naturaleza del daño causado por la negligencia del abogado.- V. La prosperabilidad de la acción de retracto como criterio para cuantificar la indemnización.

SUPUESTO DE HECHO

La sentencia que va a ser objeto de este comentario trata de la responsabilidad civil de los abogados por negligencia en el ejercicio de su actividad profesional. En el caso analizado, la arrendataria de una vivienda conoció el día 3 de noviembre de 2004 que la misma había sido vendida a un tercero, ante lo cual contrató los servicios de un abogado para que ejercitara el derecho de retracto que como arrendataria le pertenecía. Sin embargo, el letrado dejó transcurrir el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de retracto, perdiendo la arrendataria-demandante la posibilidad de adquirir la vivienda en la que habitaba desde el año 1995, hecho por el cual demandó al abogado, reclamando una indemnización de 202.000 euros, que era la diferencia entre el valor de tasación de la vivienda en el momento de la compra (630.200 €, según informe pericial) y lo que hubiera debido de abonar (400.000 €) como precio de compra, más 28.000 € de impuesto de transmisiones (gastos reembolsables).

El Juzgado de Primera Instancia dio la razón a la arrendataria-demandante, al entender que el transcurso del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de retracto constituía una negligencia por parte del abogado. En cuanto a la indemnización, el Juzgado entiende que hay que estar a la prosperabilidad de la pretensión para determinar su cuantía, considerando que dicha viabilidad era elevada, si se tiene en cuenta que: a) el encargo profesional se hizo inmediatamente después de tener conocimiento la arrendataria de la compraventa, y b) como se desprende de la escritura de 3 de diciembre de 2004, el día establecido para concretar el derecho de retracto, la demandante en su calidad de arrendataria compareció en la notaría y aportó dos cheques, uno de 28.000 euros, correspondiente al importe del impuesto de transmisiones patrimoniales y otro de 159.596 euros, correspondiente a la parte de precio abonado por los compradores antes del

• Pedro Chaparro Matamoros

Pedro Chaparro Matamoros (Valencia, España) es Licenciado en Derecho (2011) y Administración y Dirección de Empresas (2011) por la Universidad de Valencia, y Máster en Derecho, Empresa y Justicia (2012) por dicha universidad. Actualmente es becario FPU del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en el Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia. Es autor de la monografía 'La extensión objetiva de la hipoteca' (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013). Además, ha publicado artículos científicos en revistas como Diario La Ley, Revista de Derecho Patrimonial, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías y Revista Boliviana de Derecho. Ha participado, también, en 4 obras colectivas (dos de ellas publicadas en Aranzadi) y en los manuales de 'Derecho Civil I' (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013), 'Derecho Civil II' (Tirant lo Blanch, Valencia, 2011-2013) y 'Derecho Civil IV' (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013).

otorgamiento de su escritura de compraventa. Por todo ello, el Juzgado considera adecuada la cuantía solicitada, si bien entiende que de la misma se han de detraer determinadas cantidades (gastos de notaría y de gestión, entre otros), concediendo finalmente a la arrendataria-demandante una indemnización de 200.199'08 euros.

El abogado-demandado, vista la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, interpuso recurso de apelación, que fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial de Granada en lo referido a la cuantía de la indemnización. El abogado-demandado insistió en su recurso en una cuestión que ya había planteado en la contestación a la demanda, y que no es otra que un supuesto fraude de ley de la arrendataria-recurrida, que no pretendía adquirir para sí la vivienda, sino en favor de terceras personas, lo que impediría la prosperabilidad de la acción. Sin embargo, considera la Audiencia que, aunque hubiera quedado acreditado por las pruebas practicadas la escasa capacidad económica de la demandante para adquirir el inmueble por un precio de 400.000 euros y que la cuenta contra la que se expidieron los cheques bancarios era titularidad de un tercero, estos indicios no son suficientes para entender acreditado que se trataba de una adquisición por persona interpuesta de quien no ostentaba derecho de adquisición preferente alguno. Con todo, la Audiencia entiende que la conjunción de estos factores otorgaba cierta incertidumbre al resultado de la acción de retracto, reduciendo la cuantía de la indemnización de los 200.199'08 euros concedidos en la primera instancia a 50.000 euros (más los intereses legales correspondientes).

Ante la sentencia de la Audiencia Provincial interpone la arrendataria-demandante recurso de casación, interesando el incremento de la indemnización, con base, principalmente, en el hecho de que el abogado-recurrente no había probado los hipotéticos motivos de oposición que hubieran podido formular los compradores-retraídos y que podrían haber determinado que la acción de retracto no prosperase, siendo tal prueba necesaria para que la Audiencia los tuviese en cuenta como elementos con posible incidencia en el pleito de retracto.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la arrendataria-demandante. Comienza el Supremo recordando toda su doctrina en relación con la imposibilidad de revisar en casación la cuantía de las indemnizaciones concedidas, salvo: a) por error notorio o arbitrariedad; b) cuando exista una notoria desproporción entre el daño patrimonial sufrido por el recurrente y la indemnización fijada con arreglo a las circunstancias del caso (de entre las cuales hay que tener en cuenta muy especialmente la prosperabilidad de la pretensión frustrada por la negligencia del abogado); o c) cuando se cometa una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación del *quantum*.

Precisamente, este caso es uno de los pocos en que el Supremo modifica la cuantía concedida en las instancias, por considerar que la Audiencia, toda vez reconocer la viabilidad de la acción de retracto, no fijó un porcentaje concreto de posibilidades de éxito de la misma, reduciendo el importe de la indemnización concedida por la sentencia de primera instancia de 200.199'08 euros a 50.000 euros únicamente con base en la incertidumbre del proceso. En concreto, el Supremo considera que el porcentaje de éxito de la acción de retracto era del 50%, valorando, en consecuencia, el perjuicio causado por la actuación negligente del abogado-demandado en la suma de 100.099'54 euros, es decir, la mitad de la cuantía concedida por la sentencia de primera instancia.

Por lo demás, en cuanto a la cuestión de la naturaleza del daño causado a la arrendataria-demandante, considera el Supremo que se trata de un daño patrimonial (y no moral), constituido por la pérdida de la oportunidad de obtener un beneficio patrimonial.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

De un tiempo a esta parte se han multiplicado las demandas de responsabilidad civil contra determinados profesionales (en especial, médicos, arquitectos y abogados) por incurrir en algún tipo de negligencia en el desarrollo de su actividad. En particular, en el caso de los abogados, los clientes han pasado de una situación inicial en la que achacaban el fracaso judicial de sus pretensiones exclusivamente a la mala suerte o al azar, a una situación en la que consideran que, al margen de que tales factores sigan interviniendo, en muchos casos la desestimación de sus pretensiones es debida a un actuar negligente del letrado contratado.

A la multiplicación de tales demandas ha ayudado, sin duda, el reconocimiento de la negligencia de los abogados y las consiguientes condenas. Algo que resultaba absolutamente necesario para evitar que la profesión de abogado desembocara en una suerte de actuar impune. Las sentencias que reconocen la responsabilidad civil de tales profesionales animan, desde luego, a que los mismos tomen muchos más cuidados y precauciones en la defensa de los intereses de sus clientes.

Sin embargo, ello no excluye que sigan existiendo supuestos, como el ahora analizado, en que se producen flagrantes negligencias por parte de los abogados en el desempeño de su profesión. La condena impuesta por el Tribunal Supremo, de 100.000 euros, a buen seguro contribuirá a reducir, al tiempo, los casos de negligencia, a la vez que animará a las aseguradoras a aumentar las primas que cobren a los abogados por el seguro de responsabilidad civil.

II. LA NEGLIGENCIA DEL ABOGADO.

La doctrina ha considerado tradicionalmente que la obligación que asume el obligado es de medios, esto es, está obligado a desempeñar su profesión con arreglo a la *lex artis* y a los protocolos de actuación de la misma, pero no se compromete con el cliente a lograr un resultado, salvo que: a) cliente y abogado pacten expresamente que éste se compromete a obtener un resultado, que consistirá en la satisfacción de la pretensión del cliente; o b) el encargo consista propiamente en un resultado, como podría ser la elaboración de un informe, de un dictamen o de un contrato. En estas salvedades, la obligación que asume el abogado no es de medios sino de resultado.

Centrada la cuestión, no existe duda alguna de que en el supuesto se produce un incumplimiento culpable del abogado, al que se contrata precisamente para que ejercite la acción de retracto, de modo que dejar transcurrir el plazo de caducidad para el ejercicio de ésta constituye una negligencia indiscutible (perteneciente a las llamadas 'culpas de agenda'). Así lo han declarado innumerables sentencias en supuestos en que la acción o el recurso se interpusieron de forma extemporánea o no se interpusieron [v. en este sentido, entre otras, las SSTS núm. 609/1998, de 25 de junio (RJ 1998, 5013); núm. 853/1998, de 24 de septiembre (RJ 1998, 7436); núm. 543/2003, de 29 de mayo (RJ 2003, 3914); núm. 700/2003, de 14 de julio (RJ 2003, 4630); núm. 1157/2003, de 12 de diciembre (RJ 2003, 9285); núm. 808/2004, de 9 de julio (RJ 2004, 5121); núm. 18/2005, de 28 de enero (RJ 2005, 1830); núm. 1226/2007, de 15 de noviembre (RJ 2008, 17); núm. 719/2008, de 23 de julio (RJ 2008, 7063); núm. 772/2011, de 27 de octubre (RJ 2011, 7313); núm. 437/2012, de 28 de junio (RJ 2012, 10403); y núm. 739/2013, de 19 de noviembre (RJ 2013, 7448)].

III. EL NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LA NEGLIGENCIA DEL ABOGADO Y EL DAÑO CAUSADO.

Hasta tal punto resulta indiscutible la negligencia del abogado, que ni siquiera la negó en el proceso. Más bien, las alegaciones del abogado, tanto en la contestación a la demanda como en el recurso de apelación, se centran en quebrar el nexo de causalidad existente.

En concreto, el abogado insiste en que la arrendataria-demandante no es la perjudicada con su actuación, sino su hermano, o incluso terceras personas que pretendían lucrarse con el retracto, por lo que la actuación de aquélla habría constituido un fraude de ley o un abuso de Derecho. En el proceso quedó acreditado, a este respecto, que la capacidad económica de la arrendataria-demandante era más bien limitada, y que la cuenta contra la que se expidieron

los cheques bancarios con los que compareció en la notaría era titularidad de un tercero (del cual se ignora la relación que mantiene con aquélla).

La sentencia de primera instancia consideró probado que era la demandante quien, en calidad de arrendataria, pretendía ejercitar el derecho de retracto, haciendo caso omiso, por tanto, a estas alegaciones del abogado. Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial, incurriendo en una clara contradicción, afirma que, toda vez no ser tales indicios suficientes para entender acreditado que se trataba de una adquisición por persona interpuesta de quien no ostentaba derecho de adquisición preferente alguno, condicionan en cierto modo el éxito de la acción de retracto, reduciendo, en consecuencia, la indemnización fijada por la sentencia de primera instancia en un 75% (de 200.199'08 euros a 50.000). Sorprende, pues, la elevada reducción de la indemnización, máxime, teniendo en cuenta, como subraya la Audiencia, que la supuesta adquisición de la vivienda por persona que no ostentaba derecho de adquisición preferente no había quedado suficientemente acreditada.

Aunque luego volveré sobre el tema, la jurisprudencia sobre responsabilidad civil de los abogados es oscilante en cuanto a la naturaleza del daño. Descartado que el daño consistiera en la insatisfacción de la pretensión del cliente, tradicionalmente se había venido entendiendo que el daño lo constituía la pérdida de la oportunidad de obtener la estimación de la pretensión en cuanto que la conducta negligente del abogado había privado a aquél de acceder (o, al menos, de acceder en condiciones) a la tutela judicial efectiva, considerando que el daño en estos casos revestía naturaleza moral (aunque, más bien, habría que hablar de daño moral impropio, pues repercute en cierto modo en el patrimonio del cliente). Más recientemente, por el contrario, se ha venido estimando que el daño lo constituye la pérdida de la oportunidad de obtener la estimación de la pretensión en cuanto frustración de un beneficio o ventaja económica esperada, siendo el daño en este caso de carácter patrimonial.

Desde la primera perspectiva, es evidente que la conducta del abogado causa un daño, pues con la caducidad del plazo para interponer la acción de retracto está privando al cliente del acceso a la tutela judicial efectiva. El daño, por tanto, es un daño moral (impropio) que se materializa con la mera pérdida de la oportunidad procesal, y ello con independencia de las posibilidades de éxito que tuviera la acción ejercitada. Este criterio, de las posibilidades de éxito, puede constituir un índice valorativo de la cuantía de la indemnización (y así lo viene haciendo la jurisprudencia más reciente, tanto si se considera que el daño es de carácter moral como patrimonial), pero no puede, en ningún caso, constituir el daño resarcible; o, dicho en otras palabras, no se puede determinar si existe perjuicio en atención a las posibilidades de éxito que tuviera la acción entablada [v. en este sentido la STS núm. 33/1999, de 26 de enero (R) 1999, 323)].

En cambio, desde la segunda perspectiva, esto es, la que entiende que el daño lo constituye la pérdida de la oportunidad de obtener la estimación de la pretensión en cuanto frustración de un beneficio o ventaja económica esperada, el nexo de causalidad entre el incumplimiento culpable del abogado y el daño es más débil. Y es que esta postura implica que el abogado deberá responder cuando, con su conducta culpable, haya ocasionado un perjuicio al cliente concretado en la desestimación de una acción que tenía 'altas' posibilidades de éxito. Como decía, desde esta perspectiva el nexo de causalidad no está tan claro, pues si se concluye que las trabas que alegaba el abogado-demandado reducirían considerablemente el éxito de la acción de retracto, la negligencia de aquél no habrá condicionado especialmente la resolución negativa del pleito para el cliente, con lo que no le habrá causado daño alguno a éste. O lo que es lo mismo, la no estimación de la pretensión del cliente sería debida, más que a la negligencia del abogado, a la escasa prosperabilidad intrínseca de la acción de retracto.

A mi juicio, la solución que ofrece al caso el Tribunal Supremo, sin perjuicio de lo que diré en el siguiente epígrafe sobre la naturaleza del daño, es bastante sensata. En primer lugar, como es tónica habitual en las sentencias más recientes, considera que el daño causado al cliente es un daño patrimonial por la pérdida de oportunidades de obtener la estimación de la pretensión en cuanto frustración de un beneficio económico. Sin embargo, el Supremo, aunque no lo dice expresamente, entiende que la mera referencia a los hipotéticos motivos de oposición que habrían podido formular los demandados en la acción de retracto, y la alusión genérica a la incertidumbre del proceso, no son elementos suficientes para debilitar el nexo de causalidad entre el incumplimiento culpable del abogado y el daño causado al cliente. Además, se refiere también el Supremo a la incongruencia de la Audiencia, que pese a reconocer la viabilidad de la acción de retracto, redujo la indemnización en un 75%.

Por todo ello, el Tribunal Supremo, con buen criterio, aumenta la indemnización de los 50.000 euros concedidos por la Audiencia a 100.099'54, justo el 50% de la cifra concedida por el Juzgado de Primera Instancia, pues "no puede afirmarse que el porcentaje de posibilidades de fracaso sea superior al de posibilidades de éxito de la acción en el supuesto de que hubiera sido entablada".

IV. CRÍTICAS A LA NATURALEZA DEL DAÑO CAUSADO POR LA NEGLIGENCIA DEL ABOGADO.

A pesar de la multitud de sentencias existentes sobre la cuestión, existe un punto que no se encuentra zanjado, y que da a pie a proseguir el debate y a mantener el asunto de la responsabilidad civil de los abogados en el candelero.

Este punto al que me estoy refiriendo no es otro que la naturaleza del daño. En cambio, sí que quedó superado tiempo ha, tanto por doctrina como jurisprudencia, la cuestión de qué es lo que constituye el propio daño. En efecto, el daño, en estos casos, no lo constituye la no estimación de la pretensión del cliente, interpretación que plantearía problemas, en la medida en que en muchos supuestos no se podría conectar causalmente la conducta del abogado con el daño sufrido por el cliente, debido a la propia configuración del proceso y su resultado, ciertamente indeterminado y aleatorio.

El daño, como quedó expuesto, lo constituye la pérdida de la oportunidad de obtener la estimación de la pretensión. Sin embargo, en la jurisprudencia no ha existido unanimidad sobre cómo canalizar esta interpretación del daño. Así, el Tribunal Supremo, en sus primeras sentencias (y aun en alguna posterior) se inclinó por encauzar dicha pérdida de la oportunidad de obtener la estimación de la pretensión como un daño moral, por entender que se privaba al cliente del acceso a la tutela judicial efectiva. Posteriormente, en cambio, se optó por entender que la pérdida de la oportunidad de obtener la estimación de la pretensión sólo debía considerarse como un daño si con ella se frustraba una acción judicial que previsiblemente iba a suponer un beneficio económico para el cliente, constituyendo, por tanto, un daño de carácter patrimonial.

A pesar de haber sido acogida por la jurisprudencia más reciente, considero que la segunda postura expuesta (la pérdida de la posibilidad de obtener la estimación de la pretensión entendida como frustración de una ventaja económica esperada) tiene más sombras que luces.

A este respecto, hay que incidir desde ya en uno sus puntos débiles, que, paradójicamente, ha sido utilizado en alguna ocasión como argumento decisivo para sostener esta interpretación y no la alternativa. Se dice, en este sentido, que esta interpretación es acertada pues permite salvar la relación de causalidad: el abogado sólo debe responder cuando el daño producido al cliente sea consecuencia directa de su incumplimiento culpable, lo que, evidentemente, sólo puede suceder si la acción ejercitada tiene probabilidades de prosperar; pues, en caso de ser evidente su improsperabilidad, la conducta culpable del abogado no habría sido determinante en la producción del daño.

Lo anterior, sin embargo, no esconde el intento de predecir el resultado de un proceso, aleatorio por definición. En la medida en que el resultado de un proceso, por muy previsible que sea, es incierto, pretender predecirlo de antemano no salva el nexo de causalidad, sino que pone de manifiesto las carencias y lagunas del mismo.

Pero es que, de seguir apostando por esta interpretación, el Tribunal Supremo estará fomentando una práctica en absoluto deseable, cual es la desidia del abogado en los pleitos de sus clientes que sean, *a priori*, muy difíciles de ganar. Es decir, ya ni siquiera podría hablarse de obligación de medios; en estos casos de dificultad manifiesta de satisfacer el interés primario del cliente, el abogado, en la práctica, no asumiría ninguna obligación.

Por otra parte, de admitir que el daño es la pérdida de la posibilidad de obtener la estimación de la pretensión entendida como la frustración de una ventaja económica esperada, se estaría llegando a una situación ciertamente discriminatoria y que evidencia una palpable inseguridad jurídica, pues únicamente podría resarcirse a aquellos clientes cuya pretensión tuviera 'altas' posibilidades de éxito y, no, sin embargo, a aquellos cuya pretensión no tuviera visos favorables de éxito, lo que, en cualquier caso, ya supone realizar una operación de cálculo siempre complicada y en absoluto exacta, que provocará que se resuelvan de forma diferente supuestos de hecho idénticos.

Además, no se puede olvidar que, resarcido únicamente a los clientes cuya pretensión tuviera, *ex ante*, 'altas' posibilidades de éxito, lo que se está haciendo implícitamente es resarcir, no por la pérdida de la posibilidad, sino por la frustración de la pretensión.

Parece más razonable, conforme a lo dicho, indemnizar la pérdida de la posibilidad de obtener la estimación de la pretensión, entendida como un daño moral en sí misma. De esta forma, se salvaría la relación de causalidad, pues con el actuar culpable del abogado que incumple su obligación se estaría ocasionando, en todos los casos, un daño al cliente, por la privación (en sentido amplio) de su derecho a la tutela judicial efectiva, lo que incluye también la limitación del mismo derivada de una mala *praxis* forense, y ello con independencia de las mayores o menores posibilidades de éxito de la acción ejercitada.

V. LA PROSPERABILIDAD DE LA ACCIÓN DE RETRACTO COMO CRITERIO PARA CUANTIFICAR LA INDEMNIZACIÓN.

Un último punto sobre el que conviene llamar la atención es el relativo a la prosperabilidad de la acción de retracto como criterio utilizado para cuantificar la indemnización. La prosperabilidad de la acción ejercitada ha sido utilizada, tradicionalmente, como un criterio o índice valorativo a la hora de conceder una indemnización por negligencia en el actuar de los abogados, tanto si el daño ha sido considerado de naturaleza moral, como patrimonial.

No obstante, generalmente lo que ha hecho el Tribunal Supremo ha sido ratificar las condenas impuestas por las Audiencias, siempre y cuando no se hubiera incurrido

“en una notoria desproporción entre el daño patrimonial sufrido por el recurrente y la indemnización fijada con arreglo a las circunstancias del caso”, circunstancias de entre las cuales cobraban una singular importancia “las posibilidades de éxito de las actuaciones frustradas por la negligencia del abogado”.

Es decir, en realidad, el alto tribunal no ha hecho un análisis completo de la prosperabilidad de la acción, con fijación de un porcentaje concreto de posibilidades de éxito, sino que se ha limitado a aceptar las condenas impuestas por las Audiencias a los abogados negligentes, fijadas, en la mayoría de los casos, en un porcentaje prudencial (es decir, inferior a las auténticas posibilidades de éxito de la acción) de la indemnización solicitada por el cliente. Con esta práctica, quien sale perdiendo es el cliente, al que la negligencia del abogado le sale demasiado cara, pues recibe indemnizaciones relativamente bajas, que nada tienen que ver con las reales posibilidades de éxito de su pretensión.

Sin embargo, la sentencia aquí analizada ofrece un panorama totalmente distinto. En ella, el Tribunal Supremo ‘se moja’, y, si bien el análisis de las posibilidades de éxito no es exhaustivo, sí que ofrece un porcentaje concreto (en este caso, del 50%). Está por ver si en posteriores sentencias se consolidará esta concreción porcentual de las reales posibilidades de éxito de la pretensión del cliente o si, en cambio, se trata de un pronunciamiento aislado, motivado por las especiales circunstancias del caso.

En efecto, como ya he expuesto en otro momento, en el supuesto la Audiencia Provincial rebajó en un 75% la indemnización solicitada por el cliente y concedida por el Juzgado de Primera Instancia, en atención, únicamente, a unos hipotéticos motivos de oposición que los compradores de la vivienda hubieran podido plantear si se les hubiera demandado en una acción de retracto, motivos que, en cualquier caso, ni siquiera habían sido acreditados por el abogado-demandado, que no había observado, por consiguiente, la previsión contenida en el art. 217.3 LECiv. (“Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”).

En el caso, la decisión de la Audiencia es indubitadamente incorrecta, además de incongruente, pues reduce en un porcentaje muy elevado la indemnización (75%) después de admitir la viabilidad de la acción. Por todo ello, la solución ofrecida por el Supremo era necesaria.

Me da la impresión, en fin, que tal solución responde más a una suerte de decisión “salomónica” (como así lo pone de manifiesto el significativo porcentaje del 50%), que a un especial intento del Tribunal Supremo en realizar una concreción de las posibilidades de éxito de la acción, pues la argumentación ofrecida no es muy prolija, limitándose a señalar que “respetando la valoración fáctica hecha por

la Audiencia Provincial no puede afirmarse que el porcentaje de posibilidades de fracaso sea superior al de posibilidades de éxito de la acción en el supuesto de que hubiera sido entablada”.

ACUERDO DE SEPARACIÓN VOLUNTARIA,
DIVISIÓN DE TODAS LAS PARTICIPACIONES DE UNA
SOCIEDAD LIMITADA OSTENTADAS PRO INDIVISO Y
REDUCCIÓN DE CAPITAL CON AMORTIZACIÓN DE
PARTICIPACIONES DE QUIEN SE SEPARA. COMENTARIO
A LA STS 44/2014, DE 18 DE FEBRERO (RJ 2014, 921)

VOLUNTARY SEPARATION AGREEMENT, DIVISION
OF THE JOINT PROPERTY OF ALL OF A CLOSED
CORPORATION'S SHARES AND CAPITAL REDUCTION
WITH SHARE'S PAYING OFF. COMMENT ON STS 44/2014,
OF FEBRUARY 18 (RJ 2014, 921)

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 454-467



Miguel
GIMENO
RIBES

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de marzo de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 20 de marzo de 2014

RESUMEN: El trabajo versa sobre el supuesto de una sociedad limitada la totalidad de cuyas participaciones se ostenta pro indiviso por los socios-comuneros, de manera que, en determinados aspectos, las reglas aplicables dejan de ser las del Derecho de Sociedades para entrar en juego las normas generales sobre Derecho de contratos y de cosas. El problema de la valoración de las cuotas del condominio en caso de división del mismo, mal que tiene implicaciones societarias, debe atender a los preceptos en sede de copropiedad.

PALABRAS CLAVE: Sociedad de responsabilidad limitada, comunidad de bienes, valoración por tercero, equidad.

ABSTRACT:The paper deals with a Spanish closed corporation whose shares were jointly held by their shareholders and co-owners. Applicable rules to some legal relations were no longer those of Corporate Law, but the ones of Contract Law and the Law of rights in rem. The problem of valuation of the percentages of the co-owners in case of division has to be solved through the rules on joint property, even if it has implications for the corporation.

KEY WORDS: Cosed corporation, joint property, valuation done by thirds, equity.

SUMARIO: I. Acuerdo de separación, comunidad de bienes y sociedad.- II. Árbitro y arbitrador.- III. Condición de socio y titularidad indirecta de bienes. IV. Relevancia del plazo de cuatro meses.- V. Cuestión de prueba: valoración incorrecta.- VI. La incidencia de la cláusula *rebus sic stantibus*.- VII. A modo de conclusión.

SUPUESTO DE HECHO

Las participaciones en las que estaba dividido el capital social de la sociedad REFIR, S. L. formaban parte de una comunidad de bienes que ostentaban, en su totalidad, cinco comuneros, de entre los cuales, el demandante en el litigio tenía una cuota del 45,15% y la suma de las de los otros cuatro -codemandados- suponía el 54,85% de la indicada copropiedad. El 28 de septiembre de 2007 se celebró un contrato entre los comuneros en el que se estipulaba un acuerdo de separación –voluntaria- de uno de ellos. De esta manera, se liquidaba la cuota correspondiente a su porcentaje, lo que se correspondía con un número determinado de participaciones que se debían amortizar como consecuencia de una reducción de capital. Para determinar la parte de los activos que se correspondían con las mencionadas participaciones se requirió el arbitrio de un tercero, la auditora KPMG. No habiéndose llevado a cabo los diferentes actos jurídicos que debían haberse derivado del contrato, el 29 de octubre de 2008, el comunero que contaba con el 45,15% interpuso demanda ante el JPI de Barcelona por la que interesaba el cumplimiento de lo pactado.

De los demandados, los otros cuatro comuneros y REFIR, S. L., tan sólo contestó y reconvinó uno de los primeros, entendiendo que el acuerdo de separación debía quedar resuelto por no haber sido ejecutado en el plazo de cuatro meses. Subsidiariamente, advertía que, en todo caso, procedía la resolución por no haberse adjudicado a los cuatro comuneros la suma de cuyas cuotas superaba el 50% los activos que, correctamente valorados, eran equivalentes en términos pecuniarios al referido porcentaje. Finalmente, y para el caso de no acogimiento de las dos anteriores pretensiones, indicaba que, en caso de considerarse válido y eficaz el acuerdo, por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, debería modificarse la

• Miguel Gimeno Ribes

Es Becario de investigación FPI del Ministerio de Economía y Competitividad y doctorando en el Departamento de Derecho Mercantil "Manuel Broseta Pont" de la Universidad de Valencia, donde primero se licenció en Derecho, luego en Administración y Dirección de Empresas y, posteriormente, cursó el Máster Universitario en Derecho, Empresa y Justicia, obteniendo el Premio Extraordinario en los tres títulos. Becado por el DAAD y la Sociedad Max Planck, además de por el antedicho Ministerio, ha desarrollado estancias en las Universidades de Múnich, Oxford y Florencia, así como en el Instituto Max Planck para el Derecho Privado internacional y comparado, donde ha profundizado en sus líneas de investigación, que se centran en el Derecho de Sociedades, de la Competencia y de la Contratación Mercantil. En estas materias ha publicado un libro (La protección del comprador en la adquisición de empresa. Estudio comparado de los ordenamientos español y alemán (2013) y diversos capítulos de libro y artículos en revistas de prestigio como la Revista de Derecho Mercantil o la Revista de Derecho de Sociedades, además de haber coordinado la obra colectiva Archivo Commenda de Jurisprudencia Societaria (2014).

valoración habida cuenta de la caída del sector inmobiliario, que indirectamente había supuesto la depreciación de algunos de los activos que la sociedad tenía en su haber:

El JPI estimó la demanda y rebatió los argumentos de la reconvencción, declarando que el contrato había sido incumplido e intimando a las partes a hacer efectivo el acuerdo de separación y realizando las correspondientes adjudicaciones de activos tal y como resultaba de la valoración llevada a cabo por KPMG. En concreto, advertía el órgano judicial que el plazo de ejecución del acuerdo no debía reputarse como elemento esencial, por lo que el hecho de haber sido superado no daba lugar a la resolución. En el mismo sentido, la incorrección de la valoración no suponía un incumplimiento de uno de los comuneros -partes en el contrato-, sino de un tercero al que se le requiere para llevar a cabo tal operación de cálculo, por lo que la pretendida resolución tampoco puede ser derivada por esta vía. Finalmente, entendía que la cláusula *rebus sic stantibus* tan sólo es de aplicación a contratos de tracto sucesivo, por lo que no puede ser invocada en el supuesto litigioso considerado.

Recurrida la sentencia en apelación, la AP de Barcelona confirmó la resolución de instancia en lo esencial, pero admitió que la posible valoración del tercero arbitrador, si contraria a la equidad en el sentido del art. 1690 CC, podía ser objeto de revisión. Sin embargo, entendía que la antedicha seguía unos criterios razonables, máxime cuando a fecha de 17 de abril de 2008 no se había aludido todavía por las partes a la caída del sector inmobiliario como posible elemento que propiciara la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, sino que su consideración no tuvo lugar hasta el 15 de julio de 2008.

La sentencia se recurrió en casación y el TS trajo a colación los argumentos que seguidamente se refieren para terminar desestimando los motivos esgrimidos por la parte demandada.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El demandado, recurrente en casación, adujo la necesidad de que la actividad desarrollada por el tercero arbitrador se desarrollara de conformidad con lo previsto en los arts. 1690 CC respecto a la determinación de las ganancias y de las pérdidas en las sociedades, así como a la determinación del precio en el contrato de compraventa (art. 1447 CC) y, por tanto, debía, tal y como requiere el primero de los preceptos citados, someterse a la equidad. No apreciándose ésta, el referido artículo posibilita la impugnación judicial de la decisión del tercero y su nueva valoración, que debería ser congruente con el "*auténtico valor, el criterio objetivamente adecuado, el criterio normal del sector de la comunidad*". El TS entendió que el tenor literal de la norma exigía, precisamente, lo había argumentado la parte recurrente, pero, al tiempo, advertía de que dicha labor ya fue llevada a cabo por

la AP de Barcelona, de manera que, tratándose de una cuestión de prueba, cuya consideración en casación queda vedada, el motivo debía ser desestimado.

Igual suerte merecieron el segundo y el tercero de los motivos, referido el primero a la posible aplicación de la necesaria sujeción a la proporcionalidad o a la igualdad en la preparación de los lotes para el reparto de los activos por aplicación analógica de los preceptos radicados en sede de comunidad de bienes y herencia, arts. 402 y 1061 CC respectivamente. El Alto Tribunal entendió que el argumento suponía, de un lado, una vulneración de la prohibición procesal de *mutatio libelli*, pues no había sido traído a colación en las instancias previas, y, de otro, y aparte la falta de claridad en su exposición, no se daban las circunstancias requeridas para la aplicación analógica de los preceptos referidos. El recurrente pretendía, en este sentido, una nueva valoración que dejara sin efecto la realizada por el tercero.

El tercer y último de los motivos versaba sobre la presunta vulneración de consagrada doctrina jurisprudencial en materia de enriquecimiento injusto y principio general del derecho de equidad, cuya finalidad, entendió el TS, no era otra que la de los argumentos anteriores. Contra éste excepcionó falta de razonamiento y, nuevamente, prohibición procesal de aducir motivos no considerados en instancias previas.

I. ACUERDO DE SEPARACIÓN, COMUNIDAD DE BIENES Y SOCIEDAD

La resolución judicial cuyo análisis es objeto del presente comentario plantea un supuesto de hecho de particular interés, puesto que requiere de la delimitación previa de la naturaleza exacta de las instituciones en juego que se derivan de los elementos fácticos del asunto litigioso. Así, se hace necesaria una primera valoración de la configuración jurídico-obligacional y jurídico-real de la mencionada realidad, que cubra los elementos generales y determine la regulación que le sea de aplicación. Con inmediata posterioridad, se toman en consideración los diferentes argumentos aducidos en las instancias por las partes y se valora la solución aportada en cada caso por las sucesivas instancias judiciales, evidentemente, partiendo de la determinación realizada de manera originaria.

Así pues, el supuesto considerado es el de una comunidad de bienes que se extiende sobre la totalidad de las participaciones de una sociedad limitada, en la que, los que ostentan la condición de socios lo son como copropietarios de la totalidad de las participaciones. Recuérdese, a estos efectos, que como advierte el art. 90 LSC, la participación social es indivisible. Es por ello que su relación con la compañía no está vinculada a un número concreto del total de los títulos en los que está dividido el capital social de la misma, sino a la cuota correspondiente que le corresponda en razón de la parte proporcional que ostente en la comunidad. Su condición, por tanto, es de socio de la totalidad y de comunero por la parte correspondiente,

lo cual, si a efectos económicos reviste alguna particularidad, quizá no del todo relevante, encuentra especial incidencia a los jurídicos.

En primer lugar porque, habida cuenta de lo anterior, nos encontramos ante un supuesto de derechos reales sobre acciones o participaciones y, en concreto, de copropiedad sobre las anteriores [son de interés los trabajos clásicos de Fernández Ruiz, J. L. "Copropiedad y usufructo de acciones", en Alonso Ureba, A. (coord.). *Derecho de sociedades anónimas: (en homenaje al profesor José Girón Tena)*. Vol. 2, T. II. Madrid (1994): Civitas, 745-772, particularmente 748-759, así como De la Cámara Álvarez, M. "El derecho de suscripción preferente en el caso de acciones de la sociedad conyugal o en caso de copropiedad, usufructo o sustitución fideicomisaria de acciones". *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (1996). 35, 425-464, en concreto, 441-445], lo que exige el recurso a las normas que, en sede societaria, regulan tal especialidad. En concreto, el art. 126 LSC otorga la condición de socios a los copropietarios, pero exige que tan sólo uno de ellos sea designado para el ejercicio de los derechos del socio. Por estos entendemos, no sólo los derechos económicos, como pueda ser el de suscripción preferente –los dividendos serán cobrados por uno de los copropietarios contra el que, en razón de su condición de comuneros, podrán repetir su parte proporcional de la ganancia el resto de los copropietarios-, sino también, de manera especial, los políticos. En el caso presente, en el que la copropiedad lo es respecto de la totalidad de las participaciones, es una realidad que a la Junta General tan sólo podrá acudir una persona física, lo que lleva a plantear si, en realidad, no nos encontramos ante un supuesto de sociedad unipersonal, con la consecuencia de que las competencias del órgano que delibera recaigan de manera unívoca en el socio representante en el sentido del art. 15 LSC. La respuesta, sin embargo, se nos debe antojar negativa, toda vez que no es sólo una persona, sea física o jurídica, la que ostenta la condición de socio, sino varias, además de que la persona que acuda a la Junta no deberá ser necesariamente uno de los socios, sino que dicha facultad podrá recaer en un tercero representante. Diferente habría sido la solución en caso de que en vez de una comunidad de bienes, la totalidad de las participaciones hubiese pasado por un ente con personalidad jurídica. La reducción de costes en términos de convocatoria de Junta General no puede, por lo demás, ser ignorada, mal que en una sociedad limitada de las características de la presente, bien por mediación de juntas universales, bien, en su caso, a través de la comunicación directa a los socios, no serían de gran envergadura.

Lo que en cualquier caso parece colegirse es el necesario requerimiento de fórmulas de elaboración de decisiones concernientes a la empresa constituida como sociedad ajenas al propio Derecho corporativo, y ello en razón de la situación de copropiedad que no deja verdadero margen para el desarrollo de las funciones propias de los órganos de las sociedades de capital. En este sentido, parece quizá que son los contratos establecidos entre los comuneros los que están llamados

a regir el funcionamiento de la sociedad y, en concreto, tomar las decisiones que luego se ejecuten a través de sus órganos. Cabe pensar, en este sentido, que dichos contratos puedan ser concebidos e, incluso, sometidos a las reglas de los pactos omnilaterales, esto es, pactos parasociales en los que intervienen la totalidad de los socios [véase al respecto, Sáez Lacave, M. I. "Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces". *Revista de Derecho de Sociedades* (2010). 39, 103-123, como también Pérez Moriones, A. "La necesaria revisión de la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales o de todos los socios". *Estudios de Deusto* (2013). 61-2º, 261-296. Monográficamente, Noval Pato, J. *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad*. Madrid (2012): Civitas]. En cualquier caso, las posibles decisiones, que en el presente supuesto afectan a una reducción de capital por amortización de participaciones, siendo que se instrumentan a través de acuerdos entre copropietarios, deberán estar sujetas a las reglas aplicables al condominio.

En cierto sentido, las particularidades de una posible asignación de los correspondientes activos a uno de los integrantes de la empresa, que decida abandonar la continuación de la actividad económica revestirán características divergentes según se trate de una comunidad de bienes o de una sociedad. En este último caso, el derecho de adquisición preferente se estipula por vía estatutaria o, de manera supletoria, por la Ley, resultando, por tratarse de una sociedad limitada, contrario a Derecho, de conformidad con el art. 108 LSC, el establecimiento de cláusulas que hagan prácticamente libre la transmisibilidad de las participaciones. El derecho real limitado opera, en cualquier caso, mediante un mecanismo que tiene incidencia *ex ante*, ya que suele tratarse de un derecho de tanteo que pueden ejercitar el resto de socios o de la sociedad y que seguramente vendrá marcado por un riguroso procedimiento de comunicaciones que, a falta de indicación estatutaria, se encuentra descrito en el art. 107 LSC. Por el contrario, en un supuesto de copropiedad es de aplicación el derecho de retracto entre comuneros referido en el art. 1522 CC, el cual, por su fisonomía [sobre el particular, de manera especial, Bello Janeiro, D. *El retracto de comuneros y colindantes en el Código Civil*. Cizur Menor (1996): Aranzadi, así como, más recientemente, Bergal Sáinz de Baranda, Y. "Requisitos para la interposición de las demandas de retracto de comuneros: algunos problemas prácticos". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2010). 720, 1681-1720], resulta mucho más permisivo con la posible voluntad de transmisión de un bien a terceros. En primer lugar, por el hecho de operar *ex post*, que evita la necesidad de una autorización por parte del resto de propietarios y, en segundo, por la brevedad del plazo –de nueve días *ex art.* 1524 CC- para el ejercicio de tal derecho.

Pareciera, por tanto, que la elección de unas reglas como las de la comunidad de bienes para una realidad que constituía el ejercicio de una actividad económica a través de una sociedad de responsabilidad limitada tenía en mente, de un lado,

una suerte de reducción de costes y, de otra, una flexibilización de las rigideces de transmisión de las cuotas o participaciones que cada uno de los socios-comuneros tuvieran respecto del total del capital. A esto último puede añadirse que las limitaciones que, bien legal, bien estatutariamente se configuran –ex arts. 107 y 108 LSC– en lo que se refiere a las posibilidades de transmisibilidad de las participaciones, y esencialmente en comparación con el régimen de las sociedades anónimas, favorecedor de lo contrario (art. 123 LSC), no se ve correspondido con un derecho de separación más generoso en la sociedad limitada (art. 346.2 LSC), precisamente por una cuestión de corte tipológico [sobre el particular, especialmente el clásico trabajo de Fernández de la Gándara, L. *La atipicidad en el Derecho de Sociedades*. Zaragoza (1977): Pórtico, así como, de manera específica, Embid Irujo, J. M. y Martínez Sanz, F. “Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital”. *Revista de Derecho de Sociedades* (1996). 7, 11-30], esto es, por la configuración como sociedad cerrada, con un capital poco disperso y con una mayor libertad estatutaria para determinar su régimen.

Es de notar, no obstante, que finalmente, la salida de uno de los socios se instrumentó, no a través de una venta de las participaciones, sino de un acuerdo de separación voluntaria, que exigía el acuerdo de la Junta General (el acuerdo unipersonal) de reducción de capital por amortización de participaciones, con la sustancial reducción de tamaño de la sociedad. Sin embargo, ello no debe llevar a la ignorancia de las normas sobre comunidad de bienes, puesto que, al cabo, la posible problemática de la resolución judicial analizada se encuentra en esta sede y no en aspectos puramente societarios.

II. ÁRBITRO Y ARBITRADOR

Delimitado el problema del objeto de regulación en términos generales, se plantea en primer término la cuestión de la figura y consiguiente función del tercero al que se requiere para realizar la valoración de los activos de la sociedad y, así, poder asignar a cada uno la parte correspondiente a su cuota. Para comenzar, no se trata de un árbitro en sentido de persona llamada a la resolución de conflictos en la vía extrajudicial a través de la emisión de laudos. Por el contrario, nos encontramos ante un arbitrador, que debe decidir el valor de los diferentes elementos y que es designado para ello por las partes, y ello sin perjuicio de que el art. 402 CC hable de “árbitros” y el art. 1447 CC indique que se trata de dejar una decisión al “arbitrio” de un tercero [Alfaro Águila-Real, J. y Campins Vargas, A., “Revisión por los Tribunales de los informes de los auditores que fijan el valor real de las acciones con ocasión de un derecho de preferencia estatutario. (A propósito de la SAP de Madrid, de 23 de diciembre de 2009)”. *Revista de Derecho de Sociedades* (2010). 35, 301-310].

Pero dicho arbitrador, no lo es, como han sugerido las sucesivas instancias, por referencia analógica del art. 1447 CC, sino por aplicación estricta de las normas

sobre comunidad de bienes, pues de ello se trata, y, en particular, en lo que se refiere a la división de la cosa común. Existiendo un precepto en tal sede, art. 402 CC, que regula la posibilidad, pese a que se refiere, de manera imprecisa, a los árbitros, parece más adecuado que tal sea el precepto de adecuada invocación.

El problema que surge, sin embargo, es el de la posible impugnación de la decisión del tercero por alguna razón. No habiendo indicación explícita en sede de compraventa, en la resolución judicial se invocaba el art. 1690 CC por analogía, referido a la determinación de las pérdidas y ganancias en la sociedad civil, que, por lo demás, alude a la equidad como elemento que debe guiar la actuación del tercero arbitrador: De aplicación sería también el precepto en caso de que se recondujera el supuesto, como se ha sostenido, al art. 402 CC, con la única particularidad de que se debe dilucidar si el criterio debe ser la falta de proporcionalidad o, por el contrario, la ausencia de equidad. Y lo cierto es que, hasta cierto punto, se trata de conceptos compatibles, ya que, de un lado, la proporcionalidad tiene que ver con la adecuada distribución de los activos, una vez valorados, con respecto a las cuotas que cada uno de los socios-comuneros tuvieran en la copropiedad. De otro, la equidad responde al cálculo de lo que supone la traslación en términos pecuniarios de los activos, que necesariamente ha de operar de manera previa. No parece que en el presente caso se hubiese vulnerado la proporcionalidad, pese a que así lo indicase la parte demandada en primera instancia, ya que se asignaron los activos en perfecta consonancia con los porcentajes de las cuotas de los comuneros. Al contrario, lo que parece subyacer es un sustancial desacuerdo de la parte demandada en razón de una supuesta contravención del requisito de la equidad.

Nada parece indicar la sentencia, por lo demás, y pese a haber afirmado que el precepto aplicable en el supuesto de hecho analizado era el relativo al contrato de compraventa por analogía (art. 1447 CC), sobre la posible valoración de los activos de la sociedad conforme a un determinado cálculo preestablecido, como pudiera intuirse que se pactó en origen, por tratarse de una empresa auditora la encargada de tal valoración. Y es que el art. 1447 CC no sólo alude al "*arbitrio de persona determinada*", sino también que el precio sea determinado "*con referencia a otra cosa cierta*", siendo tal cosa cierta, por ejemplo, una forma de cálculo comúnmente utilizada [Alfaro Águila-Real, J. y Campins Vargas, A. "Revisión por los Tribunales", cit.]. Presumiendo que no fuera tal la previsión contractual, entendiendo que la valoración de activos aconsejara dejarlo a la equidad, el acuerdo puede ser impugnado en caso de producirse su contravención, con la posibilidad de que sea el órgano judicial el que realice las oportunas valoraciones sobre la adecuación de la valoración en los términos referidos.

III. CONDICIÓN DE SOCIO Y TITULARIDAD INDIRECTA DE BIENES

Llegados a este punto, y con carácter previo a la efectiva consideración de los aspectos verdaderamente controvertidos entre las partes en las sucesivas instancias, conviene hacer referencia a la estructura jurídico-real de la situación fáctica objeto de estudio. Se ha argumentado que es la regulación sobre la comunidad de bienes, sobre el *pro indiviso*, la que debe ser de aplicación. Es por ello que la condición de socio la ostentan todos los comuneros, pero, en cierto modo, con particularidades a la hora del ejercicio de los derechos que son inherentes al estatuto jurídico de quien es titular de una participación.

Al mismo tiempo, a la hora de realizar operaciones que impliquen la valoración patrimonial de los bienes que pertenecen al empresario social, se dice que los socios tienen una suerte de relación indirecta con los bienes que, en caso de ostentar la totalidad de las participaciones en las que se divide el capital, puede asimilarse, por efecto económico, a la propiedad de los bienes. En tal sentido, en operaciones corporativas, como compraventas de empresa (*share deal*), o, en este supuesto, división de la cosa común, la cuota de la copropiedad se corresponde con un número de participaciones calculadas en razón del porcentaje de la cuota ostentada en el condominio, que a su vez tiene su equivalente en los bienes propiedad del empresario social.

IV. RELEVANCIA DEL PLAZO DE CUATRO MESES

La pretensión principal del demandado que reconvino en la primera instancia era la de la resolución por transcurso del plazo de cuatro meses estipulado en el acuerdo de separación voluntaria. La argumentación fue rechazada en la primera de las resoluciones judiciales por considerar que el término estipulado no era esencial en el contrato y, por tanto, no procedía atender a la indicada referencia. La respuesta jurisprudencial, mal que no incorrecta, podría ser matizada, y ello por dos razones. En primer lugar, porque, si tenemos un plazo en el acuerdo, éste podrá dar lugar a la resolución, en su caso, si el transcurso del mismo se configura como condición resolutoria en el sentido advertido por el art. 1117 CC [véase al respecto Díez-Picazo y Ponce de León, L. "El tiempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase de *conditio pendens*". *Anuario de Derecho Civil*. (1969). 22-1º, 129-144 y, con posterioridad, Carrión Olmos, S. "La condición suspensiva y sus efectos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1996". *Revista de Derecho Privado* (1999). 83-6º, 449-487]. En segundo lugar por el hecho de que, de no ser así, la resolución, de proceder, derivaría de incumplimiento y éste debería verificarse en la figura del demandante, que es, al fin y al cabo, el socio-comunero que pretende separarse.

Así las cosas, cada una de las matizaciones realizadas se corresponde con posibles faltas de actuación, bien del tercero auditor, bien de una de las partes del acuerdo, siendo la situación diferente en cada supuesto. Si el responsable del transcurso fuera el tercero encargado de llevar a cabo la valoración y establecer los lotes que se corresponden con las diferentes cuotas del condominio -por no haber realizado la valoración en el tiempo convenido-, no nos encontraríamos propiamente ante una condición resolutoria, se trataría de un hecho ajeno a la voluntad de las partes, por lo que, de conformidad con el art. 1115 CC, en principio, podría resultar relevante a efectos de la resolución. Sin embargo, no se colige de las resoluciones judiciales que integran el *iter* procesal que dicho plazo constara explícitamente como condición resolutoria por lo que, realizando una interpretación literal, no procedería entenderla como tal.

Si, por el contrario, el transcurso del plazo sin que se procediera a llevar a cabo el acuerdo de separación fuese imputable a alguna de las partes del contrato, no procedería considerar ni siquiera el plazo como condición resolutoria por encontrarse viciada de nulidad dicha cláusula en razón de lo indicado en el primer apartado del art. 1115 CC, así como, de manera más genérica, en el art. 1256 CC. Por tanto, en su caso, la resolución procedería por incumplimiento del acuerdo. Habida cuenta de que quien demandó fue quien se pretendía separar, se puede intuir que, si hubo incumplimiento del acuerdo por alguna de las partes, ésta sería, necesariamente, la demandada, puesto que otra comprensión de la situación resultaría absurda. Si tal fuera el caso, no tiene sentido que la parte a quien favorece el incumplimiento requiera la resolución en razón del referido.

V. CUESTIÓN DE PRUEBA: VALORACIÓN INCORRECTA

La segunda de las cuestiones que surge en el análisis de los pedimentos de la parte demandada y recurrente en la segunda y tercera instancias es la que, de manera sucesiva, aparece como, probablemente, el problema principal del asunto litigioso, a saber, el desacuerdo con la valoración del tercero. Como se ha referido con anterioridad, el criterio a considerar varía según nos encontremos ante una valoración dejada a la decisión de un tercero o ante un encargo a éste de realizar los cálculos para la asignación de los lotes correspondientes con las diferentes cuotas de la copropiedad siguiendo un modelo preestablecido. En el primer caso, la aplicación analógica del art. 1690 CC permitiría impugnar la valoración realizada por considerarse inequitativa, mientras que en el segundo, la incorrección sería inocua, puesto que el valor, en todo caso, sería determinable conforme a la operación matemática pertinente.

Requerir una resolución en razón de una valoración incorrecta no parece tener sentido, en primer lugar, por lo que la sentencia de la primera instancia hace saber, y es que, en ambos supuestos descritos, el incumplimiento en todo caso lo generaría

el tercero, que no es parte en el contrato. En segundo lugar, porque, además, en el segundo de los supuestos descritos, la incorrección en la que pudiera incurrir el tercero puede ser suplida con facilidad.

En cualquier caso, no existiendo norma concreta, por ejemplo, contable o de auditoría, sobre la materia ni permitiendo la resolución judicial colegir ninguna regla concreta, bien parece que nos encontramos ante un supuesto del primer caso, por lo que la valoración podrá ser contraria a la equidad, pero no reputarse incorrecta. En contra de lo argumentado por el JPI, en apelación se atendió al fondo de la cuestión, considerando la posible valoración inequitativa llegándose a la conclusión de que el tercero había realizado los pertinentes cálculos dentro de los límites de la razonabilidad. Al no haber mayor indicación sobre las características de la operación que debía llevar a cabo el auditor a la hora de preparar los consabidos lotes de activos, el art. 1690 CC no parece dotar de una intervención absoluta al órgano judicial que, por el contrario, deberá limitarse a revisar si la valoración se salió de los límites de la equidad. Habiendo realizado la AP el aludido análisis, no había lugar a volver a traer a colación el pedimento en sede casacional, en primer lugar porque, en el mejor de los casos, la respuesta será la misma, pero, además, porque la norma procesal básica impide la consideración de aspectos probatorios en tal instancia.

VI. LA INCIDENCIA DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Sí que hubiese sido, por el contrario, quizá un aspecto más relevante el de la posible modificación de las circunstancias por efecto de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, desarrollada en la jurisprudencia del TS [con carácter general, véase recientemente, Orduña Moreno, F.J. y Martínez Velencoso, L., *La moderna configuración de la cláusula "rebus sic stantibus"*. Madrid (2013): Civitas] y que, al contrario de otros ordenamientos, como el alemán (§ 313 BGB), no ha sido recogida en la legislación. Dicho principio, consistente en la limitación de los efectos de una previsión contractual en caso de modificación sustancial de los aspectos externos tiene aristas de difícil concreción, que tan sólo permiten aplicar la regla en supuestos muy concretos. Para suplir dicha carencia, en múltiples ocasiones, las partes, en caso de contratos corporativos, deciden aplicar las llamadas cláusulas MAC (*material adverse change*) [así lo explican, para tomas de control, Hopt, K. J., "MAC-Klauseln im Finanz- und Übernahmerecht", en AA.VV. *Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag*. Köln (2009): Otto Schmidt, 681-704, así como, entre nosotros, Gili Saldaña, M. "Las cláusulas de cambios adversos relevantes en las adquisiciones de empresas". *In Dret*, 13 (1)], que permiten delimitar por vía contractual los concretos supuestos en los que se verifica un cambio de condiciones sustanciales y, consecuentemente, activar los mecanismos en el propio negocio jurídico que permiten modular sus efectos.

No parece, sin embargo, que nos encontremos ante un caso en el que lo relevante sea la limitación de los efectos del contrato en razón de una modificación

sustancial de las circunstancias que acompañan al acuerdo de separación. El supuesto, en realidad, es diferente, puesto que lo que se está juzgando es una valoración presuntamente inequitativa. Debe entenderse, en este sentido, que de modificarse las condiciones del mercado habiendo supuesto ello la disminución del valor de determinados activos, sería el tercero quien debía haberlo advertido, lo que nos remite al juicio sobre la valoración, pero en modo alguno debe dar lugar a la aplicación del principio *rebus sic stantibus*.

VII.A MODO DE CONCLUSIÓN

La resolución judicial analizada, así como las vertidas en las instancias previas del *iter* procesal en cuestión, llega a una solución materialmente adecuada, en el sentido de desestimar los sucesivos recursos de la parte que en su día no quiso ejecutar el acuerdo de separación y dividir la cosa común a través de una reducción de capital con amortización de participaciones en la cuota correspondiente al no considerar adecuada la valoración realizada. Sin embargo, no resuelve del todo el problema de la situación de condominio sobre la totalidad de las participaciones, con las consecuencias que ello, en razón de la comunidad, tiene para determinar las normas aplicables. Se produce una cierta huída indirecta del Derecho de Sociedades para entrar en el ámbito del Derecho de contratos y del Derecho de cosas. Es, por el contrario, la problemática de la valoración acaba revistiendo, en cierto sentido de manera inducida, el núcleo del análisis.



LA OBLIGACIÓN DEL GESTOR DE CARTERA DE VALORES
DE INFORMAR Y MANTENER INFORMADO AL CLIENTE.
COMENTARIO A LA STS NÚM. 244/2013,
DE 18 DE ABRIL (RJ 2013, 3387)

THE OBLIGATION OF PORTFOLIO MANAGER TO INFORM
AND TO KEEP CUSTOMERS INFORMED. COMMENT ON STS
NO. 244/2013, OF APRIL 18 (RJ 2013, 3387)

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 468-479



Pedro
CHAPARRO
MATAMOROS

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de diciembre de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero 2014

RESUMEN: El gestor de carteras de valores de inversión está obligado a informar a los clientes de la adquisición de valores y de su posterior evolución. Debe, asimismo, adquirir valores que resulten coherentes con el riesgo que el cliente desea asumir, y no por encima de ese nivel de riesgo.

PALABRAS CLAVE: Gestor de carteras de inversión, responsabilidad, información, riesgo, participaciones preferentes.

ABSTRACT: The investment portfolios manager is obliged to inform customers of the acquisition of securities and their subsequent evolution. The manager also must acquire values that are consistent with the risk that the client wishes to take, and not above that level of risk.

KEY WORDS: Manager of investment portfolios, liability, information, risk, preference shares.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares.- II. Modalidades del contrato de gestión de carteras de inversión.- III. Sobre el deber de información que incumbe a la entidad financiera.- I. La obligación de informar y mantener informado al inversor.- 2. La obligación de informar al inversor según la doctrina contenida en la STS núm. 244/2013, de 18 de abril.- IV. El perfil de riesgo seleccionado por el inversor.

SUPUESTO DE HECHO

Un matrimonio, casado en régimen de gananciales, interpone demanda contra una entidad financiera, reclamándole una indemnización de 291.488'84 euros por negligencia en el cumplimiento del contrato de gestión discrecional de carteras de inversión que dicho matrimonio demandante había suscrito con aquélla. Entienden los demandantes que el banco actuó de forma negligente por adquirir valores complejos y arriesgados como eran las participaciones preferentes de "LehmanBrothers" (que, a la postre, quebró), siendo que habían elegido un perfil de riesgo muy bajo al concertar el contrato.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda al considerar que la entidad financiera había cumplido negligentemente el contrato, básicamente por no haber facilitado a los demandantes información correcta y haber adquirido para ellos productos no garantizados que no se ajustaban a su perfil de riesgo conservador.

La entidad financiera recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y absolvió al banco. En este sentido ofrece tres argumentos:

1º) el contrato de gestión de cartera de inversión se asemeja al de mandato para la gestión de un patrimonio ajeno en el que el mandatario no se compromete a un resultado concreto de la inversión pues contrae una obligación de medios y no de resultado, sin que el riesgo de la operación inversora se desplace a la entidad gestora, pues sigue siendo asumido por el inversor;

• Pedro Chaparro Matamoros

Pedro Chaparro Matamoros (Valencia, España) es Licenciado en Derecho (2011) y Administración y Dirección de Empresas (2011) por la Universidad de Valencia, y Máster en Derecho, Empresa y Justicia (2012) por dicha universidad. Actualmente es becario FPU del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en el Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia. Es autor de la monografía 'La extensión objetiva de la hipoteca' (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013). Además, ha publicado artículos científicos en revistas como Diario La Ley, Revista de Derecho Patrimonial, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías y Revista Boliviana de Derecho. Ha participado, también, en 4 obras colectivas (dos de ellas publicadas en Aranzadi) y en los manuales de 'Derecho Civil I' (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013), 'Derecho Civil II' (Tirant lo Blanch, Valencia, 2011-2013) y 'Derecho Civil IV' (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013).

2º) los actores tuvieron información adecuada para comprender la naturaleza del producto que la entidad financiera iba a adquirir para su cartera de inversión, pues: a) recibieron información precontractual en las conversaciones previas a la concertación de la operación, a través de correos electrónicos en que se les ofrecía la información que demandaran; b) en dichas negociaciones estaban asesorados por el asesor de las empresas gestionadas por el marido demandante; y c) recibieron información tanto de la concreta adquisición de las participaciones preferentes como de la evolución posterior de su cartera, incluidas dichas participaciones preferentes, de forma periódica; y

3º) respecto a la naturaleza del producto en relación al perfil inversor de los demandantes, la Audiencia Provincial reconoce que puede llamar la atención que se compraran valores complejos y de riesgo a la vista de que los actores eligieron un perfil de riesgo muy bajo, pero afirma que la normativa vigente no impedía a clientes conservadores solicitar inversiones en productos de riesgo y resulta probada la voluntad de los demandantes de adquirir las participaciones preferentes.

Frente a la sentencia de la Audiencia Provincial, el matrimonio demandante interpuso recurso de casación.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación del matrimonio demandante. Ello lo hace sobre la base de entremezclar los diferentes argumentos y motivos alegados, ya que, de alguna manera, los considera todos ellos como una plasmación o manifestación del deber de información que incumbe a la entidad financiera (dice así que “Los motivos han de ser analizados y resueltos conjuntamente, por la estrecha relación que presentan”). Sin embargo, se puede diferenciar entre argumentos referidos a la cantidad, a la calidad, y a la necesidad del deber de información.

1º) Respecto a la cantidad de la información, considera el alto tribunal que la información facilitada podría considerarse “suficiente” en el seno de relaciones contractuales más simples, “pero no lo es en el contrato de gestión discrecional de cartera de valores, pues no alcanza el estándar de la conducta exigida al profesional con base en la normativa que lo regula”.

Por tanto, el mero intercambio de correos entre la entidad financiera y el marido (que era empresario) informando, en primer lugar, sobre los valores cuya adquisición se proponía, y posteriormente, de su adquisición y evolución posterior, no resulta suficiente, según el Supremo, para entender cumplido el deber de información, cuya extensión no se limita a tales cometidos, sino que abarca también, según la normativa que lo desarrolla, conductas que en el caso fueron omitidas o cumplidas de forma defectuosa.

Por otra parte, afirma el Supremo que “La obligación de información que establece la normativa legal invocada por los recurrentes es una obligación activa, no de mera disponibilidad”, lo que no se cumple con la mera puesta a disposición de los empleados del banco para ofrecer cuanto información se les requiera. Y es que, insiste, “Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional”.

2º) En relación con la calidad de la información, el Supremo entiende que “los términos empleados en el contrato para advertir al inversor del riesgo de determinados productos no cumplen las exigencias de claridad y precisión en la información”, por contener vaguedades o declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos.

De la misma manera, señala que el hecho de que con anterioridad a la suscripción del contrato se remitieran correos electrónicos a los demandantes “no supone tampoco el cumplimiento del estándar de información exigido por la normativa del mercado de valores a la vista de que la información facilitada no alerta en absoluto sobre la complejidad del producto y el riesgo que conlleva”.

3º) Otra cuestión que aborda el Tribunal Supremo es la relativa a la necesidad de la información, habida cuenta que, en el proceso, la entidad financiera alude a unos presuntos conocimientos financieros del marido demandante, en base a los cuales entiende que su deber de información se difumina o diluye.

Así, en lo relativo al argumento utilizado por la entidad financiera en el proceso de que el cliente era un empresario, hace bien el Supremo al matizar que tal hecho no implica *per se* que deban presumírsele conocimientos financieros, máxime si su campo empresarial es un mundo relativamente ajeno a las inversiones financieras como es el sector de los derribos.

Por otra parte, tampoco se puede considerar a los demandantes clientes expertos, y, en consecuencia, eximir a la empresa que presta los servicios de inversión del cumplimiento del elevado estándar de información que le es exigible, por el hecho de que aquéllos hubieran realizado algunas inversiones a raíz de resultar agraciados con un premio en un sorteo de la ONCE.

Igualmente el hecho de que los codemandantes estuvieran acompañados del asesor laboral y contable de las empresas de las que el marido era administrador, no implica que la información que se les facilitó fuera suficiente, pues “La condición de asesor laboral y contable de empresas de construcción que tenía este asesor no presupone conocimientos avanzados sobre los riesgos específicos de productos financieros y valores negociables complejos como los contratados”.

4º) Por último, el Supremo trata de relacionar la cuestión del perfil de riesgo seleccionado por el matrimonio demandante con una infracción del deber de información, si bien, la justificación queda un tanto forzada. Dice así el Supremo que “no se suministra una información completa y clara al inversor ni se actúa de buena fe cuando en el contrato existe una contradicción evidente entre la respuesta que da el inversor cuando se le pregunta por su perfil de riesgo y la elección de los valores en que se puede invertir”.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

La sentencia que se comenta es una de las más importantes dictadas por el Tribunal Supremo en relación con la problemática de las participaciones preferentes. Y es que la adquisición de las denominadas ‘participaciones preferentes’ ha ocasionado un gran revuelo social en España, ocasionando cuantiosas pérdidas a numerosas familias (en ocasiones, de economía modesta), que las habían adquirido pensando que se trataba de un producto seguro.

Merece la pena detenerse un instante en el concepto de las participaciones preferentes, que sin duda contribuirá a entender mejor su funcionamiento. Aquéllas constituyen un producto financiero mixto, que aúna tanto caracteres de la renta fija como de la renta variable (acciones). Se caracterizan principalmente: a) por su carácter perpetuo, de forma que sólo se puede recuperar la inversión vendiendo lo adquirido, que, en no pocas ocasiones, implica una pérdida de capital, derivada del hecho de ser mayor el capital inicial aportado que lo que se obtiene con su venta; y b) su rentabilidad no está garantizada, dependiendo este extremo de que la entidad emisora obtenga beneficios.

Al parecer, detrás de la comercialización de las participaciones preferentes se esconde un ánimo de refinanciación de las entidades financieras, lo que ha propiciado la venta agresiva de las mismas con conductas poco éticas, como el posible dolo de dichas entidades financieras (si bien, en algunos casos, se ha logrado probar el eventual desconocimiento por parte de los comerciales del riesgo de las preferentes, desconocimiento que les habría llevado a venderlas como productos seguros); y el hecho de que hayas sido focalizadas en el sector de los clientes minoristas (art. 78 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores), siendo vendidas, especialmente, a personas de avanzada edad, en las que concurrían, por una parte, un carácter pusilánime y una voluntad fácilmente doblegable; y, por otra, un total desconocimiento de los productos financieros y de su riesgo.

Como era de esperar, la pérdida de valor de las participaciones preferentes y la consecuencia disminución de los ahorros de los afectados ha dado lugar a múltiples demandas en que se exige la recuperación del valor de las inversiones, alegando falta

de información por parte de la entidad financiera e, incluso, engaño, en la venta de tales productos financieros.

La sentencia que aquí se comenta es importante porque interpreta y desarrolla con precisión el nivel de información que es exigible a la entidad financiera según la normativa bancaria, estableciendo claramente que se trata de una obligación activa, es decir, el deudor de la obligación (la entidad financiera) debe ofrecer al cliente toda la información, en cantidad y calidad, que le exija el concreto contrato suscrito entre ellos, debiendo ser tal información, evidentemente, más amplia y profunda cuanto más complejo sea el contrato.

II. MODALIDADES DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE CARTERAS DE INVERSIÓN.

En el caso analizado, la adquisición de las participaciones preferentes tiene lugar en el contexto de un contrato de gestión de carteras de inversión. Y es que, a pesar de tratarse ciertamente de un contrato de adhesión, en el que priman las condiciones predispuestas en los contratos-tipo por el gestor, los objetivos de inversión y las necesidades de los distintos clientes son también tenidos en cuenta, lo que da lugar, principalmente, a dos modalidades de este contrato, a saber: a) la gestión 'asesorada' de carteras de inversión; y b) la gestión 'discrecional' de carteras de inversión.

La primera modalidad se caracteriza porque el poder decisorio de efectuar o no las operaciones reside en el inversor, siendo el gestor, a estos efectos, un mero 'asesor'; es decir, propone operaciones al inversor que puedan resultar ventajosas, pero sólo las ejecuta materialmente con el consentimiento de éste. En la segunda modalidad, en cambio, el gestor dispone de un amplio margen de libertad de actuación, pues puede efectuar las operaciones que considere oportunas sin previo aviso al inversor. Ésta constituye la modalidad habitual del contrato de gestión de carteras de inversión.

La cuestión es importante porque el contrato que se celebra entre el matrimonio demandante y la entidad financiera demandada lo es de gestión discrecional de carteras de inversión. Ello, en principio, significaría que la entidad financiera se halla habilitada para adquirir los valores que considerara oportunos sin necesidad de consulta con el inversor. No obstante, ello debe ser matizado en los siguientes términos:

a) el gestor de carteras de inversión puede realizar operaciones de inversión por su cuenta, pero siempre y cuando respete las decisiones estratégicas del inversor; esto es, los valores que eventualmente adquiera han de corresponderse con el perfil de riesgo seleccionado por el inversor; y

b) en caso de que los valores que adquiriera el gestor sean de un riesgo superior al seleccionado por el inversor, tal decisión de inversión debe consultarla previamente con el cliente, quien debe dar su consentimiento expreso a la inversión tras haber analizado toda la información disponible que el gestor le haya facilitado.

Por lo demás, en el contrato de gestión de carteras de inversión (al que tanto doctrina como jurisprudencia entienden aplicables el esquema normativo que regula el mandato y, de forma más específica, las normas relativas a la comisión mercantil), las notas de confianza y buena fe que lo presiden actúan, al mismo tiempo, como fundamento y límite de la facultad de toma de decisiones de inversión autónoma que ostenta el gestor: por un lado, el cliente deposita su confianza en el gestor; en cuanto profesional del mercado de valores caracterizado por una mayor capacidad para gestionar carteras de valores; por otro lado, esa propia confianza deviene en un límite para el gestor, cuya actuación ha de ajustarse a la buena fe y, en ningún caso, puede suponer un riesgo para el patrimonio del inversor.

III. SOBRE EL DEBER DE INFORMACIÓN QUE INCUMBE A LA ENTIDAD FINANCIERA.

No es el objeto de este comentario hacer un análisis exhaustivo de todas las normas bancarias relativas al deber de información de las entidades financieras; sin embargo, antes de entrar a valorar la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia, es preciso hacer una breve referencia al contenido y alcance de tal deber a la luz de las normas que lo regulan.

I. La obligación de informar y mantener informado al inversor.

Constituye ésta una obligación que el gestor debe observar durante la vida del contrato, sin que se pueda considerar cumplida en ningún momento concreto. Así, incluye tanto información previa a la adquisición de los valores, con justificación de su conveniencia, y descripción de su complejidad y del riesgo; como, y, muy especialmente, información sobre la evolución posterior de aquéllos.

La obligación de mantener informado al cliente se encuentra enunciada con carácter general en el art. 79 bis.1 LMV, según el cual “Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes”. El gestor está obligado, por tanto, a mantener informados a sus clientes: a) del estado periódico de las concretas operaciones realizadas por cuenta de ellos (art. 69.1 R.D. 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión); y b) en general, de toda información que pueda ser relevante para los intereses del inversor; conforme a los códigos de conducta y buena fe que presiden el mercado de valores.

En concreto, el gestor deberá comunicar al inversor:

a) Todas las noticias relevantes en la gestión de la cartera y, en especial, la conclusión de operaciones celebradas sobre los valores. La información no sólo se refiere a la ejecución de las operaciones, sino también a las características de los productos adquiridos.

Sobre responsabilidad del gestor por sugerir productos arriesgados a clientes de perfil conservador, pueden verse, entre otras, las SSAP Asturias núm. 273/2007, de 5 de junio (JUR 2007, 321619), y núm. 344/2010, de 9 de julio (JUR 2010, 303568); Alicante núm. 377/2012, de 27 de septiembre (AC 2012, 1919); Castellón núm. 516/2012, de 26 de octubre (AC 2012, 1583); y Zaragoza núm. 464/2012, de 13 de noviembre (JUR 2013, 112928).

b) Con una determinada periodicidad (en la práctica suele ser mensual o trimestral), deberá igualmente hacer saber al inversor la composición de la cartera de inversión, así como valorarla y señalar las modificaciones producidas.

El fundamento de esta obligación de informar al inversor reside, desde un punto de vista objetivo, en la nota de ajenidad que caracteriza al contrato y en la exigencia de un canon estricto de diligencia a la hora de ejecutar el mandato; desde un punto de vista subjetivo, la obligación de informar al inversor se basa en la confianza de éste en la adecuada ejecución del encargo de gestión.

2. La obligación de informar al inversor según la doctrina contenida en la STS núm. 244/2013, de 18 de abril.

La STS núm. 244/2013, de 18 de abril (RJ 2013, 3387), ha abordado con gran rigor el contenido y alcance del deber de información. Algo necesario, habida cuenta que, en muchas ocasiones, la obligación de informar al inversor no era más que una norma vacía de contenido, que se entendía cumplida con el mero envío de folletos informativos. Por tanto, se podría decir que, hasta este momento, tal obligación y los estándares de conducta exigidos para cumplirla, habían devenido en la práctica, en un simple catálogo de buenas intenciones, propiciado, a buen seguro, por la enorme dificultad para controlar el cumplimiento de la misma.

La sentencia que aquí se comenta, en cambio, ha dado un vuelco a esta situación, haciendo del deber de información un pilar básico del contrato de gestión de carteras de valores. Y ello, en primer lugar, por la propia complejidad intrínseca del contrato, que hace que la necesidad de información sea mayor que en el seno de relaciones contractuales más simples.

Esta necesidad de una información más detallada se ha de poner en relación con el fundamento del contrato de gestión de carteras de inversión, que no es otro que la incapacidad del inversor para gestionar por sí mismo la cartera de valores, ante lo que decide acudir a un profesional del mercado financiero, más acostumbrado a lidiar con el riesgo y la imprevisibilidad que lo caracteriza. Por tanto, el desconocimiento del inversor del mercado financiero y de su funcionamiento explica que la información que reciba deba ser más amplia y detallada que la que podría requerir en el marco de otros contratos.

Por otro lado, insiste el Supremo que la información que reciba el inversor ha de ser de calidad, no limitándose a meras fórmulas predispuestas que no aporten nada más allá de vaguedades. Es decir, la información ha de ser clara, concreta, e individualizada según las necesidades de cada inversor.

Por lo que se refiere a la necesidad de la información, ésta ha de transmitirse al inversor en todo caso, sin que exima a la entidad financiera de tal obligación el hecho de que aquél pueda tener determinados conocimientos financieros por motivos profesionales o por haber invertido con anterioridad. Máxime en un contrato tan complejo como lo es el de gestión de cartera de valores, y con unos productos arriesgados como son las participaciones preferentes que, realmente, muy poca gente sabe con exactitud en qué consisten y cuál es su funcionamiento.

Como conclusión, y a la vista de lo anterior, parece claro el esfuerzo del Supremo en su hilo argumental por deslindar dos cuestiones, relacionadas pero independientes; por un lado, la información sobre inversiones financieras que el cliente pudiera tener en el caso concreto (ya sea por invertir con anterioridad o por motivos profesionales), que no excluye la obligación de información de la entidad financiera; y, por otro, la información que la entidad financiera está obligada a prestarle, de mucha mayor profundidad y especialización que los conocimientos financieros que el cliente pudiera tener. O, dicho en otras palabras, el elevado estándar de diligencia y de información completa, clara y precisa, debe ser cumplido por la entidad financiera en todos los casos, sin que los eventuales conocimientos financieros del cliente puedan liberar a aquélla de tales obligaciones.

IV. EL PERFIL DE RIESGO SELECCIONADO POR EL INVERSOR.

Una última cuestión de especial importancia y que debe ser tratada aquí es el perfil de riesgo seleccionado por el inversor. Y es que existe un determinado perfil de riesgo del cliente, que se precisa y detalla en el contrato-tipo que aquél suscribe. Generalmente, los contratos de gestión de carteras de inversión contienen cuatro niveles de riesgo, que, de menor a mayor, son: a) “conservador”; b) “moderado”; c) “arriesgado”; y d) “muy arriesgado”. El cliente debe elegir sólo una de las alternativas posibles.

En atención al perfil de riesgo concreto seleccionado por el inversor, deberá operar el gestor, adquiriendo valores cuyo riesgo se ajuste al perfil del cliente, lo que no es sino una consecuencia del principio de buena fe que debe presidir el cumplimiento de los contratos (art. 1258 CC). Hay que tener en cuenta, asimismo, que el perfil de riesgo no es estático, sino que viene igualmente determinado por las instrucciones que el gestor recibe del inversor; instrucciones que pueden ir orientadas en el sentido de adquirir productos de un riesgo superior al establecido contractualmente.

No cabe duda de que la adquisición de productos financieros cuyo riesgo sea superior al perfil de riesgo del cliente es una variable que debe ser considerada como constitutiva de la responsabilidad del gestor; debiendo precisarse que, no obstante, en determinados casos no surgirá tal responsabilidad, lo que sucederá, por ejemplo, cuando el gestor haya informado adecuadamente al cliente de que va a adquirir productos financieros de un riesgo superior al de su perfil conservador, consintiendo éste la operación de una forma expresa.

Esto no es lo que ocurre en el caso analizado, en el que resulta probado, como dice el Supremo, que “el banco no cumplió el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo [...] sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión”.

En el mismo sentido, es de destacar la STS núm. 240/2013, de 17 de abril (RJ 2013, 3493), dictada, precisamente, un día antes que la aquí comentada. En esta sentencia, la entidad financiera demandada trató de justificar la pérdida de la inversión realizada en un fondo de inversión con base en un supuesto caso fortuito, por ser, se alega, imprevisible el riesgo del fondo e imprevisible, asimismo, el fraude que dio origen a la pérdida de la inversión. El Tribunal Supremo, en orden a desestimar el recurso de casación presentado por la entidad financiera, entendió, de entrada, que la inversión en un producto financiero arriesgado, como es un fondo de inversión, chocaba con el perfil conservador del inversor, a quien, además, no se le había informado de las características y riesgos del fondo en el que se había invertido. Por otra parte, según el Supremo, no se puede considerar que concurriera caso fortuito, pues la obtención de altas rentabilidades es el mundo financiero suele ir ligada a un alto riesgo, máxime en un supuesto en el que las rentabilidades eran incluso hasta del 600%, lo que debería de haber alertado a la entidad financiera de que el fondo de inversión necesariamente debía comportar un alto nivel de riesgo.



EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE UNA TRABAJADORA
EMBARAZADA DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA.
COMENTARIO A LA STC (PLENO) 173/2013 DE 10 DE OCTUBRE
(RTC 2013, 173)

TERMINATION OF CONTRACT OF A PREGNANT WORKER
DURING THE TRIAL PERIOD. COMMENT ON STC (OPEN
COURT) NO. 173/2013 OF 10 OCTOBER (RTC 2013, 173)

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 480-489



Eduardo
Enrique
TALÉNS
VISCONTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de diciembre de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: La protección que se desprende del artículo 55.5 b) ET y que supone la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada (salvo que se pruebe la procedencia del mismo) no se extiende al periodo de prueba.

PALABRAS CLAVE: Extinción de contrato, trabajadora embarazada, analogía, discriminación, nulidad objetiva.

ABSTRACT: The protection can be deduced from article 55.5 b) ET and involves objective nullity of the dismissal of pregnant worker (unless the objectivity of dismissal is proved) does not extend the trial period.

KEY WORDS: Termination of contract, pregnant worker, analogy, discrimination, objective nullity.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares. La nulidad objetiva del despido de una mujer embarazada no se extiende al periodo de prueba.- II. Comprobación de que la extinción del contrato de la embarazada no obedece a ningún móvil discriminatorio.- III. Votos particulares.

SUPUESTO DE HECHO

La STC 173/2013, de 10 de octubre, resuelve el caso de una trabajadora embarazada que fue contratada por una empresa como comercial en fecha de 24 de junio de 2009, pactándose un periodo de prueba de dos meses. El 4 de agosto de 2009, todavía dentro del referido periodo de prueba, la empresa comunicó a la trabajadora la extinción de su contrato por no superación del mismo, en concreto por no haberse alcanzado los objetivos de ventas. En esa misma fecha la empresa comunicó, por idéntica razón, a otro trabajador la extinción de su contrato.

Frente a esta decisión la trabajadora interpuso demanda solicitando la nulidad de la extinción. La SJS Madrid 2 diciembre 2009 desestimó la demanda puesto que no se había probado que la empresa hubiera conocido el estado de gravidez de la trabajadora, mientras que lo que sí que había quedado acreditado fue que en la misma fecha también se comunicó la extinción a otro compañero basada en las mismas razones objetivas.

Contra la anterior sentencia interpuso la actora recurso de suplicación que fue igualmente desestimado por la STSJ Madrid 11 junio 2010, que consideró que la extinción durante el periodo de prueba sólo sería nula si resultara discriminatoria, extremo que al igual que en la sentencia de instancia fue descartado.

En un supuesto idéntico, la STSJ Castilla la Mancha 8 abril 2009 resolvió en sentido opuesto a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que como se sabe, conoció del supuesto acabado de exponer. Se unificó doctrina a favor de esta última (con algunas voces discrepantes) por la STS 18 abril 2011. El Tribunal Supremo consideró que la nulidad objetiva de los despidos en caso de embarazo establecida en el artículo 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores no resulta aplicable al desistimiento durante el periodo de prueba. Por lo tanto, la extinción del contrato durante este periodo será nula (como cualquier otra decisión extintiva) cuando se

• **Eduardo Enrique Taléns Visconti**

Es investigador en formación "Atracció de Talent" en la Universidad de Valencia. Es licenciado en Administración y Dirección de Empresas y en Derecho por la Universidad de Valencia y Máster en Derecho, Empresa y Justicia también por ésta última. Galardonado en dos ocasiones con el Premio de Investigación Tomás y Valiente. Es autor de múltiples artículos y capítulos de libro, en especial sobre temas relacionados con los derechos fundamentales y sobre la disciplina laboral en general.

produzca con vulneración de derechos fundamentales, siendo que, en el presente caso no existió ninguna lesión sobre la trabajadora embarazada.

Agotada la vía ordinaria se plantea recurso de amparo ante el TC en la vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE). El recurso se basó en la doctrina sentada del propio TC, establecida mediante las SSTC 92/2008, de 21 de julio, y 124/2009, de 18 de mayo, así como en el voto particular de la STS 18 abril 2011.

El TC, mediante la sentencia comentada, resolvió, denegando el amparo por los motivos, que a continuación se pasarán a sintetizar:

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El TC comienza su argumentación exponiendo la doctrina que este mismo órgano sentó mediante sus SSTC 92/2008 y 124/2009. En ella vino a considerar que en caso de despido sobre una trabajadora embarazada el art. 55.5 b) ET predica una nulidad sobre el mismo, el cual opera automáticamente y ello pese a que la empresa ignore el estado de gestación de la trabajadora (salvo claro está que se demuestre la procedencia del mismo por motivos no relacionados con el embarazo). Se trata, en suma, de una nulidad objetiva, instaurándose así un “mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional”.

Aceptando como válida la doctrina aplicable sobre el despido de una trabajadora embarazada, el TC se plantea si esta doctrina puede extenderse al supuesto enjuiciado, es decir, para los casos de extinción del contrato durante el periodo de prueba. Sobre este particular el Constitucional concluye que no puede resultar aplicable en estos casos la nulidad objetiva del despido de una mujer embarazada establecida por el art. 55.5 b) ET “dada la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y de la extinción del contrato de trabajo en el periodo de prueba”. Se explica por el Constitucional que las diferencias entre el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba y el despido son sustanciales, puesto que en este último la Ley exige unos requisitos de forma y una causalidad inexistentes en el desistimiento durante el periodo de prueba, donde existe una clara atenuación del principio de prohibición de libre extinción del contrato.

No en vano, el TC considera que la facultad para extinguir el contrato durante el periodo de prueba “no es omnímoda, pues en ningún caso podrá dar lugar a que se produzcan resultados inconstitucionales”. En este sentido, la extinción sería nula cuando se haya llevado a cabo mediante la violación de derechos fundamentales, y en el concreto caso que nos ocupa cuando ésta hubiera sido como reacción al

estado de gestación de la trabajadora. Resta por lo tanto dilucidar si en el presente caso se ha extinguido el contrato de forma discriminatoria o no. Como primer indicio de la inexistencia de discriminación por razón de sexo se maneja el dato de que en ningún momento ha quedado acreditado de que la empresa conocía el estado de embarazo de la trabajadora. Por el contrario, lo que sí que consta acreditado es que en la misma fecha la empresa comunicó la extinción de otro trabajador (varón) que había sido contratado en idénticas condiciones, y ambos casos por no alcanzar los objetivos de ventas previstos en el contrato, por lo que tal decisión fue completamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. LA NULIDAD OBJETIVA DEL DESPIDO DE UNA MUJER EMBARAZADA NO SE EXTIENDE AL PERIODO DE PRUEBA.

Como se acaba de ver en los apartados anteriores, el supuesto que trata de solucionar el TC (así como los precedentes órganos jurisdiccionales) es el del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba de una trabajadora que se encuentra en estado de gestación. La cuestión más problemática consiste en dilucidar si la previsión sobre la nulidad automática establecida en el art. 55.5 b) del Estatuto de los Trabajadores [en adelante, ET] e incorporada por Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral, puede resultar extensible a los supuestos de extinción durante el periodo de prueba.

En el art. 55.5 b) ET, se contiene, de acuerdo con la doctrina judicial del Tribunal Constitucional fijada en SSTC 92/2008, de 21 de julio, y 124/2009, de 18 de mayo, una previsión de nulidad objetiva para aquellos despidos realizados sobre una mujer embarazada con independencia de que el empresario conociera o no tal estado de gravedad, excepto que acontezcan las causas legales esgrimidas por el empresario, cuestión ésta que se debe de acreditar. El TC consideró que el legislador ha relevado a la trabajadora la prueba del conocimiento o no de su embarazo por parte de la empresa. En este sentido, el despido solamente puede adquirir dos signos, o bien ser procedente, por acreditarse efectivamente las causas objetivas o disciplinarias, o en su defecto ser nulo, con la obligación por parte de éste de readmitir a la embarazada y de abonar los correspondientes salarios de tramitación.

La doctrina del TC sobre la protección otorgada por el art. 55.5 b) ET respecto al despido efectuado sobre una trabajadora encinta quedó más o menos sentada hace algunos años, pero el problema deviene en si la misma puede resultar aplicable a la extinción durante el periodo de prueba, y ello porque el legislador no amplió expresamente la mayor protección que supone la objetivación de la nulidad del despido a otros supuestos, en especial, al desistimiento durante el periodo de prueba [Bajo García, I. "Embarazo y nulidad objetiva de la extinción del contrato durante el periodo de prueba". *RGDT* (2014), 36, 130].

Sobre este particular, la STC 173/2013 considera que el sistema de tutela objetiva contemplado en el art. 55.5 b) ET no es el único posible, ni tampoco el único que garantiza suficientemente la tutela frente a la discriminación por razón de sexo. En este sentido, pone como ejemplo la protección existente con anterioridad a la modificación realizada por la referida Ley 39/1999, de 5 de noviembre. Junto con ello, el Alto Tribunal reflexiona, con razón, que la comentada protección reforzada en caso de despido no puede extenderse por analogía a los casos de desistimiento empresarial, y ello por las diferencias existentes entre una y otra institución.

Esto es así porque, aunque el TC no lo mencione, el art. 4 CC permite la interpretación analógica de una norma cuando se “aprecie identidad de razón”. Este concepto parece no darse entre el despido y el libre desistimiento durante el periodo de prueba cuyas notas definitivas son *ex lege* claramente distintas entre sí. En este sentido, no cabe duda de que en nuestro ordenamiento laboral el despido ha de ser siempre causal y debe obedecer a alguno de los motivos establecidos legalmente, mientras que el periodo de prueba existe precisamente para comprobar si el trabajador cumple los objetivos del puesto de trabajo y por ende, la libre extinción del contrato se encuentra claramente atenuado.

Junto con ello, los requisitos de forma exigibles para la realización del despido tampoco son predicables para el libre desistimiento por parte del empresario durante el periodo de prueba. Precisamente estas diferencias respecto a la atenuación de la causalidad y formalidad durante el periodo de prueba han sido utilizadas para argumentar que el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo debe ser especialmente relevante en estos casos, donde la vulnerabilidad se incrementa y por ello la protección de la nulidad objetiva ha de extenderse con más motivo en estos casos de extinción causal (Bajo García, I. “Embarazo y nulidad objetiva”, cit., 137).

No cabe desconocer, como se señala en el voto particular, que la prohibición de discriminación por razón de sexo emana directamente del art. 14 CE, y que por lo tanto, pese a la imposibilidad de aplicar analógicamente el art. 55.5 b) ET al supuesto de extinción durante el periodo de prueba, el poder rescisorio del empresario debe quedar limitado por esta circunstancia. Esta cuestión es aceptada por el ponente de la sentencia comentada, cuando se dice que la facultad extintiva durante el periodo de prueba por parte del empresario “no es omnímoda, pues en ningún caso podrá dar lugar a que se produzcan resultados inconstitucionales”.

En este sentido, entiendo que, pese a que la nulidad objetiva contenida para los despidos en el art. 55.5 b) no se pueda extrapolar al supuesto de extinción del contrato durante el periodo de prueba, y pese a que en el art. 14 ET (referido a este periodo) no se contenga ninguna mención al respecto, el art. 14 CE sería plenamente aplicable, y con base a éste si quedara probada la discriminación la medida extintiva ésta debería resultar nula. Por lo tanto, la protección que se debe de dispensar a las

trabajadoras embarazadas durante el periodo de prueba es la misma que la ofrecida para cualquier tipo de discriminación y no la del referido art. 55.5 b) ET. De este modo, habrá que estar al caso concreto para dilucidar si una medida extintiva ha sido tomada de forma objetiva, o *a sensu contrario*, el móvil ha sido discriminatorio, es decir, si la medida ha tenido como finalidad prescindir de los servicios de una trabajadora por el hecho de estar ésta embarazada. En este sentido, la carga de la prueba sobre la medida adoptada correrá a cargo del empresario siempre y cuando la parte demandante haya aportado indicios sobre este trato desigual.

II. COMPROBACIÓN DE QUE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE LA EMBARAZADA NO OBEDECE A NINGÚN MÓVIL DISCRIMINATORIO.

Llegados a este punto se debe de analizar si la actuación llevada a cabo por parte del empresario extinguiendo el contrato de la trabajadora embarazada ha vulnerado algún derecho fundamental, en concreto, en lo referido a la discriminación por razón de sexo. Sobre este menester cabe tener en cuenta que la trabajadora en ningún momento ha podido acreditar que había transmitido esta información al empresario, puesto que consta en los hechos probados que éste no era conocedor de la situación de gravidez de la trabajadora, cuya gestación se encontraba en los primeros meses.

Por ello, un argumento a favor de que el móvil de la decisión no ha sido discriminatorio es precisamente el hecho de que el empresario difícilmente puede actuar con ánimo segregacionista si desconocía el estado de gestación de la trabajadora. No sirve en estos casos la doctrina del TC para casos de despido cuando interpreta que el conocimiento por parte del empresario no es relevante para esos casos, porque ya se ha comentado con anterioridad que la misma no puede extenderse al supuesto de extinción durante el periodo de prueba. Por lo tanto, en este último caso el desconocimiento por parte del empresario puede actuar como un indicio más para valorar la objetividad de la medida.

Pero estos indicios no acaban solamente con el referido desconocimiento por parte del empresario, sino que en los hechos probados queda reflejado como la empresa ha aportado pruebas demostrando que el motivo de la extinción se debía a la cifra de ventas de la comercial. En este sentido, se alega que durante el periodo que la trabajadora llevaba trabajando (algo más de un mes) no había llegado al volumen de ventas esperado y requerido por la empresa. Es ésta una razón objetiva probada en juicio y que nada tiene que ver con ningún móvil discriminatorio. Este es, sin duda, el dato que de forma más férrea permite aceptar como válida la extinción y descartar que ésta haya sido tomada por motivos relacionados con el embarazo de la trabajadora, puesto que además de que el empresario desconocía este dato, aporta un elemento o razón objetivo de la extinción. En este sentido, el empresario acredita

que la decisión de desistir del contrato de la trabajadora fue por la no superación del periodo de prueba válidamente concedido al no alcanzar los objetivos esperados.

Junto con los anteriores el TC también maneja otro indicio, consistente en que en el mismo día en que la empresa comunicó a la trabajadora embarazada la extinción de su contrato hizo lo propio con el de otro trabajador varón contratado en el mismo momento y que se encontraba también dentro del periodo de prueba.

Así lo considera el TC al expresar que en el mismo día “se extinguió por el mismo motivo el contrato de otro trabajador varón contratado en la misma fecha que la recurrente, lo que vendría a demostrar que la decisión extintiva fue completamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales, al no tener por causa el estado de embarazo de la trabajadora demandante, que la empresa desconocía”.

Quisiera en este momento alertar sobre el peligro que la interpretación de este indicio pudiera tener sobre posibles futuras actuaciones fraudulentas, tal y como se asevera en el primer voto particular de la Sentencia. Por este motivo, este indicio debe ser considerado con las debidas cautelas, puesto que de acogerse literalmente podría suponer que cualquier empresario, con el único fin de desterrar la prueba sobre una extinción discriminatoria, proceda a hacer lo propio con otro trabajador varón.

Por lo tanto, considero que esta argumentación realizada por parte del TC, en este asunto concreto, no debería extenderse sin más a otros posibles pronunciamientos. No critico su utilización en el concreto caso de la sentencia comentada, donde ha sido utilizado junto a dos indicios más, y donde se constata que el trabajador cuyo contrato se extinguió junto al de la embarazada fue contratado en el mismo día que ésta y despedido el mismo día por la misma causa objetiva. La confluencia de las tres causas o hechos probados suponen que la extinción fue realizada sin contravenir ningún derecho fundamental, sino que obedecía a criterios objetivos.

III . VOTOS PARTICULARES.

La sentencia comentada contiene dos votos particulares.

El primero versa simplemente sobre algunas cuestiones aclaratorias o precisiones de detalle realizadas sobre la opinión del Pleno. De entre ellas cabe destacar una idea que ha sido compartida en el epígrafe anterior: Como se ha comentado, cabe llamar la atención sobre las cautelas con las que se debe de acoger el argumento basado en que el hecho de que en la misma fecha fuera extinguido el contrato de trabajo de otro trabajador varón haría desvirtuar el móvil discriminatorio. En efecto, se advierte desde el primer voto particular del peligro que podría devenir de esta lógica deductiva, puesto que podría dejar abierta la veda a que en el futuro

un empresario lograra cubrir una extinción discriminatoria con el mero hecho de prescindir en el mismo momento de otro trabajador/a que estuviera también en periodo de prueba.

Bajo mi punto de vista la extinción del contrato de una mujer embarazada sostenida únicamente en el argumento de que en la misma fecha se ha hecho lo propio con el contrato de otro/a trabajador/a difícilmente debería de pasar a considerarse como ausencia de discriminación. Como sabemos, este no es el caso del supuesto resuelto por el TC mediante la sentencia comentada en estas páginas, puesto que aquí existen otros indicios y pruebas que hacen decaer el móvil discriminatorio de la decisión, en especial el hecho de que el empresario haya podido acreditar unas razones objetivas (no haber cumplido con las cifras de ventas esperadas).

El segundo voto particular constituye una oposición manifiesta sobre el fondo del problema resuelto por el Pleno del TC en la sentencia comentada. En este sentido, en este segundo voto se considera que la referida sentencia no se ha realizado una “recta interpretación de las garantías que del art. 14 CE, segundo inciso, que se derivan para la mujer trabajadora en estado de gestación en el cambio de las relaciones laborales”.

De este modo, considera que la nulidad automática en caso de despido de una mujer embarazada contenido en el art. 55.5 b) ET es un imperativo de la propia Constitución ex art. 14 CE, y que no consiste en un mero plus añadido por el legislador. En este sentido, se dice que las mujeres embarazadas disfrutan de una tutela directa sin necesidad de intermediación legislativa. Se critica, por tanto, que se asigne una menor protección a la embarazada en periodo de prueba, en una situación que, por lo demás, supone una mayor precariedad laboral. Asimismo, se aduce que el elemento intencional no es determinante para violentar un derecho fundamental, y en concreto se argumenta que: “se pueden suceder lesiones del derecho fundamental objetivas, aunque no haya ánimo de discriminar.”

Por todo ello, desde el voto particular se concluye que la única respuesta posible para el caso resuelto por el Pleno debería pasar por declarar la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas así como el derecho de la recurrente a reincorporarse a su puesto de trabajo. La resolución que considero que resulta más apropiada conforme a derecho en este supuesto es la opción mantenida por la mayoría del Pleno del TC con los argumentos y consideraciones mantenidos en las páginas precedentes, si bien resulta interesante aportar la opinión de estos dos votos particulares, en especial de este último, para animar a la reflexión personal del lector.



RECURSO DE AMPARO, INCIDENTE DE NULIDAD
DE ACTUACIONES Y TUTELA DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD.
COMENTARIO A LA STC (PLENO) 216/2013, DE 19 DE
DICIEMBRE (RTC 2013, 216).

APPEAL FOR CONSTITUTIONAL RIGHT'S LEGAL
PROTECTION, NULLITY OF PROCEDURAL STEPS AND
FUNDAMENTAL RIGHTS OF PERSONALITY. COMMENT
ON STC (IN OPEN COURT) NO. 216/2013, OF 19
DECEMBER (RTC 2013, 216).

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 490-501



José Ramón
DE VERDAY
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de febrero de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 23 de febrero de 2014

RESUMEN: Cuando el objeto del proceso consista en el estudio de la lesión directa de un derecho fundamental de carácter sustantivo, como es el caso del derecho al honor o a la intimidad, que tenga su origen en un acto de particulares, la interposición del recurso de amparo no requiere el previo planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones.

PALABRAS CLAVE: Recurso de amparo, incidente de nulidad de actuaciones, derechos fundamentales de la personalidad, honor, libertad de expresión.

ABSTRACT: When the object of the process consists in the study of direct infringement of a fundamental right of a substantive nature, such as the right to honor or privacy, which has its origin in an act of individuals, the appeal for Constitutional right's legal protection, does not require the prior nullity of procedural steps.

KEY WORDS: Appeal for Constitutional right's legal protection, nullity of procedural steps, fundamental rights of personality, honor, freedom of expression.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares: la eficacia privada de los derechos fundamentales de la personalidad.- II. El control indirecto de la constitucionalidad de los actos de los particulares.- III. El recurso de amparo tras la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la ley orgánica del tribunal constitucional: el requisito de la “especial trascendencia constitucional”.- IV. El carácter subsidiario del recurso de amparo: la ausencia de la necesidad de interponer un incidente de nulidad de actuaciones cuando el objeto del proceso versa sobre la lesión directa de un derecho fundamental de la personalidad.

SUPUESTO DE HECHO

El recurso de amparo tiene su origen en un artículo de un dossier de una revista, dedicada a la corrupción, que vinculaba al Secretario de un Ayuntamiento con tramas “raras” o “corruptas”, vinculación que se mantuvo en la presentación pública del dossier.

La persona aludida presentó demanda de protección civil de su derecho al honor, que fue estimada en primera instancia y desestimada en segunda instancia. Interpuesto recurso de casación, éste fue estimado por el TS.

Las condenadas interpusieron directamente recurso de amparo contra la sentencia resolutoria del recurso de casación, sin plantear un previo incidente de nulidad de actuaciones, por entender vulnerados sus derechos a las libertades de información y expresión.

La parte recurrida se opuso, alegando existir un vicio de carácter procesal, por la falta de agotamiento de la vía judicial previa, argumento, que no fue acogido por el TC, el cual estimó el recurso de amparo. Afirma, así, que el uso del término “corrupción” o la sugerencia de que el Secretario “pudiera tener algún tipo de relación con actividades de este tipo, en ese contexto, no tenía como finalidad el puro insulto o la humillación, sino que lo que se pretendía era denunciar la dificultad de compatibilizar los intereses públicos y privados en el ámbito urbanístico”.

• José Ramón de Verda y Beamonte

Es Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, en la que se graduó, obteniendo el Premio Extraordinario de Licenciatura. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia y de Valencia, encontrándose en posesión del Premio Extraordinario de Doctorado de esta última. Ha escrito múltiples artículos y monografías. Ha centrado sus líneas de investigación en la persona, la familia y el contrato, materias en las que ha impartido conferencias en Universidades europeas y americanas. Ha coordinado diversas obras colectivas, como, por ejemplo, “Comentarios a las Reformas de Familia de 2005”, Thomson-Aranzadi, 2006; “Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica de 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar a la propia imagen”, Thomson-Aranzadi, 2006; “El derecho a la propia imagen desde todos los puntos de vista”, Thomson-Aranzadi, 2011; o “Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares”, Thomson-Aranzadi, 2012.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El Pleno del TC sienta como doctrina que cuando el objeto del proceso consista en el estudio de la lesión directa del derecho, como es el caso del derecho al honor o la intimidad, el reconocimiento de su lesión, o el no reconocimiento con la consecuente lesión del derecho a la libertad de expresión o de prensa, consecuencia de la revocación de las Sentencias de las instancias previas, no requiere la necesaria interposición del incidente de nulidad, al estar ayuno de los fines para los que fue previsto, puesto que consistiría en la pretensión de una reconsideración sobre el fondo de la resolución con argumentos semejantes a los ya empleados en la vía judicial.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA EFICACIA PRIVADA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD.

Los derechos de la personalidad, al honor, a la intimidad y a la propia imagen son consagrados como derechos fundamentales en el art. 18 CE, lo que supone que sólo podrán ser regulados por ley orgánica, que deberá respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE); y, así mismo, que los actos de los poderes públicos que los vulneren podrán ser objeto de un recurso de amparo ante el TC (art. 53.2 CE y art. 41.2 de su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre).

No obstante, la mayoría de las vulneraciones de estos derechos no proceden de actos de los poderes públicos, sino de particulares, señaladamente, de los medios de comunicación, cuyos actos, sin embargo, no pueden recurrirse directamente en amparo, por no contemplar esta posibilidad la LOTC; y ello, a pesar de que los derechos fundamentales de la personalidad tienen eficacia, no sólo vertical, sino también horizontal, por lo que vinculan a los particulares, como son los medios de comunicación, que no podrán desconocerlo al ejercer las libertades de información y expresión.

A los efectos de sostener la eficacia privada de los derechos fundamentales de la personalidad, cabe acudir a diversos preceptos de la CE: el art. 1.1, conforme al cual España se constituye en un “Estado social y democrático de Derecho”; el art. 9.1, que afirma la sujeción de los ciudadanos a la Constitución; o el art. 10.1, que eleva a fundamento del orden político y de la paz social los “derechos inviolables” inherentes a la persona, así como el respeto a “los derechos de los demás”.

Creo que, en ocasiones, al tratarse del tema de la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho Privado, no se diferencian adecuadamente dos cuestiones totalmente distintas: de un lado, la cuestión material, consistente en determinar si los derechos fundamentales tienen como destinatarios, exclusivamente, los poderes públicos o también los particulares; y, de otro lado, la puramente procesal,

con la que se trata de dilucidar, simplemente, si los actos de autonomía privada lesivos de los derechos fundamentales pueden, o no, ser recurridos en amparo ante el TC.

Se trata -insisto- de dos cuestiones distintas, ya que una cosa es afirmar la eficacia horizontal de ciertos derechos fundamentales (en mi opinión, el derecho a la propia imagen la tiene); y otra, bien diversa, es que los actos de los particulares que los vulneren no puedan ser directamente recurridos en amparo, lo cual, en nuestro ordenamiento, ha sido una opción del legislador ordinario, plasmada en el art. 41.2 LOTC.

La distinción está perfectamente delimitada, entre otras, en la conocida STC 18/1984, de 7 de febrero, que, a pesar de desestimar un recurso de amparo contra un acto de un particular, por aplicación del art. 41.2 LOTC, sin embargo, afirma que ello “no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de derecho como el que consagra el art. 1º de la Constitución, no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social”. A continuación, añade que “existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos” (se refiere a los reconocidos en el art. 24 CE), de modo que implícitamente está reconociendo que ciertos derechos fundamentales sí tienen eficacia horizontal; y, entre ellos, la sentencia sitúa, precisamente, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

II. EL CONTROL INDIRECTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS DE LOS PARTICULARES.

Vuelvo a reiterar que en nuestro Derecho no cabe que el TC realice un control directo de la constitucionalidad de los actos de autonomía privada, porque, si bien el art. 53 CE permite la solución contraria, el legislador patrio (cfr. art. 41.2 LOTC) optó por restringir el recurso de amparo a las lesiones procedentes de actuaciones de los poderes públicos. Pues bien, en esta tesitura la jurisprudencia (la STC 18/84, de 7 de febrero, es buena muestra de ello) se planteó articular un mecanismo que permitiera al Tribunal Constitucional enjuiciar, en alguna medida (y, en última instancia), el ajuste a la Constitución de los actos de autonomía privada. Y, puesto que ese control de constitucionalidad no podía realizarse directamente (por impedirlo el art. 41.2 LOTC), el Alto Tribunal acudió al expediente de “buscar” un poder público al que imputar la violación de un derecho fundamental.

La premisa de la que parte dicha imputación es la siguiente: el art. 91 CE, en cuanto sanciona la sujeción de los poderes públicos a la Constitución, contiene un mandato, dirigido a los poderes del Estado (legislador, ejecutivo y Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas), que se traduce en el deber positivo de dar efectividad a los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones entre

particulares. Y la conclusión es ésta: cuando los poderes públicos no cumplen el referido mandato, en especial, cuando la jurisdicción ordinaria no cumple el deber de restablecimiento de los derechos fundamentales lesionados por actos de autonomía privada, quedan abiertas las puertas para un eventual recurso de amparo, cuyo objeto formal estará, pues, constituido por los eventuales actos de un poder público (normalmente, jueces y tribunales) que no cumplan con el deber positivo, que les impone el art. 9.1 CE, de dar efectividad a los derechos en cuanto a su vigencia social (lo que es acorde a la conceptualización por la STC 18/84 del recurso de amparo, como un “remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales”).

En conclusión, es posible un control indirecto de los actos privados, que vulneren el derecho al honor; a la intimidad o la propia imagen de otra persona, por parte del TC, si los Tribunales ordinarios no estiman la demanda de reparación de la víctima; en este caso, el recurso de amparo tendrá un objeto formal, constituido por la sentencia que se impugna; y un objeto material, que será el acto del particular que lesione el derecho fundamental de la personalidad del recurrente.

III. EL RECURSO DE AMPARO TRAS LA LEY ORGÁNICA 6/2007, DE 24 DE MAYO, DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL REQUISITO DE LA “ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL”.

El control indirecto de la constitucionalidad de los actos de autonomía privada, mediante el mecanismo descrito, por parte del TC, ha sido una de las causas de la proliferación de recursos de amparo, que motivó una reacción del legislador; a través de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se reforma la LOTC.

La Exposición de Motivos de la Ley explica, en su apartado III, que “El elevado número de demandas de amparo ha provocado un amplio desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en detrimento de otras competencias del Tribunal Constitucional. El número de solicitudes de amparo y el procedimiento legalmente establecido para su tramitación son las causas que explican la sobrecarga que en la actualidad sufre el Tribunal a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. Por esta razón, las reformas que se abordan van dirigidas a dotar al amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución. Y así, entre las modificaciones que se introducen en relación con el amparo, se pueden destacar el cambio en la configuración del trámite de admisión del recurso [...]”.

En relación con este punto, la Exposición de Motivos sigue diciendo: “frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia

constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución”.

Dicha reforma se plasma en el nuevo art. 49.I LOTC, cuyo inciso último afirma que “En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”.

Consiguientemente, el actual art. 50.I b) LOTC, al enunciar los requisitos de admisión, exige que “el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación y contenido del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.

Por lo tanto, esta reforma supuso un cambio radical en la concepción del recurso de amparo, porque es claro que, desde entonces, el mero hecho de que un acto de poder público vulnere un derecho fundamental (incluido una sentencia de la jurisdicción ordinaria que no estime la pretensión de restablecimiento del derecho fundamental lesionado por un acto de autonomía privada) no basta para que dicho acto pueda ser recurrido ante el TC, sino que será, además, necesario que, al interponerse el recurso de amparo, se demuestre, expresamente y con carácter insubsanable, que, en el caso concreto, concurre el requisito de la “especial trascendencia constitucional”, que justifica una decisión de fondo.

El ATC 188/2008, de 21 de julio, observa que “la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental”; y, más adelante, precisa que “La exigencia prevista en el art. 49.I in fine LOTC de que en la demanda de amparo se justifique en todo caso la especial trascendencia constitucional del recurso es, además, un requisito insubsanable”.

Según la interpretación que la importante STC 155/2009, de 25 de junio (Pleno), ha hecho de los arts. 49.I y 50.I b) LOTC, será necesario que el recurrente en amparo justifique alguna de las siguientes circunstancias:

1º) que se trata de un recurso que plantea “un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional”;

2º) que da ocasión al Tribunal “para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un cambio de un proceso de reflexión interna” o “por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales

a los que se refiere el art. 10.2 CE" (señaladamente, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos);

3º) que la vulneración del derecho fundamental trae causa "de una reiterada interpretación jurisprudencial de la Ley", en cuyo caso será necesario que el Tribunal Constitucional la considere lesiva de dicho derecho y "crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución";

4º) que la doctrina del TC que se alega está siendo "incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria" o existen "resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros";

5º) que un órgano judicial incurre "en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional", establecida en el art. 5 LOPJ;

6º) que, el asunto suscitado, "aún sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores", trasciende del caso concreto, porque plantea "una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales" (aunque este supuesto no parece pensado para actos de autonomía privada, poniéndose, como ejemplo, el caso de determinados amparos electorales o parlamentarios).

La sentencia comentada consideró que concurría el requisito de la especial trascendencia constitucional del art. 50.1 b) LOTC, "al apreciar que las cuestiones suscitadas en este recurso de amparo permiten perfilar y aclarar algunos aspectos de la doctrina constitucional en relación con el requisito del agotamiento de la vía judicial, requisito inseparable del carácter subsidiario con que se ha configurado el recurso de amparo". "Más concretamente añade el TC, el supuesto sometido a examen nos permite reflexionar sobre la cuestión de la exigibilidad de previa interposición del incidente de nulidad de actuaciones, en aquellos supuestos en los que la vulneración de derechos fundamentales tiene origen directo en un conflicto entre particulares y la lesión se imputa a la decisión judicial que lo resuelve y contra la que no cabe ningún recurso. El Pleno no se ha pronunciado antes sobre esta específica cuestión".

IV. EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DEL RECURSO DE AMPARO: LA AUSENCIA DE LA NECESIDAD DE INTERPONER UN INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES CUANDO EL OBJETO DEL PROCESO VERSA SOBRE LA LESIÓN DIRECTA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PERSONALIDAD.

La Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo, estableció un contrapeso a la introducción del requisito de la "especial trascendencia constitucional", a efectos de la interposición

del recurso de amparo. Su Disposición Final Primera dio nueva redacción al art. 241.I.1° LOPJ, otorgando a los Tribunales ordinarios la posibilidad de revisar, a través del incidente de nulidad de actuaciones, la vulneración de cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 53.2 CE, por lo tanto, no sólo ya los de carácter procesal, como el de tutela judicial efectiva, sino también los de carácter sustantivo, como son los derechos fundamentales de la personalidad.

El precepto, en su actual redacción dice, así, que “quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”.

Dado que el recurso de amparo tiene carácter subsidiario, ya que, como dice el art. 43.1 LOTC, sólo podrá acudir a él, una vez “que se haya agotado la vía judicial precedente”, se discutió si, en el caso de procesos que hubieran tenido por objeto la lesión de los derechos fundamentales de la personalidad, el requisito del agotamiento de la vía judicial precedente hacía necesario que, para poder interponer el recurso de amparo, previamente, el recurrente hubiera acudido al incidente de nulidad de actuaciones.

Así, lo exigió el ATC 200/2010, de 21 de diciembre, que desestimó un recurso de amparo, por no haberse planteado un previo incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia recurrida ante el mismo órgano jurisdiccional que la había dictado, esto es, la sentencia del TS, que había resuelto un recurso de casación, dando preferencia al derecho al honor del afectado sobre la libertad de expresión de la persona causante de la intromisión en dicho derecho de la personalidad (el recurrente en amparo).

En primer lugar, recuerda que en el caso de lesión de derechos fundamentales por actos de particulares, el objeto formal del recurso lo constituye la sentencia de los Tribunales ordinarios que no estiman la demanda de reparación de la víctima. Dice, así, que el recurso de amparo “procede solamente contra actos de los poderes públicos, categoría en la que no cabe situar las conductas propias de los particulares, incluso si éstas menoscaban el ejercicio de derechos fundamentales sustantivos”, por lo que “el afectado precisa la previa solicitud de protección ante los Tribunales de justicia ordinarios, y es únicamente la Sentencia de éstos llamada a dirimir el conflicto constitucional planteado la que, por dejar de dispensar la debida tutela judicial que se impetra y asumir una tesis o postura restrictiva o negadora del derecho fundamental invocado, se configura como acto del poder público susceptible de amparo constitucional”.

En segundo lugar, por cuanto concierne a la cuestión que ahora nos ocupa, subraya el “marcado propósito del legislador orgánico de reforzar el carácter subsidiario del proceso constitucional de amparo, conforme al cual extiende el manto de cobertura del amparo judicial ordinario mediante la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones a toda hipótesis de vulneración de cualesquiera de los derechos fundamentales”; y, consecuentemente, que, “a efectos de la adecuada formalización de la demanda de amparo, es necesario para un correcto agotamiento de la vía judicial previa la interposición del incidente de nulidad para denunciar cualquier derecho fundamental que se considere vulnerado siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer la resolución que ponga fin al proceso y que dicha resolución no sea susceptible de recurso”; y “ello es así tanto si se trata de derechos fundamentales sustantivos como procesales”.

Sin embargo, la STC 176/2013, de 21 de octubre, mantuvo la tesis contraria, considerando que cuando el proceso judicial del que el recurso de amparo trae causa versa sobre la posible vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen por parte de un acto de un particular, no es necesario plantear un previo incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia que se recurre, porque ésta ya se ha pronunciado materialmente sobre la cuestión, por lo que es absurdo que tenga que volver a hacerlo, de manera que el planteamiento del incidente resulta inútil.

“En tales condiciones [dice el TC], no puede reprocharse al demandante que no plantease ante el propio Tribunal Supremo incidente de nulidad de actuaciones, con la pretensión de que éste reconsiderase el fondo de su resolución con argumentos semejantes a los ya empleados en la vía judicial. Así lo hemos entendido en otras ocasiones en las cuales, aun cuando el incidente de nulidad pudiera ser formalmente procedente, resultaba materialmente inútil porque comportaba pedirle al órgano judicial que se retractase sobre lo que ya había resuelto en varias resoluciones previas”.

Es, pues, claro que existía una clara diversidad entre las doctrinas contenidas en ATC 200/2010 y la STC 176/2013, que ha sido resuelta en la sentencia comentada por el Pleno del TC en favor de la tesis seguida por esta última.

La STC 216/2013, de 19 de diciembre, ha zanjado, así, la cuestión, afirmando, con total claridad, que “cuando el objeto del proceso consista en el estudio de la lesión directa del derecho, como es el caso del derecho al honor o la intimidad, el reconocimiento de su lesión, o el no reconocimiento con la consecuente lesión del derecho a la libertad de expresión o de prensa, consecuencia de la revocación de las Sentencias de las instancias previas, no requiere la necesaria interposición del incidente de nulidad, al estar ayuno de los fines para los que fue previsto, puesto que

consistiría en la pretensión de una reconsideración sobre el fondo de la resolución con argumentos semejantes a los ya empleados en la vía judicial".

Así pues, no es preciso el planteamiento previo del incidente de nulidad de actuaciones, cuando en el recurso de amparo se invoque la vulneración de un derecho fundamental sustantivo, que tenga su origen inicial en un acto de un particular; y ello, porque la sentencia de la jurisdicción ordinaria ya se habrá pronunciado sobre este extremo. La necesidad de plantear el incidente se limita, entonces, al caso en que en el recurso de amparo se alegue la vulneración de un derecho fundamental de carácter procesal, como el de tutela judicial efectiva, causada de manera directa y sobrevenida por la propia sentencia recurrida.



LA NOTIFICACIÓN POR EDICTOS. COMENTARIO
A LA STC 197/2013, DE 2 DE DICIEMBRE. RECURSO DE
AMPARO 2028-2013.

NOTIFICATION REQUIREMENT BY EDICTS.COMMENT
ON THE JUDGMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT
197/2013, OF 2 DECEMBER 2013. REMEDY OF 2028-2013.

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 502-5013



José A.
TALAVERA
HERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de enero de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 19 de febrero de 2014

RESUMEN: Desahucio, vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: emplazamiento edictal tras una indagación insuficiente del paradero de los requeridos.

PALABRAS CLAVE: Desahucio, vulneración, Tutela judicial, indefensión, notificación edictal.

ABSTRACT: Eviction, violation of the right to judicial protection without helplessness: edictal site following an inadequate investigation of the whereabouts of the required.

KEY WORDS: Eviction, infringement, judicial protection, helplessness, edictal notification.

SUMARIO: I. El concepto de indefensión según el Tribunal Constitucional. El art. 24 de la Constitución Española.- II. Los actos procesales de comunicación, en particular, las notificaciones edictales.

SUPUESTO DE HECHO

En su Sentencia 197/2013, de 2 de diciembre, aquí comentada, el TC ordena repetir el proceso de desahucio de una familia residente en una finca rústica, al proceder el Juzgado a su desalojo sin haberles comunicado antes el procedimiento abierto en su contra. Por tanto, el TC estima el recurso de amparo que se interpuso contra la Sentencia de 24 de septiembre de 2012 y el Auto de 20 de febrero de 2013, dictados por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Ayamonte, a los que los demandantes atribuyen la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), ya que al serles notificada mediante edictos la demanda de juicio de desahucio por precario interpuesta contra ellos, no tuvieron conocimiento del desarrollo del proceso y, en consecuencia, no fueron oídos en él. Con ello se infringió la reiterada doctrina del TC, que establece que “la notificación edictal solo puede efectuarse cuando se han agotado previamente las modalidades de notificación más aptas para asegurar la correcta recepción de la misma a su destinatario” y sólo “cuando no conste el domicilio de quien haya de ser emplazado o se ignore su paradero”. De ahí que el Alto Tribunal declare que el matrimonio y sus dos hijos vieron vulnerado su derecho a recibir una tutela judicial efectiva en la medida en que no tuvieron conocimiento del desarrollo del procedimiento ni oídos en el juicio de desahucio.

La Sentencia comentada declara probado que el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Ayamonte recibió una demanda de desahucio del propietario de la finca, después de que la finca no la hubiese abandonado la familia el 30 de abril de 2010 tal y como se habían comprometido. El Juzgado intentó notificar a los inquilinos en repetidas ocasiones pero no lo consiguió al serle imposible localizar la vivienda en el entorno rural no urbanizado en el que se encontraba ésta. Para conseguirlo emplazó al Juzgado de Paz a que comunicara personalmente las notificaciones a los demandados. Incluso los demandantes, los dueños de la finca, se ofrecieron a acompañar a los miembros del Juzgado de Paz al conocer el lugar

• **José A. Talavera Hernández**

José Antonio Talavera Hernández es Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia (2008), Máster en Sistemas y Servicios en la Sociedad de la Información, especialidad Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación, por la Universidad de Valencia (2013), Máster en Abogacía y Máster en Asesoría Fiscal de Empresas por la Fundesem Business School (2011). Actualmente es becario FPI del Ministerio de Ciencia e Innovación (MICINN) en el Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia.

en el que residía la familia, pero el órgano judicial rechazó tal ofrecimiento y, como consecuencia, no efectuó la notificación personal publicando por edictos, en el tablón de anuncios del Juzgado, la demanda del juicio de desahucio. De ahí que la vista se celebrase, se estimase la demanda, y se trasladara una comitiva judicial a la finca para proceder al lanzamiento en noviembre de 2012 sin que la familia tuviese conocimiento alguno de ninguna de las actuaciones ni del desarrollo del proceso.

Por ello, la sentencia comentada, en el Fundamento Jurídico cuarto, declara "la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como consecuencia del indebido recurso a la notificación edictal". El TC entiende que nunca se practicó el emplazamiento de los recurrentes de forma personal, dado que la vivienda, situada en un entorno de difícil acceso, no fue encontrada hasta el momento de la ejecución de la Sentencia y una vez precluidas todas las posibilidades procedimentales de alegación y prueba. Contribuyendo además a esta indefensión la actitud pasiva del Juzgado al no agotar todos los medios normales que tenía a su alcance para localizar a los demandados, ahora recurrentes, ignorando incluso el ofrecimiento de los actores (que sí conocían la situación del inmueble) de acompañar a la comitiva judicial para efectuar el emplazamiento y asegurar así la recepción de la notificación.

Por tanto el órgano judicial no prestó la atención exigida por el TC para que tuviese efecto la notificación personal del procedimiento a los recurrentes y, en consecuencia, al no haber agotado las modalidades más garantistas de notificación ni haberse asegurado de su recepción el recurso a la notificación edictal no encuentra respaldo en la doctrina del TC.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El TC ha reconocido en numerosas ocasiones la especial importancia, y trascendencia, de los actos de comunicación del órgano judicial con las partes, señalando así la gran relevancia que tiene la constitución de la relación jurídica procesal para garantizar el derecho de defensa recogido en el art. 24 de la CE, y en particular del emplazamiento, citación o notificación a quien es o puede ser parte, y de la que dependerá su actuación en juicio. Por tanto recae sobre el órgano judicial no solo el deber de velar por la correcta ejecución de los actos de comunicación, sino también de que estos actos sirvan a su propósito que no es otro que el garantizar que la parte sea oída en el proceso. Y para ello el TC ha exigido que se hayan agotado previamente por el órgano judicial todas las modalidades de notificación para asegurar la recepción de la misma por su destinatario, admitiendo el uso de edictos sólo en los casos en los que no conste el domicilio de quien debe ser emplazado o se ignore su paradero. En estos casos el órgano judicial "ha de extremar las gestiones en la averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales a su alcance, de manera que el acuerdo o resolución judicial que se lleve a tener a la parte en un proceso como persona en ignorado paradero debe

fundarse en criterios de razonabilidad que conduzcan a la certeza, o cuando menos a una convicción razonable, de la inutilidad de los medios normales de citación” [STC 61/2010, de 18 de octubre (RTC 2010, 61), FJ 2, y las que en ella se citan].

En otras ocasiones el TC ha destacado el deber judicial de velar por la efectividad del emplazamiento, sobre todo en los supuestos en los que del proceso se podían derivar perjuicios para el interesado o cuando el propio procedimiento colocaba a la parte demandada en una especial posición frente a quien les demandaba [STC 219/1999, de 29 noviembre (RTC 1999, 219), FJ 2, en referencia a los juicios ejecutivos regulados en la LEC de 1881, en los que su incoación se realizaba *inaudita parte debitoris*; o en la ya citada STC 61/2010, de 18 octubre (RTC 2010, 61), en relación con un expediente de jurisdicción voluntaria de aceptación de herencia en el que, en aplicación del entonces vigente art. 28 del Código de sucesiones de Cataluña, de la falta de comparecencia del interesado en el expediente se derivaba la pérdida inevitable del derecho a la herencia].

Encontramos ejemplos de esta especial exigencia del TC del agotamiento previo de todas las modalidades de notificación antes de acudir a la edictal en las siguientes resoluciones: SSTC 219/1999, de 29 de noviembre (RTC 1999, 219), FJ 2; STC 128/2000, de 16 de mayo (RTC 2000, 128), FJ 5; STC 268/2000, de 13 de noviembre (RTC 2000, 268), FJ 4; o la STC 104/2008, de 15 de septiembre (RTC 2008, 104). Esta última es relevante al decir que: “recae sobre el órgano judicial no solo el deber de velar por la correcta ejecución de los actos de comunicación, sino también el de asegurarse de que dichos actos sirven a su propósito de garantizar que la parte sea oída en el proceso. Ello comporta, en lo posible, la exigencia del emplazamiento personal de los afectados y, desde otra perspectiva, la limitación del empleo de la notificación edictal a aquellos supuestos en los que no conste el domicilio de quien haya de ser emplazado o bien se ignore su paradero (así lo venimos declarando desde la STC 9/1981, de 31 de marzo). En congruencia con lo anterior, hemos señalado que la modalidad del emplazamiento edictal, aun siendo válida constitucionalmente, exige, por su condición de último remedio de comunicación, no sólo el agotamiento previo de las otras modalidades de más garantía y la constancia formal de haberse intentado practicarlas, sino también que el acuerdo o resolución judicial de tener a la parte como persona en ignorado paradero o de domicilio desconocido, presupuesto de la citación por edictos, se halle fundada en criterio de razonabilidad que lleve a la convicción o certeza de la inutilidad de aquellos otros medios normales de comunicación” [véase SSTC 39/1987, de 3 de abril (RTC 1987,39); STC 157/1987, de 5 octubre (RTC 1987,157); STC 155/1988, de 22 julio (RTC 1988, 155); STC 234/1988, de 2 diciembre (RTC 1988, 234); STC 16/1989, de 30 enero (R) 1989,16), FJ 2; en el mismo sentido las posteriores SSTC 219/1999, de 29 de noviembre (RTC 1999, 219), FJ 2; STC 65/2000, de 13 de marzo (RTC 2000, 65), FJ 3; STC 268/2000, de 13 de noviembre (RTC 2000, 268), FJ 4].

En tales casos resulta exigible que “el órgano judicial observe una especial diligencia agotando previamente todas las modalidades aptas para asegurar en el mayor grado posible la recepción por su destinatario de la notificación”.

Por tanto la sentencia comentada declara que cuando de la documentación aportada por las partes se deduzca la existencia de un domicilio que posibilite la realización de los actos de comunicación de manera personal se deberá realizar de esta manera antes de proceder a realizarla por edictos. Opinión mantenida por diferentes Sentencias del TC, como la que aquí se comenta y otras, como, por ejemplo y por citar algunas de las más recientes, STC 40/2005, de 28 de febrero (RTC 2005, 40), FJ 2; STC 293/2005, de 21 de noviembre (RTC 2005, 293), FJ 2; STC 245/2006, de 24 de julio (RTC 2006, 245), FJ 2, y STC 30/2014, de 24 de febrero (RTC 2014, 30).

La aplicación de la doctrina constitucional mencionada conduce así al otorgamiento del amparo, por vulneración del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE).

I. EL CONCEPTO DE INDEFENSIÓN SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EL ART. 24 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

La Real Academia Española (RAE), en su diccionario, define la indefensión como “[F]alta de defensa, abandono, desamparo. Situación en que se deja a la parte litigante a la que se le niegan o limitan contra Ley sus medios procesales de defensa”. Si buscamos su definición en un diccionario jurídico veremos que se define como “falta de defensa” o “situación de la parte a la que se niegan medios actuación procesal”. Igualmente autores como Díez Picazo la define como “sufrir en el seno del proceso una privación o limitación de las posibilidades esenciales del derecho de defensa -alegación y/o prueba- a lo largo del mismo o de cualquiera de sus fases o incidentes [...]”.

Será por tanto en el proceso, como instrumento jurídico a través del cual se desarrolla la función jurisdiccional, donde se causará la indefensión. Siendo, como en el presente caso, una indefensión intraprocesal causada por los órganos jurisdiccionales, no por otros poderes públicos, en el ejercicio de su función judicial.

El art. 24 CE consagra en nuestro ordenamiento jurídico uno de los principios fundamentales sobre los que se asienta el derecho procesal: el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. Este artículo dispone en su primer párrafo lo siguiente:

“Todas las personas tienen el derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

Este derecho lleva implícito que durante el proceso se haya tenido la oportunidad de alegar y probar en todo aquello que afecte o pueda afectar a derechos e intereses propios, para el TC, supone un mandato al legislador y al intérprete de la norma para que, mediante la contradicción, promueva el ejercicio de defensa del afectado.

Según Montero Aroca [véase Montero Aroca, J., Flors Matés, J., y Gonzalo López E., *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Civil para el acceso a las carreras Judicial y Fiscal*. Valencia(2003):Tirant Lo Blanch], este derecho a la tutela judicial en el ámbito civil tiene el siguiente contenido: 1º) El acceso a la justicia, a través de la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales. 2º) El derecho a una resolución sobre el fondo del asunto objeto de controversia. 3º) La motivación de la resolución dictada por los tribunales. 4º) La prohibición de la indefensión. 5º) La firmeza de las resoluciones. 6º) El efecto de la cosa juzgada. 7º) La ejecución de lo juzgado. 8º) El derecho a los recursos legales. Aquí debemos precisar que, en el procedimiento civil no existe un derecho fundamental al recurso como tal; ahora bien, serán posibles aquellos previstos por la Ley cumpliendo así con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Centrándonos en lo que aquí interesa, y que no es otra cosa que la consideración de la tutela judicial efectiva como límite a los tribunales mediante la prohibición de la indefensión, el prof. Montero Aroca opina que existen tres puntos de vista de esta consideración del art. 24.1 CE:

“1º.- Como cláusula de cierre o fórmula de cierre, que incluiría todas las vulneraciones de las garantías del art. 24.2 y las infracciones procesales graves reconducibles a través del segundo párrafo del art. 24. Convirtiéndose así la Tutela judicial Efectiva en un cajón de sastre donde tendrían cabida todos los supuestos no encuadrables en alguno de los otros dos puntos de vista.

2º.- Como indefensión jurídico material o jurídico formal, ya afecte al contenido o al mismo proceso.

3º.- Como requisito necesario para entender vulneradas algunas de las garantías del art. 24.2 de la CE.”

Esta prohibición de indefensión se expresa en la posibilidad que tienen todos los ciudadanos de participar en un proceso para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Pero para que eso sea posible es necesario tener un conocimiento exacto y concreto sobre qué es lo que se discute, dónde se discute y ante quién se discute. De ahí la importancia de los actos de comunicación en el proceso civil. Por tanto se producirá indefensión cuando, por un motivo legalmente no previsto, o cuando lo previsto legalmente sea irrazonable o desproporcionado se prive a las partes, o a una de ellas, la posibilidad de hacer valer sus derechos o se posibilite a una de ellas

una situación de prevalencia con respecto a la otra. De ahí que la indefensión no se produzca si la situación en la que la parte se ha visto colocada se debió a una actitud voluntariamente aceptada por ella, o si le fue imputable por falta de la necesaria diligencia. Es decir, no toda falta de tutela judicial, no todas las infracciones de las normas procesales producirán indefensión y, por tanto, violarán el art. 24.1 CE, sino que deberá tratarse de una privación o limitación del derecho de defensa.

Y es que el que en ningún caso pueda producirse indefensión implica que todo proceso judicial deberá respetar el derecho de las partes de un proceso a una defensa contradictoria, por medio de las alegaciones procesales, en uso de sus respectivos derechos y en defensa de sus intereses.

Por tanto la prohibición de indefensión constituirá el derecho a alegar y demostrar en un proceso lo que corresponda al derecho vulnerado, ya sea porque se ha impedido a la parte el ejercicio de su defensa, o para replicar ante las alegaciones contrarias en el ejercicio del principio de contradicción [STC 89/1986, de 1 de julio (RTC 1986, 89)].

Ahora bien, el término indefensión, aún estando recogido en nuestra Constitución,- y en otras leyes como la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley de Procedimiento Administrativo-, no aparece definido, y por ello se encomienda al Tribunal Constitucional, como órgano supremo e intérprete último de nuestras normas, la función de manifestar la existencia o no de la misma.

Como vemos se consagran así una serie de garantías jurisdiccionales que se regulan por el Derecho Procesal, siendo los órganos jurisdiccionales los encargados de su protección. Son pues garantías procesales que, al ser el poder judicial un órgano que goza de independencia, constituyen la mejor garantía del respeto por los demás, sean poderes públicos o privados.

Para el TC, bien en esta sentencia o en otras muchas, como por ejemplo la STC 48/1986, de 23 de abril (RTC 1986, 89), la "prohibición de la indefensión [...] implica el respeto del esencial principio de contradicción, de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de su tesis". Es decir que los principios de audiencia, contradicción e igualdad, relacionados entre sí, deben respetarse o de lo contrario se produciría indefensión (SSTC 33/1987, 57/1987, 163/1989, 308/1993 y otras). El TC ha entendido que deben existir una serie de elementos que integren el concepto de indefensión para que la existencia del mismo pueda ser acogida, son: la infracción de una norma o garantía procesal, la privación o limitación de los medios de defensa, la no imputabilidad al justiciable y la influencia del fallo.

Finalmente, los principios procesales de contradicción e igualdad se garantizan llevando a cabo las citaciones, emplazamientos, notificaciones, comunicaciones, traslados, etc., por el órgano judicial, de cualquier acto que tenga especial trascendencia para las partes y así, el TC en su S. 205/1988, de 7 de noviembre (RTC 1988, 205), que trae a colación, entre otras muchas, STC 9/1981, de 31 de marzo (RTC 1981, 9); STC 1/1983, de 13 de enero (RTC 1983, 1); STC 22/1987, de 20 de febrero (RTC 1987, 22), y STC 72/1988, de 20 de abril (RTC 1988, 72), señala la “relevante e inescindible relación que existe entre los actos de comunicación procesal y la tutela judicial efectiva, sin resultado de indefensión.” Así pues los órganos judiciales deben cumplir o hacer cumplir escrupulosamente las normas reguladoras de tales actos. Su omisión o defectuosa realización, siempre que impida a la parte afectada tener conocimiento de la pendencia del proceso que es preciso para que pueda ejercer su derecho de defensa colocará a ésta en situación de indefensión.

Es decir, la falta de citación o emplazamiento, o de notificación de la sentencia por causa no imputable al justiciable impide la contradicción y la defensa, colocándolo así en una situación de indefensión al no permitírsele una correcta defensa. En consecuencia este derecho constitucional a la no indefensión conlleva que sea obligado el emplazamiento personal de todos los demandados, siempre que sea ello posible y utilizando todos los medios razonablemente existentes.

No siendo esto lo que sucedió y que dio lugar al fallo contenido en la Sentencia comentada, por el que se ordena repetir el proceso de desahucio de una familia residente en una finca rústica. El TC entendió que debían haberse agotado previamente por el órgano judicial todas las modalidades de notificación para asegurar la recepción de la misma por su destinatario, admitiendo el uso de edictos solo en el caso en los que no conste el domicilio de quien debe ser emplazado o se ignore su paradero cosa que no sucedía en el caso que nos ocupa. De ahí que declare que “el órgano judicial no prestó la atención exigida por este Tribunal para que tuviera efecto la notificación personal del procedimiento a los recurrentes y, en tales circunstancias, al no haber agotado las modalidades más garantistas de notificación ni extremado la precaución en la localización de aquéllos, el recurso a la notificación edictal no encuentra respaldo en la doctrina de este Tribunal.”

II. LOS ACTOS PROCESALES DE COMUNICACIÓN, EN PARTICULAR, LAS NOTIFICACIONES EDICTALES.

Esta importancia, la de la relación que existe entre los actos de comunicación procesal y la tutela judicial efectiva, ha quedado reflejada y destacada por el propio TC en sus resoluciones, como las ya mencionadas, SSTC 9/1981, de 31 de marzo (RTC 1981, 9); 1/1983, de 13 de enero (RTC 1983, 1); 22/1987, de 20 de febrero (RTC 1987, 22), y 72/1988, de 20 de abril (RTC 1988, 72), entre otras muchas, y la que es objeto del presente comentario.

Y así las Leyes procesales, en concreto la Ley de Enjuiciamiento Civil, han articulado un amplio sistema de comunicación de los llamados actos procesales. Actos orientados a que las partes puedan personarse y constituirse en la causa para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Actos de comunicación que Montero Aroca define como “el acto destinado a comunicar a las partes o a cualquier persona que deba intervenir en el proceso una actuación, que normalmente es una resolución judicial”. Como vemos en esta definición el prof. Montero Aroca establece los sujetos de los actos de comunicación, en cuanto que sólo pueden serlo las partes y quienes puedan ver afectados sus derechos e intereses legítimos [véase González Rivas, J. J. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona (1999): Bosch]. Siendo *parte* las personas que interponen la pretensión ante el órgano judicial, y aquellas frente a las que se interpone la pretensión, es decir, el demandante o actor y al demandado. Es decir se deben notificar los actos procesales a quienes acreditan un interés o derecho legítimo y que puede verse afectado por el proceso que se esté sustanciando (art. 150.1 LEC). Y al igual que hablamos de a quienes se ha de notificar debemos hablar de quienes han de comunicar. Correspondiendo esta función, con carácter general, a los órganos jurisdiccionales, que incluye no sólo al juez sino también al resto de las personas que participan diariamente en el funcionamiento de la administración de justicia.

De la importancia de los actos de comunicación ya nos habla De La Oliva Santos, cuando dice lo siguiente: “El de los actos de comunicación de los órganos jurisdiccionales aparece, de entrada, como tema árido y desprovisto de enjundia jurídica especial [...]. Sin embargo, se trata de un aspecto crucial de la legislación y de la realidad procesal. De un lado, buena parte del tiempo que los procesos consumen corresponde a los actos de comunicación y, de otro, los derechos de las partes – incluso los más relevantes- dependen en gran medida de la corrección formal y de la eficacia material de dichos actos (hasta el punto de que pueden afectar al derecho fundamental a la tutela efectiva)” [De la Oliva Santos, J. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Madrid (2013): Centro de Estudios Ramón Areces, 519 y ss.]. Por tanto, en la medida en que estos actos de comunicación ponen en conocimiento de las partes el contenido de las resoluciones judiciales y de los actos procesales, serán el medio idóneo para garantizar la defensa de aquellos a quienes se dirigen y, por tanto su falta o realización defectuosa podrán provocar la indefensión del destinatario.

En el caso de la sentencia del TC ahora comentada la notificación se practicó por edictos, una forma legal válida de practicar un acto procesal de comunicación y regulada en el art. 164 LEC, supletoria de la personal y, por tanto, referida a comunicaciones de las que depende la personación de la parte a la que se dirige y consistente en una ficción jurídica que permite al actor continuar adelante con el proceso cuando no sea posible localizar al demandado en su domicilio. Aunque del contenido del artículo se desprende que no estaríamos hablando propiamente

de una notificación, sino más bien de una publicación. No siendo, por tanto, una comunicación activa dirigida a un sujeto determinado, tratándose, más bien al contrario, de fijar pasivamente la resolución que se quiere comunicar en un medio de difusión de carácter general. Nos encontramos pues ante un medio formal de comunicación, en el que no interesa tanto que la resolución llegue a conocimiento del destinatario como que quede fijado de manera formal que se ha intentado dicho conocimiento. Se realiza así una *fictio iuris* mediante la cual se tiene por notificado a un sujeto, como si efectivamente hubiera recibido el acto a él dirigido, aunque puede que no tenga ninguna noticia de ese acto, como sucede en el caso de la sentencia comentada.

Por tanto, en este caso concreto, el emplazamiento edictal no garantiza de una manera adecuada y suficiente la defensa por la posible falta de conocimiento del particular de esa llamada al proceso contradictorio a través del Boletín Oficial de la Provincia.

La consecuencia de este carácter poco garantista es que la notificación edictal deberá emplearse sólo cuando no sea posible hacerlo de otra manera, tal y como señala la STC 186/1997, de 10 de noviembre (RTC 1987, 186), "la citación y el emplazamiento edictal son válidos constitucionalmente, pero por ser ficciones jurídicas con un significado más simbólico que real [...] cuya recepción por el destinatario no puede ser demostrada han de entenderse necesariamente como un último y supletorio remedio [...] reservado para situaciones extremas, cuando la persona buscada no pueda ser habida".

De ahí que, tal y como señala la sentencia comentada (y las demás mencionadas en el presente trabajo), y dado el mencionado carácter poco garantista, sólo deba ser empleada la notificación por edictos cuando no sea posible hacerlo de otra manera y una vez agotados previamente todas las demás modalidades de comunicación, con la constancia formal de haberse intentado practicarlas. Lo que no sucedió en el caso que nos ocupa, como así quedó acreditado, y que dio lugar a la estimación del recurso de amparo declarando la nulidad de las resoluciones dictadas, ordenando el emplazamiento edictal, y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a aquella diligencia, "a fin de que se provea por el juzgado a su emplazamiento en términos respetuosos con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), esto es, cumpliendo con su obligación de agotar los medios de notificación personal antes de acudir a los edictos."



APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO POR
LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER
DE UN SUPUESTO DE RESOLUCIÓN UNILATERAL
DE UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL
INTERNACIONAL. COMENTARIO A LA SAP MADRID
NÚM. 17/2013, DE 18 DE ENERO (JUR 2013, 118).

APPLICATION FOR FOREIGN LAW COURTS TO
LEARN SPANISH COURSE OF A RESOLUTION OF
UNILATERAL CONTRACT OF INTERNATIONAL
COMMERCIAL AGENCY. COMMENT ON SAP MADRID
NO. 17/2013, OF JANUARY (JUR 2013, 118).

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 514-523



Alfonso
ORTEGA
GIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de diciembre de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: El art. 281.2 LEC obliga a alegar y probar el derecho extranjero en su contenido y vigencia, permitiendo al tribunal valerse de los medios de averiguación que estime necesarios para su aplicación. Es a la parte a quien corresponde demostrar el contenido y la vigencia, de modo que, una vez justificados esos dos extremos, dependerá del Juez la aplicación, a cuyo fin podrá desplegar la actividad que estime necesaria. El contenido no puede limitarse a presentar un Código normativo, sino toda la legislación aplicable al caso, la general y especial, de acuerdo con los mecanismos de interpretación propios de la Legislación en la que estén integradas las normas cuya aplicación se pretenda.

PALABRAS CLAVE: Derecho Extranjero, alegación y prueba, tribunales españoles.

ABSTRACT: Section 281.2 requires LEC plead and prove foreign law in their content and validity, allowing the court to invoke the investigation as it deems necessary for its implementation. It is the party who must demonstrate the content and validity, so that once justified these two extremes, the application will depend on the judge, for which purpose the activity may deploy it deems necessary. Content may not be limited to present a special regulatory code, but all legislation applicable to the case, the general and the mechanisms according to their own interpretation of the legislation on which are integrated standards whose application is intended.

KEY WORDS: Foreign Law, pleading and proof, Spanish courts.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares.- II. ¿Por qué debe probarse el Derecho extranjero?- III. ¿Cómo debe probarse el Derecho extranjero?- IV. ¿Qué debemos probar en materia de Derecho extranjero?- V. ¿Cuáles son los medios de prueba del Derecho extranjero?

SUSPUESTO DE HECHO

El litigio tiene su origen en un litigio entre la compañía ÁREA UNO S.L. (demandante) contra la COMPAÑÍA MEXICANA DE AVIACIÓN S.A. DE CAPITAL VARIABLE (demandado), consecuencia de la resolución unilateral por parte de la parte demandada del contrato de agencia comercial internacional que tenía firmado con la primera. En primera instancia se condenó a la demandada a pagar a la actora la cantidad de 335.866,92 euros más los intereses del art. 576 LEC y sin hacer expresa condena en costas.

Contra dicha Sentencia se preparó e interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la parte demandada dándole traslado del mismo a la parte demandante quien presentó en tiempo y forma escrito de oposición al recurso entablado.

La sentencia de primera instancia decidió la cuestión litigiosa de acuerdo con el Derecho español al entender que no estaba demostrado el Derecho aplicable extranjero porque la parte demandada no aportó otra prueba que el Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, sin ningún documento que demuestre el alcance e interpretación de las normas foráneas por sus tribunales.

Recorre la parte demandada alegando que se debía aplicar la Legislación Mejjicana, entendiendo que ha quedado suficientemente probada con la documentación aportada, y, en todo caso, la Sra. Juez podría haber indagado de oficio sobre ella o requerir a la parte para que demostrase lo que estimase oportuno para su aplicación.

Se estima parcialmente el recurso de la COMPAÑÍA MEXICANA DE AVIACIÓN S.A. DE CAPITAL VARIABLE, al rebajar la cuantía de la indemnización que le correspondía a la compañía ÁREA UNO S.L. (quedando establecida en la

• Alfonso Ortega Giménez

Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Miguel Hernández de Elche y Subdirector Académico del Master en Comercio Internacional, organizado por la Universidad de Alicante. Consultor de Derecho Internacional Privado de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Director del Observatorio de Inmigración de la ciudad de Elche y Vocal del Observatorio Valenciano de la Inmigración. Miembro del Consejo Asesor de la Revista Economist & Jurist. Ponente habitual en numerosos cursos organizados en España y en el extranjero en materia de Derecho Internacional Privado, Derecho de la Nacionalidad y la Extranjería, Derecho del Comercio Internacional, Contratación Internacional y Protección de datos de carácter personal, entre otras. Además, es autor de diferentes artículos, notas, recensiones y comentarios publicados en Revistas científicas, técnicas y de divulgación, españolas y extranjeras, y ha participado, como coordinador y/o autor, en más de sesenta libros, relacionados con dichas materias.

suma de 281.112,21 euros). La Audiencia Provincial de Madrid se ratifica en cuanto a la aplicación de la Legislación Mejicana, comparte y hace suyos los argumentos de la resolución apelada.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Con relación a la aplicación de la Legislación Mejicana, la AP de Madrid comparte y hace suyos los argumentos de la resolución apelada. A ellos añade que el art. 281.2 LEC obliga a probar el derecho extranjero en su contenido y vigencia, permitiendo al tribunal valerse de los medios de averiguación que estime necesarios para su aplicación. Por tanto, es a la parte a quien corresponde demostrar el contenido y la vigencia, de modo que, una vez justificados esos dos extremos, dependerá del Juez la aplicación, a cuyo fin podrá desplegar la actividad que estime necesaria. El contenido no puede limitarse a presentar un Código normativo, sino toda la legislación aplicable al caso, la general y especial, con la necesaria exégesis de los preceptos de acuerdo con los mecanismos de interpretación propios de la Legislación en la que estén integradas las normas cuya aplicación se pretenda, en especial si existe Doctrina Judicial vinculante. Así lo lleva entendiendo la Jurisprudencia de nuestro TS desde antiguo, bastando para ello reseñar la S. 5 noviembre 1971 donde se recogen referencias en el mismo sentido a las SS. 25 febrero 1926, 30 marzo 1928, 12 diciembre 1935, 30 junio 1962 y 9 junio 1969.

En el caso estudiado resulta especialmente importante porque el Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos aportado con la contestación a la demanda ni siquiera menciona al Agente como una figura especial dentro de los contratos de comisión, lo cual obliga a interpretar la norma, si no existe otra especial, algo que se desconoce, en el contexto general legislativo y jurisprudencial donde se desarrolla, y ello resulta imposible sin tener conocimiento del sentido, alcance e interpretación que le hayan podido dar los Tribunales de Méjico y la certificación de no existir ninguna otra norma reguladora de esa figura contractual. Todo ello es labor de quien alega el Derecho extranjero y pretende su aplicación en un determinado sentido, y no puede esperar que sea el Juez quien le reclame de oficio mayor aportación probatoria, de modo que, con independencia de la actividad desplegada por aquél, si el Derecho foráneo no está suficientemente acreditado, tampoco podrá aplicarse.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En Derecho Internacional Privado español, actualmente, la cuestión de la aplicación del Derecho extranjero ha entrado en una nueva dimensión con ocasión de la regulación ofrecida sobre el tema por la LEC. Los arts. 281.2º y 282 LEC dan cuerpo a un sistema de prueba del Derecho extranjero de textura abierta. El legislador no ha querido tomar partido por un sistema rígido de prueba del

Derecho extranjero, de modo que sean siempre las partes o siempre el juez los que deban, en todos casos, probar el Derecho extranjero. En los casos en los que se aplica Derecho extranjero, la parte interesada en su aplicación deberá: primero, fundamentar su demanda en el Derecho extranjero y, segundo, probar el Derecho extranjero.

En el caso en el que las partes argumenten en base al Derecho extranjero pero no lo prueban: el tribunal deberá realizar dos operaciones: a) En la audiencia previa al juicio, advertirá a las partes en este sentido: éstas deben proponer la práctica de la prueba del Derecho extranjero. El tribunal advertirá a las partes de las consecuencias que tendrá el no hacerlo (art. 429. I.II LEC); b) Si pese a ello, las partes no prueban el Derecho extranjero, éste no podrá aplicarse y el tribunal tampoco deberá probarlo. Dictará sentencia y desestimará las pretensiones de las partes... porque no debemos olvidar la celebre máxima de J.A. Carrillo Salcedo: "El Derecho extranjero es Derecho, aunque extranjero".

II. ¿POR QUÉ DEBE PROBARSE EL DERECHO EXTRANJERO?

Después de largos años de paz sobre la cuestión de la "prueba del Derecho extranjero", una vez entrada en vigor la LEC I/2000, surgieron diversas tesis, algunas muy dispares, motivadas en gran medida por los silencios de la mentada ley procesal y la tácita flexibilidad otorgada por este "sistema abierto" que mezcla la *regulación legal* con la *jurisprudencial*, dotando de mayor maniobrabilidad a la propia interpretación de las concretas situaciones privadas internacionales, y así adaptar los hechos concretos con el continuo y cambiante contexto de la globalización propia de este siglo.

Para clarificar la situación actual sobre la prueba del Derecho extranjero en los tribunales españoles es necesario iniciar una lectura pormenorizada del art. 281 LEC donde nos posiciona la prueba del Derecho extranjero fuera de los hechos procesales, y de donde se extrae que "el Derecho extranjero debe probarse en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación".

III. ¿CÓMO DEBE PROBARSE EL DERECHO EXTRANJERO?

Partiendo de esta premisa básica, debemos contestar ahora a la siguiente pregunta: ¿cómo debe probarse?

En principio, en materia de aportación de pruebas, la LEC opta por el principio de aportación de parte, existen, a nuestro juicio, excepciones que pueden desembocar en la decisión de acordar de oficio la práctica de pruebas determinadas o la aportación documental cuando lo establezca la ley. El propio art. 281.2 LEC dice: "Sin embargo,

el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”.

La STS 13 abril 2000, dice que “los órganos judiciales tienen la facultad pero no la obligación, de colaborar con los medios de averiguación que consideren necesarios”, por lo que el art. 281.2 LEC, constituye una norma meramente potestativa de modo que si bien permite al juzgador a averiguar por todos los medios que estime necesarios el Derecho extranjero aplicable, no le obliga a ello. Existen distintos mecanismos previstos en convenios internacionales que permite al tribunal acreditar el Derecho extranjero (la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979. -Instrumento de Adhesión de España del 10 de diciembre de 1987-, el Convenio europeo acerca de la Información sobre el Derecho extranjero de 7 de junio de 1968. -Instrumento de adhesión de 2 de octubre de 1973 de España- y Protocolo adicional al Convenio europeo acerca de la información sobre Derecho extranjero, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978, el Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero hecho en Londres el 7 de Junio de 1968, así como diferentes convenios bilaterales con distintos países como Méjico, Marruecos, Republica Checa, China, Bulgaria, Brasil, etc.).

IV. ¿QUÉ DEBEMOS PROBAR EN MATERIA DE DERECHO EXTRANJERO?

La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española, sin embargo, para su aplicación “el Juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas”. Interpretando este precepto, la Jurisprudencia ha sentado lo siguiente:

1. Quien invoca el Derecho extranjero deberá “acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma, y su aplicación al caso litigioso”. Pues se razona que “la aplicación del Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada y probada por la parte que lo invoca” [SSTS (Civil) 28 octubre 1968, 4 octubre 1982 (RJ 1982, 5537), 12 enero 1989 (RJ 1989, 100), 11 mayo 1989 (RJ 1989, 3758), 7 septiembre 1990 (RJ 1990, 6855)].

2. Se estructura a nivel legal y jurisprudencial: una amplia facultad investigadora tiene el juez de instancia a la hora de determinar el Derecho extranjero aplicable, no quedando vinculado por las aportaciones de las partes. Así, la importante STS (Civil) 3 marzo 1997 (RJ 1997, 1638) razona que: “Aunque en sentido genérico se habla, en efecto, de la prueba del Derecho extranjero, criterio que responde en España a una tradición que arranca de la L. 18, Tít. 14 de la Partida 3ª, la evolución doctrinal y jurisprudencial nunca equiparó en sentido estricto la prueba del Derecho extranjero

con la prueba de los hechos, pues se ha entendido que no son supuestos idénticos la justificación o acreditación de la norma extranjera y la prueba de los hechos. Se ha hecho notar, en este sentido, que el *iura novit curia*, aun atenuado respecto del Derecho extranjero no se excluye como principio en cuanto al conocimiento de las normas no nacionales, si bien las partes deben cooperar con el juez en la busca de la norma extranjera suministrándole los medios de conocimiento, de manera que más que una actividad probatoria en sentido estricto se trata de una colaboración entre las partes y el órgano. En nuestro sistema procesal vigente, tras la redacción del Título Preliminar del CC, el art. 12.6 deja claro: a) que la norma extranjera se “acredita”; b) que en su función de aplicador el Juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos. El término “acreditar” no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente “libre”, o en otras palabras, prueba que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación. Si el juzgador, con la aportación de las partes no se considera suficientemente ilustrado debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable”.

3. Es posible el uso de las diligencias finales para lograr un conocimiento adecuado del Derecho extranjero aplicable, máxime cuando se alegan normas extranjeras y se acreditan en forma defectuosa o contradictoria -STS (Civil) de 15 Nov. 1996 (RJ 1996, 8212).

4. Cuando el Derecho extranjero no ha quedado probado en forma alguna o con la suficiente claridad o seguridad, lo procedente no es desestimar la demanda, sino aplicar la legislación española [STS (Civil) 11 mayo 1989 (RJ 1989, 3758)].

Por tanto, para ser eficaces en la prueba del Derecho extranjero será recomendable probar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente (así se manifiesta el TS, en S. 25 enero 1999 (RJ 1999, 321) y la AP de Castellón, Sección 3ª, en S. 22 noviembre 2002 (AC 2002, 1914)).

No cabe confundir la prueba de “legislación” vigente en un determinado territorio, con la prueba “del Derecho” aplicable, concepto este referido a la forma en la que la sociedad y los tribunales de aquel lugar solucionan sus conflictos, no siempre mediante la aplicación de legislación formalmente promulgada, lo que, por lo demás, constituye un hecho notorio en aquellos países en los que rige el *common law* [STS (Civil) 24 junio 2010 (RJ 2010, 5410)].

V. ¿CUÁLES SON LOS MEDIOS DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO?

En relación con los medios de prueba del Derecho extranjero, entre otras, las SSTs 4 julio 2006 (RJ 2006, 6080) y 24 junio 2010 (RJ 2010, 5410) ponen de relieve la posibilidad de utilizar “todos los medios de prueba a su alcance”, que venimos a enumerar:

a) Documentos públicos o intervenidos por fedatarios públicos que pueden aportarse al proceso mediante las correspondientes certificaciones. El documento extendido por fedatario público es el medio de prueba más extendido en nuestros Tribunales, y que aunque venga a determinar la vigencia y contenido, queda limitado por la falta de interpretación y de aplicación de la norma al caso concreto. La propia alusión en la interpretación de la normativa a aplicar, hecho muy necesario en cualquier litigio, va a restar fuerza probatoria y deberemos complementarla.

b) Prueba pericial (art. 335 LEC): informe elaborado por “Expertos en el Derecho Extranjero”. Los “expertos” pueden ser tanto del país cuyo Derecho se trata de probar como de otra nacionalidad incluso española (es una buena opción acudir a Abogados, Notarios o Profesores de Derecho Internacional Privado). Éste es el medio de prueba más completo y que puede y debe probar no sólo la vigencia y contenido del Derecho extranjero sino también su interpretación y aplicación al caso concreto, como complemento a la documental pública.

c) Sobre los documentos privados: debe ser inadmitida la aportación de simples copias de normas seleccionadas, ya sean fotocopiadas o simplemente transcritas y copiadas de Internet; obviamente, no prueban la vigencia y/o contenido del Derecho aplicable. La aportación de colecciones privadas y textos autorizados de doctrina extranjera puede constituirse como complemento del resto de pruebas sin que pueda constatarse la certeza.

Si las partes “nacionalizan” el supuesto litigioso y citan simplemente el Derecho español, en nuestra opinión, el tribunal debería dictar una sentencia desestimando la demanda o reconvenición. Esta tesis, a pesar de no ser la más utilizada por los Juzgados y Tribunales españoles, entendemos que sería la más correcta por varios motivos:

1º) El Juez no puede aplicar de oficio el Derecho extranjero. La normas de conflicto son imperativas, por lo que cuando la Ley aplicable es extranjera, impide al Juez a resolver con arreglo al Derecho español.

2º) El Juez, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá

conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

3º) Elude posible fraude evitando la aplicabilidad de la Ley española por la que las partes simplemente tengan esa voluntad, cuando es imperativa la aplicación del Derecho extranjero.

Si la demanda es planteada incorrectamente y debían fundamentar, alegar y probar el Derecho extranjero, debe desestimarse, pudiendo volverse a instar su pretensión fundándose en el Derecho extranjero aplicable según nuestras normas de conflicto de conformidad con el art. 400 LEC, cuando dice que a efectos de cosa juzgada “los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste”.

En contra de esta tesis, se pronuncia la STS 4 julio 2006 (RJ 2006, 6080), al afirmar que “el Derecho extranjero es tratado como un hecho y por ello debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad del derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, de modo que en el caso que ello no se produzca, deberá aplicarse el derecho español”. En el mismo sentido, y de forma mayoritaria en la jurisprudencia de los Tribunales españoles, se pronuncia las Alicante 22 noviembre de 2002 y 12 mayo 2005 a cuyo tenor “ha de recordarse el criterio jurisprudencial contenido, entre otras, en las SSTS 25 enero 1999 (RJ 1999, 321), 5 junio 2000 (RJ 2000, 5094) y 17 julio 2001 (JUR 2002, 2820), según el cual los órganos jurisdiccionales españoles deberán aplicar el Derecho nacional cuando no sea posible fundamentar el fallo con seguridad absoluta en el Derecho extranjero que fuere de aplicación”.

En definitiva, si el Tribunal no se considera debidamente instruido sobre el contenido del derecho extranjero aplicable procederá a resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico, por lo que deberemos de planificar nuestra prueba correctamente por la posible, temeraria y *contra legem* consecuencia de la sustitución del Derecho extranjero por las normas sustantivas de nuestro ordenamiento interno.



LA NULIDAD, POR FALTA DE TRANSPARENCIA, DE LAS
CLÁUSULAS SUELO EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO
HIPOTECARIO. COMENTARIO A LA STS NÚM. 241/2013,
DE 9 DE MAYO (RJ 2013, 3088)

THE NULLITY, BY LACK OF TRANSPARENCY, OF THE
FLOOR CLAUSES IN CONTRACTS OF MORTGAGE
LOAN. COMMENT ON STS NO. 241/2013, OF MAY 9 (RJ
2013, 3088)

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 524-535



Pedro
CHAPARRO
MATAMOROS

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de diciembre de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: Las cláusulas suelo son abusivas por falta de transparencia, al no poder conocer el consumidor con claridad el impacto económico real que de las mismas se deriva a lo largo de la vida del contrato de préstamo hipotecario.

PALABRAS CLAVE: Nulidad, cláusulas suelo, transparencia, contenido, abusivo.

ABSTRACT: The floor clauses are abusive for lack of transparency. The consumer can not to know clearly the real economic impact that is derived from the same during the life of the mortgage loan contract.

KEY WORDS: Nullity, floor clauses, transparency, subject-matter, abusive.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares.- II. La cláusula suelo como configuradora del precio del contrato de préstamo hipotecario.- I. La imposibilidad de control, como línea de principio, del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato.- 2. El limitado control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato.- 3. La solución ofrecida en la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo.- III. Del denominado “control de contenido” hacia el “control de transparencia”.- IV. La devolución de las cantidades indebidamente satisfechas.

SUPUESTO DE HECHO

La Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios (AUSBANC), demandó a una serie de entidades financieras interesando la nulidad y la supresión de los contratos de préstamo hipotecario de una cláusula denominada en el argot financiero ‘cláusula suelo’. Dicha cláusula impone un interés mínimo a satisfacer por el prestatario, que entra en juego en aquellos casos, como en la situación actual de recesión económica, en que la suma del tipo de interés de referencia (el Euribor) y el diferencial ofrece un interés inferior al tipo de interés fijado en la cláusula suelo. De esta manera, el banco se asegura una determinada retribución mínima al préstamo hipotecario pues, como se observa, las cláusulas suelo funcionan eliminando la posibilidad de que una bajada repentina del tipo de interés de referencia afecte al tipo de interés aplicable a las cuotas del préstamo.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la nulidad de las cláusulas suelo por desproporción con las ‘cláusulas techo’ que las acompañan. En este sentido, hay que aclarar que las cláusulas suelo no suelen incluirse de modo aislado en los contratos de préstamo hipotecario, sino que se insertan junto a otra cláusula, que ha venido a denominarse ‘cláusula techo’, cuya función es la opuesta: proteger (supuestamente) al consumidor ante una subida del tipo de interés de referencia, de forma que nunca pagará más del tipo de interés máximo que se establezca. Es decir, se elimina en este caso el riesgo de variabilidad al alza del Euribor.

Frente a esta resolución declaratoria de la nulidad de las cláusulas suelo, las entidades financieras demandadas interpusieron recurso de apelación. La sentencia

• Pedro Chaparro Matamoros

Pedro Chaparro Matamoros (Valencia, España) es Licenciado en Derecho (2011) y Administración y Dirección de Empresas (2011) por la Universidad de Valencia, y Máster en Derecho, Empresa y Justicia (2012) por dicha universidad. Actualmente es becario FPU del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en el Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia. Es autor de la monografía ‘La extensión objetiva de la hipoteca’ (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013). Además, ha publicado artículos científicos en revistas como Diario La Ley, Revista de Derecho Patrimonial, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías y Revista Boliviana de Derecho. Ha participado, también, en 4 obras colectivas (dos de ellas publicadas en Aranzadi) y en los manuales de ‘Derecho Civil I’ (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013), ‘Derecho Civil II’ (Tirant lo Blanch, Valencia, 2011-2013) y ‘Derecho Civil IV’ (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013).

de la Audiencia Provincial rechazó la legitimación activa de AUSBANC para el ejercicio de las acciones colectivas en defensa de los intereses generales de consumidores y usuarios por no estar inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. No obstante, al haberse personado el Ministerio Fiscal en defensa de los intereses generales, entró en el fondo del asunto y rechazó que las cláusulas suelo y techo tuviesen naturaleza de condiciones generales de contratación abusivas porque entendió que: a) las cláusulas impugnadas no tenían la naturaleza de condiciones generales de la contratación, por ser un elemento esencial del contrato negociado entre prestamista y prestatario; b) no existir imposición por el empresario, sino aceptación libre y voluntaria; c) no tener carácter abusivo por tratarse de cláusulas negociadas, incorporadas siguiendo las previsiones normativas sobre transparencia bancaria y no generadoras de desequilibrio en los derechos y las obligaciones de las partes.

La sentencia de la Audiencia Provincial fue, finalmente, recurrida en casación por AUSBANC y por el Ministerio Fiscal.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que las cláusulas suelo eran abusivas en el caso analizado. El alto tribunal enfoca el problema en los controles de incorporación y de transparencia de la cláusula suelo, señalando que, en el caso, las cláusulas suelo carecen de transparencia y, por tanto, deben ser declaradas nulas.

Antes de nada, el Supremo se esfuerza por aclarar que no cabe someter las cláusulas suelo a un control material, es decir, de contenido (abusividad en sentido estricto), por mor de lo dispuesto en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, precepto que impide realizar un control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato (y el precio lo es). Ello no es óbice, sin embargo, para que se pueda llevar a cabo un doble control de transparencia (incorporación y transparencia en sentido estricto).

Respecto al control de incorporación, entiende el Supremo que “la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor”.

El foco de la cuestión se centra, sin embargo, en el control de transparencia en sentido estricto, que actúa como un segundo filtro. La transparencia implica, en palabras del Supremo, que “la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato,

que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato". La transparencia supone, por tanto, que el consumidor posee toda la información que necesita para comprender el alcance de sus obligaciones en el contrato de préstamo hipotecario, incluida la referente al impacto que pueda tener la cláusula suelo en el coste real del crédito.

Transparencia que, sin embargo, no existe en el caso de las cláusulas suelo, que, según el Supremo, convierten a los préstamos a interés variable en préstamos a interés mínimo fijo, "de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor", pues su ubicación sistemática en los contratos de préstamo hipotecario hace creer al consumidor que se trata de un elemento secundario, siendo, por el contrario, una cláusula definitoria del precio (objeto principal del contrato). Asimismo, la referida cláusula aparece como complementaria de otra cláusula, la cláusula techo, que se presenta como beneficiosa para el consumidor; de forma que actúa como un "señuelo".

Existe, por consiguiente, una falta de claridad de las cláusulas suelo, cuyos potenciales efectos perjudiciales para el consumidor no reciben, en el contexto del contrato, la atención especial que merecen.

Finalmente, el Tribunal Supremo se plantea si las cláusulas suelo, cuando incumplan el deber de transparencia, pueden ser consideradas abusivas por causar un desequilibrio en perjuicio del consumidor. Comienza, así, señalando que "la falta de transparencia [de las cláusulas, en general] no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor".

En concreto, respecto de las cláusulas suelo, el Tribunal Supremo advierte que no son *per se* ilícitas. Dice, así, que "Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos", y que "No es preciso que exista equilibrio 'económico' o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-".

Sin perjuicio de lo anterior, el Supremo llega a la conclusión de que las cláusulas suelo analizadas, carentes de claridad, son abusivas, puesto que su falta de transparencia impide al consumidor apreciar con nitidez el verdadero efecto de las mismas, tendente únicamente a proteger al empresario de riesgos de bajadas del tipo de interés, por lo que causan un desequilibrio a favor de este último. Por tanto, el consumidor desconoce el reparto real de riesgos que de la cláusula suelo se deriva.

Señala el Supremo en este sentido que “Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia [...] dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como ‘variable’. Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza”.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

La sentencia que es objeto de este comentario es novedosa, no sólo por ser la primera del Tribunal Supremo que aborda el delicado tema de las cláusulas suelo (de gran actualidad social en España al tiempo de dictarse la sentencia), sino también por el enfoque con el que resuelve el litigio.

En efecto, las sentencias existentes sobre cláusulas suelo, tanto de Juzgados de Primera Instancia como de Audiencias Provinciales, tras constatar que la cláusula suelo constituía una condición general de la contratación, resolvían la cuestión atendiendo a si la concreta cláusula suelo examinada resultaba desproporcionada. Primaba, en consecuencia, el control de contenido sobre los controles de inclusión y de transparencia.

En la mayoría de las ocasiones, tal desproporción se estudiaba en relación a la cláusula techo, llegándose a la conclusión de que si la cláusula techo imponía un techo elevado, la situación estaba desequilibrada porque en un escenario económico normal (y aun en escenarios inflacionistas), no era previsible que una cláusula techo con un elevado tipo de interés pudiera resultar aplicable y, en consecuencia, beneficiar al consumidor. Tampoco faltan sentencias en las que la desproporción se valoraba, no en comparación con el límite máximo fijado por la cláusula techo, sino en atención a un análisis conjunto de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato de préstamo hipotecario, del que podría resultar, bien que la cláusula suelo favorable a la entidad financiera pudiera compensarse con otras condiciones que resultaran más beneficiosas para el consumidor; o bien que la cláusula suelo no tuviera un ‘contrapeso’ efectivo en forma de cláusula que resultara beneficiosa para los intereses del consumidor:

La STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), sin embargo, centra la cuestión en los controles de inclusión y de transparencia. Y es que, entiende el Tribunal Supremo que no cabe someter las cláusulas suelo a un control material, por así impedirlo el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, que prohíbe realizar un control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato (y el precio lo es).

El comentario que se va a desarrollar a continuación es un extracto del trabajo que tiene por título “Cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. Especial referencia a las denominadas ‘cláusulas suelo’”, que puede consultarse en el número 157 de la Revista CEFLegal, correspondiente a febrero de 2014.

II. LA CLÁUSULA SUELO COMO CONFIGURADORA DEL PRECIO DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.

Un argumento (utilizado por las entidades de crédito y acogido por el Tribunal Supremo en la sentencia) que no se puede dejar de tratar en esta sede es el relativo a que la cláusula suelo constituye un elemento esencial del precio del contrato de préstamo hipotecario, de forma que se excluye del control de abusividad, conforme a lo dispuesto en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

I. La imposibilidad de control, como línea de principio, del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato.

El art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE establece que “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. Sobre la base de este precepto, las entidades de crédito han argumentado que la cláusula suelo, al configurar el precio del contrato (entendido como objeto principal del préstamo hipotecario), no puede estar sometida a ningún control jurisdiccional sobre su abusividad.

La cuestión de si la cláusula suelo define el precio del contrato no es pacífica en la doctrina. Así, algunos autores diferencian entre cláusulas “principales”, que definen directamente el objeto principal del contrato, y cláusulas “accesorias”, siendo, desde esta perspectiva, la cláusula suelo una cláusula accesoria, pues no regula directamente el precio pactado, y hasta podría darse el caso de que no llegara a entrar en juego. En cambio, otros autores apuestan por entender como cláusulas definitorias del precio del contrato todas aquellas que eventualmente pudieran afectarle, de forma que, por muy improbable y remota que fuera su virtualidad, la cláusula suelo debería considerarse excluida del control de abusividad.

A pesar del tenor del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, la jurisprudencia menor, en general, venía entendiendo que la cláusula suelo no constituye un elemento esencial del precio del contrato, sino que es meramente accesoria al mismo, admitiendo, por tanto, el control material sobre su posible carácter abusivo [v. en este sentido, entre otras, las SSAP Cáceres núm. 236/2012, de 24 de abril (JUR 2012, 154622); núm. 281/2012, de 23 de mayo (AC 2012, 491); núm. 359/2012, de

10 de julio (AC 2012, 1375); núm. 373/2012, de 18 de julio (AC 2012, 1460); núm. 431/2012, de 5 de octubre (AC 2012, 1971); núm. 484/2012, de 19 de noviembre (AC 2013, 44); núm. 536/2012, de 14 de diciembre (AC 2013, 83); y núm. 544/2012, de 19 de diciembre (JUR 2013, 33577)]; ello, sin perjuicio de la existencia de algún fallo en sentido contrario [SAP Sevilla núm. recurso 1604/2011, de 7 de octubre de 2011 (AC 2011, 1569)].

2. El limitado control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, existen pronunciamientos, tanto del TJUE como del propio Tribunal Supremo acogiendo la doctrina de aquél, que han confirmado la posibilidad de un control jurisdiccional material del eventual carácter abusivo de cláusulas que se refieran al precio del contrato, canalizado a través del art. 8 de la Directiva 93/13/CEE, que permite a los Estados miembros “adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”.

Así, la STJUE (Sala Primera) de 3 de junio de 2010, asunto c-484/08 (TJCE 2010, 162), resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, relativa a si el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE impide a un Estado miembro establecer en su ordenamiento, y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran a ‘la definición del objeto principal del contrato’ o ‘a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra’, aunque estén redactadas de manera clara y comprensible.

El TJUE afirmó que “el artículo 8 de la Directiva establece formalmente que los Estados puedan «adoptar o mantener en el ámbito regulado por la [...] Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección»”, de forma que “las cláusulas contempladas en dicho artículo 4, apartado 2, que están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva, sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible”.

Haciéndose eco de la doctrina emanada de la STJUE, el Tribunal Supremo, en las SSTs núm. 663/2010, de 4 de noviembre (RJ 2010, 8021), y núm. 861/2010, de 29 de diciembre (RJ 2011, 148), declaró que el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE “no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del

objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida”.

En fin, no puede dejar de mencionarse el art. 32 de la Directiva 2011/83/UE, que añade a la Directiva 93/13/CEE el art. 8 bis, cuyo primer apartado dispone que “Cuando un Estado miembro adopte disposiciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, informará de ello a la Comisión, así como de todo cambio ulterior; en particular si dichas disposiciones [...] hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración [...]”.

3. La solución ofrecida en la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo.

El Tribunal Supremo, en la sentencia aquí comentada, entiende que “las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato”. Por tanto, quedan, en principio, excluidas del control de abusividad.

Matiza a continuación el Supremo que no se trata de una prohibición de control radical, sino que cabe la posibilidad de que, con arreglo al art. 8 de la Directiva 93/13/CEE, los Estados miembros adopten disposiciones que garanticen al consumidor un mayor nivel de protección; particularmente, una normativa nacional que autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato. Algo que en España no ha sucedido hasta la fecha y que, por consiguiente, excluye de momento del control de contenido a las cláusulas suelo, lo que, sin embargo, “no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia [incorporación y transparencia en sentido estricto]”.

III. DEL DENOMINADO “CONTROL DE CONTENIDO” HACIA EL “CONTROL DE TRANSPARENCIA”.

Como decía, el criterio seguido por el Tribunal Supremo desplaza la tradicional resolución del problema (seguida por la jurisprudencia menor) del control material (o de contenido), hacia el control de transparencia de la cláusula suelo.

La búsqueda de la transparencia se manifiesta también en el art. 6.1, en relación con el 6.2.a), de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, según el cual, en los contratos que incluyan cláusulas suelo o techo, “se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita [...] por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato”.

La consecuencia inmediata de hacer girar el problema de la validez de las cláusulas suelo sobre el análisis de su transparencia, y no de contenido, es la de entender que aquéllas serán válidas cuando sean transparentes, aun en los casos en que puedan ser abusivas por suponer un desequilibrio en el reparto de los riesgos del contrato. Así parece admitirlo el Supremo cuando dice que “Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos”.

Es cierto que si concurre transparencia, entendida ésta en el sentido de que la cláusula es perfectamente comprensible y asumible por el consumidor, estará éste legitimado para decidir si acepta el producto financiero ofrecido por la entidad de crédito o si, por el contrario, decide decantarse por uno de la competencia.

No obstante, que exista transparencia no implica, *per se*, que la cláusula suelo no pueda ser abusiva. En mi opinión, el criterio de la transparencia tiene un riesgo muy evidente. Y es que el hecho de que el consumidor comprenda (o esté en disposición de comprender) el alcance de sus obligaciones contractuales y el reparto real de los riesgos del contrato podría conllevar la admisión de la legitimidad de cualquier cláusula suelo. De admitirse esto, se llegaría al sinsentido de que pudiera admitirse la validez de una cláusula suelo que fuera transparente, pero que impusiera mayores cargas contractuales al consumidor.

Tampoco parece razonable el argumento de que el consumidor puede elegir otro producto financiero de la competencia, desde el momento en que la mayoría de compañías ofrecen productos prácticamente idénticos, de forma que al consumidor no le queda más remedio, si quiere disponer del préstamo para adquirir su vivienda, que aceptar el contrato de préstamo hipotecario ofrecido por cualquiera de ellas, aun a riesgo de que pueda contener una cláusula suelo abusiva.

Por tanto, si el control de las cláusulas suelo se fundamenta en el criterio de la transparencia, se está haciendo un flaco favor al consumidor, que puede verse abocado a aceptar contratos de préstamo hipotecario que incluyan cláusulas suelo muy clara y comprensiblemente redactadas, pero muy perjudiciales para sus intereses.

IV. LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE SATISFECHAS.

En fin, merece un breve comentario también la cuestión de la devolución de las cantidades ya satisfechas. Y es que el Tribunal Supremo considera que, pese a declarar la nulidad de las cláusulas suelo, ello no comporta la eficacia retroactiva de la sentencia, en el sentido de tener que reintegrar los bancos las cantidades ya cobradas como consecuencia de las cláusulas suelo.

Así, el Tribunal Supremo, toda vez reconocer la importancia que en nuestro sistema tiene el art. 1303 CC, que exige “destruir sus consecuencias y borrar sus huellas [de los contratos] como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos”, matiza a continuación que los efectos de dicha regla, “no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)-, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones”.

Concluye el Supremo su razonamiento señalando que “Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico”.

A mi juicio, no tiene sentido declarar la nulidad de la cláusula suelo y, al mismo tiempo, no declarar la nulidad de sus efectos, que es, en definitiva, lo que supone la no devolución de las cantidades ya satisfechas. Si por algo se caracteriza la institución de la nulidad es por su eficacia *ex tunc*, de modo que, conforme al art. 1303 CC, debieran restituirse las prestaciones ya ejecutadas. Lo contrario sería tanto como aceptar una vinculación parcial del consumidor a la cláusula suelo.

Probablemente, la decisión del Tribunal Supremo, aunque reprochable desde un punto de vista estrictamente jurídico (aparte de resultar totalmente injusta para los consumidores), atiende a la dificultad que supondría para las entidades bancarias tener que devolver las elevadas cantidades que están percibiendo en estos momentos como consecuencia de la aplicación de las cláusulas suelo; cantidades que, en muchos casos, habrán sido objeto de nuevos contratos de préstamo o crédito y que, por consiguiente, seguramente no estén a disposición de aquéllas.

Además de lo anterior, explica la irretroactividad de los efectos de la sentencia la propia idiosincrasia del proceso, en el que se ejercitó una acción colectiva de cesación y declaración de nulidad de las cláusulas suelo, con la correlativa eliminación de las mismas y la prohibición de uso futuro. Sin embargo, no se ejercitó una acción de condena a la restitución de las cantidades indebidamente abonadas.

En fin, la práctica posterior a la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), ha puesto de manifiesto que la irretroactividad de los efectos de la eliminación de la cláusula suelo es una cuestión que no está en absoluto clara, de forma que unas sentencias han optado por seguir la doctrina del Tribunal Supremo y otras, en cambio, han ordenado la devolución de las cantidades cobradas en virtud de la cláusula suelo, con base en el art. 1303 CC y en el hecho de que, al ser pretensiones individuales (y no colectivas), no se pone en riesgo la seguridad jurídica ni el orden público económico.



CONSIDERACIONES EN TORNO AL “CONOCIMIENTO
EFECTIVO” DEL TITULAR DE LA PÁGINA WEB EN EL
ÁMBITO DE LOS GRANDES FOROS DE INTERNET.
COMENTARIO A LA STS 68/2014, DE 7 ENERO (ROJ 68/2014)

CONSIDERATIONS AROUND THE “ACTUAL
KNOWLEDGE” OF THE WEBSITE OWNER IN THE INTERNET
FORUMS CONTEXT. COMMENT ON STS NO. 68/2014, OF 8
JANUARY (ROJ 68/2014)

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 536-547



Luis DE LAS HERAS VIVES

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de marzo de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 20 de marzo de 2014

RESUMEN: Existe “conocimiento efectivo” en atención a dos razones; en primer lugar, porque si bien no podía filtrar a priori la información que a través de sus foros de internet se incorporaba, contaba en su página web con sistemas de control, detección o moderación de su contenido, y, en segundo lugar, se trataba de una intromisión notoria en el derecho al honor. Además, la entidad demandada no actuó con diligencia para retirar los datos o impedir el acceso a ellos.

PALABRAS CLAVE: Honor, foro (Internet), conocimiento efectivo, responsabilidad del administrador del Foro.

ABSTRACT: The “actual knowledge” exists according to the following two reasons. First, although a priori the Administrator could not filter the posts, the website had a tool to detect and moderate the content of posts. Second, the comment was so deeply defamatory that the plaintiff honor was clearly injured. Moreover, the Administrators were not diligent in the data deleting or blocking the access to them.

KEY WORDS: Honor, forum (Internet), actual knowledge, forum administrator’s responsibility.

SUMARIO: I. Aproximación al fenómeno de los foros de internet.- II. Consideraciones críticas en torno a la expresión “conocimiento efectivo” por los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos: la necesidad de certeza efectiva.- III. “Conocimiento efectivo” a partir de la existencia de una resolución dictada por el órgano competente en la que se declare la ilicitud de los datos.- IV. La petición de retirada dirigida al prestador del servicio de alojamiento o almacenamiento de datos como criterio eficaz para la determinación de conocimiento efectivo.

SUPUESTO DE HECHO

El litigio tiene su origen en los comentarios realizados por terceros en los diferentes foros de la página web “www.meristation.com” de la que es titular Meristation Magazine S.L.

En dichos comentarios, que portaban por título “Críticas a la forma de trabajar de Aiguamolls” y “Aiguamolls también me quiere estafar”, se arremete contra el negocio informático “Aiguamolls Electro-Infomática”, propiedad de Don Evelio, acusándolo de timador.

La persona aludida en los comentarios publicados en el foro interpuso una demanda de protección de su derecho al honor, por entender que las expresiones vertidas lesionan su dignidad, menoscaban su fama y atentan contra su propia estima, en la que se solicitaba:

En primer lugar, el cese inmediato y definitivo en la intromisión ilegítima, eliminando de su página web los hilos “Críticas a la forma de trabajar de Aiguamolls” y “Aiguamolls también me quiere estafar”.

En segundo lugar, la prohibición de alojar en su sitio web <http://foros.meristation.com>, o cualquier otro que pueda poseer actualmente o en un futuro, cualquier tipo de escrito que contenga manifestaciones vejatorias contra su persona.

En tercer lugar, la indemnización en la cuantía de treinta mil euros por daños morales.

• Luis de las Heras Vives

Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia. Consultor jurídico externo en diferentes despachos profesionales ubicados en Barcelona y Valencia. Researcher en la escuela de negocios IESE Business School. Académico de Número de la Muy Ilustre Academia de Ciencias y Humanidades. Anteriormente fue becario en el Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universidad de Valencia. Además ha colaborado en diferentes publicaciones y libros sobre Derecho y ética empresarial, e impartido conferencias tanto a nivel nacional como internacional.

En cuarto lugar, la inserción a costa de la demandada, y en sitio visible de su página principal, el contenido de la Sentencia en la web "http://foros.meristation.com" durante el plazo de tres meses. Y, por último, el pago de las costas del juicio.

La demanda, interpuesta contra Meristation, fue estimada íntegramente en primera instancia, pues las expresiones vertidas en la página web excedían de la mera crítica a la actividad empresarial o de la puesta en conocimiento de los demás de algún problema o desavenencia habida con algún cliente.

La condena fue mantenida, aunque modulada (El Tribunal de Apelación entendió más proporcionada a las circunstancias del caso una condena al pago de la suma de doce mil euros, inferior a los treinta mil euros fijados en primera instancia), en apelación por la AP Barcelona, que fundó su decisión en atención a los dos siguientes argumentos.

El primero de ellos era que la instalación de los foros en las páginas web exige extremar el deber de control sobre los contenidos para evitar actos claramente delictivos o atentatorios al honor, intimidad o dignidad de las personas. De hecho, la Sentencia afirma que no hubo intervención alguna por parte de los moderadores, ni siquiera del administrador, para controlar los "trolleos" de los usuarios del foro.

El segundo era que la demandada pudo razonablemente conocer el tono de las conversaciones de los usuarios, no solo por el largo periodo en que las mismas se produjeron, sino por el consistente número de respuestas obtenidas, siendo palmario que pudo y debió conocer el alcance de la agresión al demandante.

La parte demandada interpuso recurso de casación, por infracción de los arts. 18 y 20 CE y 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, en relación con los arts. 14 y 15 de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

1º) El TS procede, en primer lugar, a tratar del tema de la ponderación entre el derecho al honor y la libertad de información y expresión.

Dice, así, que dados los términos del motivo, hemos de recordar que el art. 20, apartado 1, letras a) y d), en relación con el apartado 2 del art. 53, ambos de la Constitución Española, reconoce como derecho fundamental, especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión; así como

que el art. 18, apartado 1, CE reconoce, con igual grado de protección, el derecho al honor:

La libertad de expresión, reconocida en el art. 20 de la CE, tiene un campo de acción más amplio que la de información - SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio -, porque no comprende, como ésta, la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo.

El derecho al honor protege, frente a atentados, la reputación personal, entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos - STC 14/2003, de 28 de enero -, e impide la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella - STC 216/2006, de 3 de julio -.

El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. La limitación del derecho al honor por la libertad de expresión o de información, tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso - SSTs 13 enero 1999, 29 julio 2005, 21 julio 2008, RC n.º 3633/2001, 2 septiembre 2004, RC n.º 3875/2000, 12 noviembre 2008, RC n.º 841/2005, 19 septiembre 2008, RC n.º 2582/2002, 5 febrero 2009, RC n.º 129/2005, 19 febrero 2009, RC n.º 2625/2003, 6 julio 2009, RC n.º 906/2006, 6 noviembre 2009, RC n.º 1261/2006, 8 noviembre 2010, RC n.º 845/2008, entre otras -.

La ponderación debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor, por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático - STS 11 marzo 2009, RC n.º 1457/2006 -.

Se debe tener en cuenta que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige -SSTC 6/2000, de 17 de enero, 49/2001, de 26 de febrero, y 204/2001, de 15 de octubre -, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática - SSTEDH 23 abril 1992, *Castells c. España*, § 42, y 29 febrero 2000, *Fuentes Bobo c. España*, § 43 -.

En el caso enjuiciado, el TS se inclina por hacer prevalecer el derecho al honor sobre la libertad de información, pues se trata de una intromisión ilícita por contener las opiniones y juicios de valor alojados en los foros abiertos en la página web de

la demandada graves insultos dirigidos al demandante y a su negocio, considerados, además, innecesarios para exteriorizar una crítica por muy rigurosa que se quiera y, por tal, instrumentos de una inadmisibile extralimitación. Concretamente, el comentario decía lo siguiente: "esos hijos de puta no pueden quedar impunes [...] menudo sinvergüenza y desgraciado, a este timador le metan un paquete que se cague, [...] hay que acabar con esta gentuza, estafadores, ladrón, atracador, chorizo, me pongo en la piel de la víctima y hubiere ido directamente a la tienda a matar a hostias al Evelio ese, tenían que [...] hacerle la cirugía facial a golpes entre todos, yo me iría a Sant Cugat y le empotraba a ese cerdo el ordenador en la cabeza, [...] haber si le dan por el culo al tal Evelio y le meten un puro que le salga por los ojos, queremos pan, queremos vino, queremos al Evelio colgao de un pino».

2º) En segundo lugar, se aborda la cuestión de la responsabilidad del titular del dominio de la página web derivada del alojamiento o almacenamiento de los comentarios que en ésta han vertido terceras personas.

Se recuerda que la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico, al incorporar al Ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/31/CE, dispone en el apartado 2º del art. 12, que para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, "se estará a lo establecido en los artículos siguientes" entre ellos el artículo 16 que, en relación con los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, dispone que los mismos "[...] no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que;

a) no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización,

b) o si es que lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse".

Sobre este extremo, el TS no hace sino confirmar las razones expuesta por la AP. Meristation Magazine S.L., tuvo tal conocimiento efectivo por las siguientes razones:

Porque quedó probado que, si bien no podía filtrar a priori la información que a través de sus foros de internet se incorporaba, contaba en su página web con sistemas de control, detección o moderación de su contenido, así como que, en el caso de autos, no funcionaron o no se activaron correctamente, pues no se ha cuestionado que las opiniones y manifestaciones de los usuarios atentaban claramente contra el honor del demandante y que el foro en cuestión estaba siendo víctima de un ataque “troll”, de manera que debió reaccionar frente al mismo y prohibir el acceso a la página, así mediante una expulsión de usuario, etc., nada de lo cual hizo, pese a ser conocedora de la información difundida a través de los foros, como declaró en el acto de la vista su representante y así lo recogió la sentencia de primera instancia, que resultó confirmada en este aspecto por la ahora recurrida.

Además la entidad demandada tenía medios para identificar y localizar al autor de las opiniones adoptando las medidas pertinentes al respecto.

No obsta a lo anterior el que no haya precedido ninguna resolución judicial que declarase la ilicitud del contenido de las manifestaciones, pues es claro que, en el actual mundo de las telecomunicaciones, caracterizado por la facilidad y rapidez de difusión de los datos, remitir al perjudicado a la previa obtención de una declaración formal de ilicitud, cuando la intromisión en el derecho fundamental al honor es tan notoria como en el caso que nos ocupa.

Además de lo expuesto, tampoco consta que la entidad demandada actuase con diligencia para retirar los datos o impedir el acceso a ellos, aunque no hubiera recibido el cuestionado burofax, pues, al menos, desde que fue emplazada tuvo conocimiento de todo, pese a lo cual consta acreditado documentalmente que, a fecha dos de octubre de dos mil siete, aún se encontraba tales comentarios en la página de la demandada.

Esa conclusión es conforme con la doctrina expuesta y lleva a calificar como correctamente negada la diligencia de la demandada en el cumplimiento de la carga prevista en la letra b) del repetido art. 16 de la Ley 34/2002.

I. APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LOS FOROS DE INTERNET

Si tuviéramos que ofrecer una definición del término “foro online”, podríamos decir que se trata de un lugar en línea donde las personas pueden mantener conversaciones a través del envío de mensajes.

La principal virtud de los foros de internet, sin perjuicio de la existencia de un requisito previo de registro como usuario, es que la publicación de los mensajes es instantánea con el objetivo de generar un debate fluido, sin que los administradores o moderadores puedan decidir lo que se publica o no. Ahora bien, ello no impide,

por supuesto, que a posteriori bien el Administrador (*normalmente el propietario*) bien los Moderadores (*usuarios, en ocasiones empleados, a los que se les ha concedido privilegios con el objetivo de moderar el debate y evitar el spam*), puedan eliminar los mensajes con contenido inapropiado.

El gran reto al que se enfrentan los grandes foros (como puede ser el citado en la sentencia comentada) es la enorme cantidad de usuarios registrados y el ingente número de mensajes que se publican. Así, por ejemplo, el foro llamado "Forocoche", a fecha 3 de marzo de 2014, contaba con un total de 611.492 usuarios, lo que significa más usuarios que, por ejemplo, habitantes la provincia de Castellón, y más de ciento cincuenta millones de *posts*, lo que significa una media de treinta y cinco mil *posts* al día. De hecho, no es baladí el poder e impacto social que llegan a tener este tipo de plataformas. En este sentido, el citado foro fue capaz de, gracias al consorcio de más de trescientos mil usuarios, catapultar a John Cobra hasta la final del proceso de selección de artistas para representar a España en Eurovisión aun tratándose de una persona grosera y sin ningún tipo de perfección musical, o, incluso, situar a la presentadora Curri Valenzuela como la presentadora de informativos más sexy del panorama nacional en la encuesta elaborada por la revista FHM.

En este contexto en que se producen los comentarios, habrá que tener presente que el significado de los mensaje no ha de depender única y exclusivamente de su estructura gramatical y sintáctica, sino que es necesario analizar las circunstancias en que se produce, concretamente hemos de atender al contexto en que se realiza y a las circunstancias extrínsecas.

Pero la cuestión que nos interesa al objeto del presente comentario, sin perjuicio de la importancia de la cuestión introducida en el párrafo anterior, es la responsabilidad del titular del dominio de la página web derivada del alojamiento o almacenamiento de los comentarios que en ésta han vertido terceras personas.

II. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA EXPRESIÓN "CONOCIMIENTO EFECTIVO" POR LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE ALOJAMIENTO O ALMACENAMIENTO DE DATOS: LA NECESIDAD DE CERTEZA EFECTIVA

Cuando no existe controversia entre las partes en torno al contenido y el carácter ofensivo y difamatorio de los *post*, el principal problema radica en determinar la eventual responsabilidad en relación con los contenidos alojados por terceras personas.

De conformidad con el art. 16 de la Ley 34/2002, los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, están exentos de responsabilidad siempre que: no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles

de indemnización, o si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Por tanto, el primer aspecto a tener en cuenta es el significado de “conocimiento efectivo”.

Como recoge Chaparro Matamoros, P. “La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información en los supuestos de vulneración del derecho al honor en Internet”. *CEF Legal* (2013). 154, 79, “la jurisprudencia ha deducido la existencia del ‘conocimiento efectivo’ del hecho de ser el creador y/o administrador del espacio, lo que presupone, en principio, un cierto control sobre los contenidos, y ello, con independencia de si, en el caso concreto, se tuvo realmente o no ‘conocimiento efectivo’ de los contenidos ilícitos”.

En este sentido, la STS 26 febrero 2013 (ROJ 1441/2013), consideró que “la entidad demandada, como titular de la página web y creadora del foro de debate abierto, debió extremar las precauciones y ejercer un mayor control sobre las opiniones y comentarios alojados, cuyas connotaciones despectivas y peyorativas para el demandante no podían pasarle inadvertidas”.

Sin embargo, el art. 16 de la Ley 34/2002, habla de “conocimiento efectivo”, expresión que, si nos abstenemos de interpretaciones y atendemos al significado exacto de la expresión, significa certeza efectiva, y no meras sospechas, pues conocer exige averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales.

Porque como dice la SAP Lugo 9 julio (ROJ 611/2009), “No puede pues sembrarse el confucionismo, los contenidos que se envían por correo electrónico a una página web, necesitan la intervención de los administradores para en primer lugar, aceptarlas, abrirlas y si así lo deciden publicar (lo que implica un tiempo de retraso).

Por el contrario, en el foro creado, de manera inmediata y sin tamiz previo, la publicación es instantánea para generar un debate fluido, sin que los administradores puedan decidir lo que se publica o no. En dicho sentido sólo estando 24 horas podrían controlarse las opiniones vertidas, y a través del ‘word censor’ que funciona como corrector ortográfico de Microsoft Word, se puede sustituir palabras inapropiadas, y en todo caso los contenidos solo pueden ser modificados ‘a posteriori’, es decir una vez publicados”.

III. "CONOCIMIENTO EFECTIVO" A PARTIR DE LA EXISTENCIA DE UNA RESOLUCIÓN DICTADA POR EL ÓRGANO COMPETENTE EN LA QUE SE DECLARE LA ILICITUD DE LOS DATOS.

El art. 16.1 in fine de la Ley 34/2002, dispone que "se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse."

El principal debate ha girado en torno a la expresión: "cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución", es decir, acerca de las diversas posibilidades de obtención del "conocimiento efectivo" de la ilicitud de los contenidos almacenados.

Una primera interpretación más restrictiva es la que sostiene que no existe "conocimiento efectivo" hasta que el prestador del servicio haya tenido conocimiento de la correspondiente resolución judicial en se declara la ilicitud de los datos ordenando su retirada o la existencia de lesión. En este sentido SAP Madrid 19 febrero 2010 (ROJ 1638/2010), afirma que "no puede entenderse que la entidad demandada tuviera conocimiento efectivo de la existencia de una resolución de un órgano competente que hubiera declarado la existencia de la lesión, toda vez que en tales comunicaciones se alude a la existencia de un procedimiento judicial en marcha [...] y a que se ha dictado una resolución judicial en la que se declara que la información de PR Noticias es falsa, pero sin que conste ni se haya acreditado por la parte actora que remitiera en ningún momento copia de dicha resolución a la parte demandada, puesto que ese sería el momento determinante de la existencia del conocimiento efectivo por parte del prestador del servicio, y el momento a partir de que debe entenderse que surge en la obligación de actuar con diligencia a fin de suprimir los enlaces, en la medida que la entidad demandada, como se recoge en la sentencia apelada no es el autor de la noticia, pues se limita a través de su buscador a permitir el acceso a dichas páginas en las que aparecen esos contenidos que son intromisiones ilegítimas en el honor del ahora apelante".

La segunda interpretación, por su parte, entiende que puede existir un conocimiento efectivo por cualquier medio que, efectivamente, ponga de manifiesto la existencia de unos hechos lesivos para el honor. Precisamente, esta segunda interpretación fue la que adoptó la STS 9 diciembre 2009 (ROJ 7684/2009), pues,

a juicio del tribunal, la primera interpretación no es conforme a la Directiva – cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios – una interpretación del apartado 1 del art. 16 de la Ley 34/2002 como la propuesta por la recurrente, ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del “conocimiento efectivo” de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo. Además de que el propio art. 16 permite esa interpretación favorable a la Directiva – al dejar a salvo la posibilidad de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse –, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al conocimiento efectivo a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate.

IV. LA PETICIÓN DE RETIRADA DIRIGIDA AL PRESTADOR DEL SERVICIO DE ALOJAMIENTO O ALMACENAMIENTO DE DATOS COMO CRITERIO EFICAZ PARA LA DETERMINACIÓN DE CONOCIMIENTO EFECTIVO.

Como hace notar Chaparro Matamoros, P. “La responsabilidad de los prestadores”, cit., 82, “otro de los medios, no contemplados expresamente en el art. 16 de la LSSICE, por el que se puede obtener ‘conocimiento efectivo’ de los contenidos ilícitos es la petición de retirada o modificación de estos efectuada al prestador del servicio de alojamiento de datos [...]. Evidentemente, el prestador del servicio no podrá alegar que no tuvo conocimiento de los contenidos ilícitos si previamente había sido requerido para que retirara aquellos”.

Ahora bien, lo que no es admisible son las peticiones de carácter general dirigidas al administrador de la web en las que se expresa que en el foro hay comentarios que atentan contra el propio honor; pues lo único que se consigue así es resaltar la existencia de una serie de comentarios que no son del agrado de uno, pero que, en ningún caso, aseguran que el administrador vaya a tener un “conocimiento efectivo”.

En este sentido se expresa la SAP Madrid 8 noviembre 2010 (ROJ 16670/2010), que afirma que no puede decirse que tuviera un conocimiento preciso acerca cuáles eran los comentarios que, al entender del aludido en los mismos, vulneraban su derecho al honor; por no precisarse estos en la comunicación remitida, que lo fue como ya hemos dicho con carácter general y evidentemente por tal motivo no atendible, así pues, concluye diciendo que “ninguna responsabilidad a tenor del precepto que venimos examinando se puede exigir a quien, como ocurre en esta litis, se le hace un requerimiento de tintes tan amplios como el practicado en nombre del reclamante y procede a dar cumplimiento a lo solicitado desde su particular visión, por lo que el motivo, como ya dijimos, no puede prosperar”.

Pero no sólo deberá expresarse con claridad y precisión que comentarios son los difamatorios, sino que la lesión al derecho al honor del reclamante ha de ser evidente. En este sentido se expresa la STS 4 de marzo 2013 (ROJ 2245/2013), cuando afirma que "de los hechos acreditados no puede inferirse de forma lógica, al alcance de cualquiera, que la información era falsa ni tampoco que se revelara de su contenido su carácter ilícito. La circunstancia de que la persona que se consideraba ofendida se hubiera dirigido a la empresa para la retirada de la información por considerarla ilícita no es suficiente para que se produzca esta conducta, cuando, como aquí ocurre, la información por sí misma tampoco revelaba de manera notoria su carácter ilícito".

En este mismo sentido, la STS 7 enero 2014 (ROJ 68/2014), afirma que "no obsta a lo anterior el que no haya procedido ninguna resolución judicial que declarase la ilicitud del contenido de las manifestaciones, pues es claro que, en el actual mundo de las telecomunicaciones, caracterizado por la facilidad y rapidez de difusión de datos, remitir al perjudicado a la previa obtención de una declaración formal de ilicitud, cuando la intromisión en el derecho fundamental al honor es tan notoria como en el caso que nos ocupa".

COMENTARIOS
LEGALES



UNA REFLEXIÓN (SUSTANTIVA) SOBRE LA RECIENTE
“LEY DE LA EMPRESA PÚBLICA”

A REFLECTION (SUBSTATIVE) ON THE RECENT LAW OF
THE PUBLIC COMPANY

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 550-565

Ángel M.
GARCÍA y
Vilma M.
PAREDES

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de marzo de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 20 de marzo de 2014

RESUMEN: La Ley n° 466, de 26 de diciembre de 2013, “Ley de la Empresa Pública”, establece las condiciones en las que debe desenvolverse la empresa pública, en ésta se han incorporado nuevos tipos sociales al Código de Comercio, con procedimientos propios para su constitución y registro, en los cuales se identifican algunas contradicciones y aspectos jurídicos que no son claros, por lo que se hace necesario puntualizarlos con miras a tratar de aclararlos y de alguna forma hacer notar que se podría vulnerar la seguridad jurídica.

PALABRAS CLAVE: Empresa pública, tipo de empresa, proceso de constitución, inscripción en el Registro de Comercio.

ABSTRACT: The Law N°466, December 26th 2013, “Government Company’s Law” establishes the conditions in which the Government Companies should be managed and do their business. The mentioned Law had been incorporated to The Code of Commerce, new types of Companies, including their particularly procedure to set up and register the company at the Companies Registration Office. It has been identified that there are some contradictions in the procedures and there are legal aspects that are not clear. Because of this, is it necessary to identify them in order to get them cleared up and in some way point out that legal security could be infringe.

KEY WORDS: Public company, type of company, proces of establishing, registration in the Register of Commerce.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Principales aspectos conceptuales de la LEP.- III. El procedimiento de constitución de una empresa pública.- I. El Proyecto Ministerial.- 2 Proyecto de Decreto Supremo.- IV. La inscripción de la empresa pública en el Registro de Comercio.- I. Cuestiones generales.- 2. La inscripción de la empresa pública en el Registro de Comercio.

I. INTRODUCCIÓN.

Recientemente se ha publicado en la Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, la Ley n° 466, de 26 de diciembre de 2013, "Ley de la Empresa Pública" [en adelante LEP], norma que, por un lado y en la perspectiva más amplia –política-, trata de adecuar el régimen de las empresas públicas del nivel central del Estado, a los pronunciamientos recogidos en la Constitución Política del Estado del 2009; de otro, supone en alguna medida una reordenación de la normativa existente hasta el momento, afectando incluso al CP, art. 228 ter, y también al CdC, art. 126, reubicando normativa y organizativamente hablando, a las diversas empresas de titularidad pública por medio de la creación del denominado "Consejo Superior Estratégico de las Empresas Públicas" (COSEEP).

En las líneas que siguen se trata de efectuar un comentario general acerca de los aspectos de orden sustantivo que recoge la norma en cuestión, sin entrar en otro tipo de consideraciones jurídico-políticas, que en modo alguno corresponden abordar en un análisis como el que se pretende. En esta línea de planteamiento, el objetivo es poner de manifiesto al lector interesado los principales aspectos conceptuales que rodean a la empresa pública en Bolivia, así como también el papel llamado a desarrollar por instituciones clásicas del tráfico jurídico mercantil, significativamente el del Registro de Comercio que, como es conocido, presenta la relevante peculiaridad de venir gestionado desde hace algunos años por FUNDEMPRESA¹, como entidad sin ánimo de lucro y en régimen de concesión administrativa.

¹ Fundación para el Desarrollo de la empresa, Concesionaria del Servicio Nacional de Registro de Comercio – SENAREC, mediante D.S. 26335 de 29 de septiembre de 2001.

• **Ángel Marina García-Tuñón**

Es Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid, profesor titular de la misma universidad desde 1987, participa en forma continua en diferentes proyectos de investigación, escribe en forma constante artículos referidos a derecho mercantil. Ha tenido estancias en universidades de Inglaterra, Italia y Francia. Participa en Congresos nacionales e internacionales. En la actualidad participa como profesor invitado en el Postgrado de la U.A.G.R.M.

• **Vilma Margarita Paredes Villalba**

Es docente (Titular "A") en la Carrera de Derecho de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno. Es graduada de esta superior casa de estudios, Master en Asesoramiento Jurídico de Empresas y doctorando de la Universidad de Valladolid. Coordinadora del Master de Derecho Empresarial y de los Negocios Internacionales en el Postgrado de Derecho de la U.A.G.R.M. que se desarrolla en su segunda versión.

El esquema que se propone para el comentario que sigue, parte de una primera referencia a los aludidos aspectos conceptuales que la LEP establece, para a renglón seguido incidir en algunas de las problemáticas que a buen seguro la aplicación de la norma va a suscitar; cerrará el sumario una reflexión final.

La LEP aprobada por la Asamblea Legislativa Plurinacional se estructura en sesenta y siete artículos, doce disposiciones adicionales, once transitorias trece finales, una disposición abrogatoria y derogatoria y un anexo que incorpora un glosario de términos con sus respectivas definiciones. Si alguna reflexión de partida cabe establecer, esa debe hacer alusión al carácter reglamentista, de excesivo detalle que presenta, lo que no obsta para tener expresamente previsto su desarrollo reglamentario, tal como dispone la disposición adicional décimo segunda; sobre todo ello se volverá más adelante.

II. PRINCIPALES ASPECTOS CONCEPTUALES DE LA LEP.

El artículo primero de la LEP viene a concretar su objeto, que se desdobra en las dos referencias ya mencionadas con anterioridad, de un lado, estableciendo el régimen de las empresas públicas del nivel central del Estado, que comprende a diferentes categorías o subtipos, a saber; empresas estatales, empresas estatales mixtas, empresas mixtas y empresas estatales intergubernamentales; dos observaciones al respecto, de un lado, que la LEP no recoge la totalidad del régimen regulador de las empresas públicas, ya que en el propio texto se alude precisamente a la complementariedad que tienen otras disposiciones, en particular y por lo que en este comentario interesa, el propio CdC, expresamente citado por la disposición adicional cuarta; de otro lado, que la LEP incorpora también disposiciones aplicables a otras formas de organización empresarial, caso de las “empresas grannacionales”², del art. 9 y de la “corporación”³, en este caso en los art. 10, del 16 al 23, y de las Sociedades de Economía Mixta, SAM del CdC.

La segunda de las referencias se centra en el Consejo Superior Estratégico de las Empresas Públicas, COSEEP, a modo de órgano o instancia directora de las políticas y estrategias de los entes regulados por la LEP.

Al margen de las puntualizaciones que más adelante se indicarán, las diversas categorías o subespecies de empresas públicas reglamentadas presentan, como lógicamente cabría presumir, el denominador común de que su capital social es de titularidad estatal y en razón a que se alcancen unos u otros porcentajes, la

- 2 Como modalidades a ubicar en las citadas categorías de empresa estatal mixta y de empresa mixta, además de venir restringidas a empresas públicas de países miembros de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América –Tratado de Comercio de los Pueblos ALBA-TCP-; restricción ésta cuyo encaje constitucional podría ser puesto en duda.
- 3 Forma de organización empresarial que agrupa a varias empresas públicas, al margen de su concreta tipología, ejerciendo funciones similares a las de una sociedad matriz, dominante o cabecera de grupo.

consecuencia será que entrarán en una u otra categoría. Así, en la empresa estatal el cien por cien del patrimonio –en verdad capital social-, es de propiedad del Estado; en la empresa estatal mixta entre el setenta y menos del cien; en la empresa mixta entre el cincuenta y uno y hasta el setenta; y en la empresa estatal intergubernamental entre el cincuenta y uno y hasta menos del cien por cien⁴; así también la empresa corporativa entre el noventa y siete y menos de cien⁵. Ahora bien, si esta referencia al capital es básica para determinar una u otra categoría o modelo de empresa pública, más relevante es averiguar si en su regulación se encuentran diferencias de régimen legal de cierta o alguna entidad. La respuesta es afirmativa, de manera que partiendo de un marco jurídico básico, por general o común a los diferentes tipos, en cada uno de los modelos regulados se pueden observar peculiaridades o especialidades, que en alguna medida asumen la circunstancia de que una parte de su capital social no es de titularidad pública; sobre algunas de estas previsiones se tratará en referencias posteriores.

En lo que para el presente comentario resulta de interés, la propia LEP establece un sistema de fuentes reguladoras de las empresas públicas, que en alguna medida es acorde con los planteamientos político-económicos actuales del Estado Plurinacional de Bolivia, que ponen de manifiesto un grado de intervencionismo amplio y plural. Amplitud, porque afecta a todos los niveles de las actividades económicas y pluralidad, ya que incluye aquella dualidad clásica de lo normativo –creando normas- y de lo productivo –el estado empresario-. Sin entrar en el debate, siempre legítimo, de lo acertado o no de estas formas de actuar, lo cierto es que tal sistema de fuentes es acorde con todas estas iniciativas macroeconómicas, de manera que junto a la propia LEP y a su desarrollo reglamentario, se hace expresa alusión a las disposiciones contenidas en el CdC, lo que es relevante por cuanto se dirá en otro momento, a las resoluciones del COSEEP y a la normativa específica de las empresas públicas. Si en sí misma la LEP es suficientemente significativa respecto de la política intervencionista del Estado, aún lo es más la atribución de competencias normativas a ese organismo que, recuérdese, es la “máxima instancia de definición de políticas, estrategias y lineamientos generales para la gestión empresarial pública”⁶.

Manteniendo un punto de vista que puede calificarse de tradicional en el ámbito de actuación de las empresas públicas en otros escenarios políticos e históricos, la LEP considera que la empresa pública objeto de regulación es un instrumento imprescindible para el desarrollo de sectores estratégicos del país, focalizados en los

4 Referencias contenidas en el art. 6; se complementan estas referencias cuantitativas con eventuales aportaciones privadas y/o públicas, nacionales y/o extranjeras.

5 La tipificación de la Corporación acarrea confusión en cuanto a su tipología debido a que se la define en principio como “una forma de organización empresarial”; pero luego se indica que puede ser tipificada como empresa estatal, o empresa estatal mixta, subsumiendo las formalidades para su creación a lo dispuesto para estos tipos de empresa pública.

6 El COSEEP está auxiliado por la “Oficina técnica para el fortalecimiento de la empresa pública”, OFEP, todo ello en los términos establecidos en el art. 15 LEP.

hidrocarburos, en la minería, en la energía, las telecomunicaciones y el transporte. Ahora bien, no concluye esa consideración estratégica en las menciones que expresamente cita la norma, sino que el COSEEP podrá "identificar" otros a los que atribuir tal carácter. Es evidente que una previsión de esta naturaleza y alcance puede generar un grado de arbitrariedad susceptible de poner en duda elementales reglas de seguridad jurídica, no ya solo por el hecho de cómo justificar esa decisión, sino porque a tal declaración le sigue, en la práctica, un ejercicio cuasimonopolístico de las actividades económicas en cuestión.

Retomando la temática relativa al sistema de fuentes de la empresa pública, resulta de interés destacar que, de acuerdo con lo establecido en el art. 7 LEP, el régimen legal de las empresas públicas incluye al CdC, con la particularidad de que la estatal mixta, la mixta y la estatal intergubernamental tales disposiciones serán las recogidas en ese texto para la sociedad de economía mixta, mientras que respecto de las empresas estatales la remisión se hace respecto de las que regulan "el desarrollo de los actos y operaciones de comercio con personas naturales y/o jurídicas".

En un plano más concreto, el art. 11 aborda la siempre compleja materia de la solución de controversias en el ámbito de actuación de las empresas públicas, cuando éstas operan en territorios sometidos a fuertes políticas intervencionistas, en los que algunas decisiones responden a planteamientos más políticos que de estricto orden económico. Asumiendo, de nuevo, la legitimidad de este modo de actuar, la norma en cuestión aboga en la solución de todo tipo de controversias por cauces arbitrales o también jurisdiccionales. Así, cuando se trate de solventar controversias entre los socios de las empresas estatal mixta, mixta o intergubernamental, antes de acudir a esas vías de solución deberán agotarse las instancias de conciliación y, extintas, éstas, quedarán expeditas aquéllas. En caso de litigios entre diferentes empresas públicas, al margen de la modalidad que presenten, el cauce de solución será en todo caso el establecido por la normativa en materia de conciliación y arbitraje.

Centrando ahora el análisis en el ámbito más sustantivo de la regulación establecida por la nueva legislación, la constitución de una empresa pública presenta un procedimiento peculiar; que se inicia con la elaboración de un Proyecto a instancia del Ministerio proponente, encontrando complementación con un segundo Proyecto, en este caso de Decreto Supremo, que debe incluir el reconocimiento –futuro- de personalidad jurídica, apruebe la aportación de capital y se acompañe mediante anexo de los estatutos destinados a regir su actividad. Publicado este último –Decreto Supremo-, la empresa adquirirá personalidad jurídica, debiendo registrarse en el Registro de Comercio, momento a partir del cual estará habilitada para ejercer actos y operaciones de comercio, todo esto según determina el art. 24 LEP⁷.

7 De acuerdo con la Disposición Adicional Cuarta, se reitera el sometimiento de las empresas, en este caso estatales, a las disposiciones del CdC, quedando excluidas de lo determinado por el art. 10 de dicho texto.

Pues bien y aunque se aborde en epígrafe aparte, éste va a ser el tema fundamental del comentario, el relativo al papel y funciones que corresponde desarrollar al Registro de Comercio ante la solicitud de inscripción que los representantes legales de la empresa pública deberán cursar obligatoriamente, tal y como se desprende con toda claridad de la última de las previsiones citadas; también en las líneas que siguen se hará referencia a aspectos sustantivos del contenido de aquellos dos proyectos.

III. EL PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN DE UNA EMPRESA PÚBLICA.

La LEP dedica diferentes preceptos a la regulación del proceso de constitución de la empresa pública, en principio sin diferenciar entre las distintas modalidades organizativas previstas en el ya citado art. 6, al menos en cuanto se refiere a sus actuaciones más relevantes. Destacar también que el texto carece de la precisión terminológica que sería de desear, ya que utiliza en ocasiones la referencia “empresa estatal” como sinónimo de “empresa pública”, cuando en realidad ésta representa el género y aquélla una especie de éste.

Dejando de lado estas deficiencias de técnica legislativa, en un primer momento la LEP en materia de constitución –creación- diferencia entre empresas estatales en sentido estricto, art. 24, y de estatal mixta, empresa mixta y empresa estatal intergubernamental, art. 25, si bien con algunos elementos comunes, en concreto, el denominado Proyecto Ministerial y el Proyecto de Decreto Supremo aprobatorio de la empresa pública; en las líneas que siguen daremos un breve repaso a estas actuaciones comunes a la creación de todo tipo de empresa pública, para a continuación referirnos, también de forma breve, a las más específicas que recoge el último de los preceptos citados.

I. El Proyecto Ministerial.

La constitución o fundación de una empresa pública, al margen de la concreta modalidad que pueda presentar, responde siempre a una iniciativa política, vinculada en buena lógica al desarrollo de una actividad considerada estratégica. De acuerdo con lo establecido en los citados arts. 24. l. a) y 25. l. a), el Proyecto Ministerial representa la primera de las actuaciones a cumplimentar. En alguna medida este documento viene a plasmar la justificación que en opinión del Ministerio afectado aconseja la creación de la empresa pública en cuestión, todo lo cual debe ir acompañado del llamado “estudio de factibilidad”, que debe entenderse como una especie de plan de viabilidad económico-empresarial o plan de negocio, al que podrán incorporarse otros factores a considerar de diferente naturaleza y contenido. A mayores de lo antedicho, este documento deberá completarse con un proyecto de estatutos, cuyo

contenido, en gran medida, deberá ser acorde con la concreta tipología de empresa estatal de que se trate⁸.

En relación al proyecto de estatutos que ha de incorporar el documento analizado, es el art. 27 LEP el que recoge los aspectos mínimos a incorporar a su contenido. Son varias las referencias que preceptivamente deben establecerse, tendentes a identificar jurídica y económicamente a la nueva persona jurídica que responde a la categoría de empresa estatal. Partiendo de la denominación y el domicilio, materias sobre las que la LEP nada indica⁹, mención relevante es la relativa al "monto del capital autorizado y capital pagado y el régimen de aumento y disminución del capital autorizado y pagado"; referencias éstas que encuentran explicación en el Anexo Glosario de la LEP, entendiéndose por capital autorizado el montante máximo de capital que la sociedad podrá tener; capital suscrito, o capital que los socios se obligan a pagar en un período determinado, y capital pagado, o capital que los socios han pagado o apartado al tiempo de la constitución de la sociedad¹⁰; de alguna manera la previsión viene a recoger la posibilidad de lo que en el derecho comparado, entre otros el español, se ha dado en denominar "principio del desembolso mínimo", es decir, de que la aportación del socio en concepto de capital se haga escalonadamente a partir de la constitución de la sociedad; una cifra será la que represente el capital autorizado, a modo de cuantía máxima del capital social, otra la del capital pagado, o capital efectivamente aportado en ese momento constitutivo y la tercera, la que el socio ha de afrontar su pago en un tiempo posterior; planteamiento que encuentra reproducción en los supuestos de aumento o reducción, ya sean concretadas estas actuaciones respecto del capital autorizado o en relación al capital pagado¹¹.

Otras referencias de especial interés tienen que ver con aspectos esencialmente financiero-económicos, en concreto respecto de la constitución de reservas

- 8 Una prueba de esa imprecisión terminológica a la que en el texto se aludía líneas arriba, se plasma precisamente en la norma contenida en el art. 24.1.a), precepto rotulado con la referencia "creación de las empresas estatales"; recuérdese que la empresa estatal es el primero de los tipos de empresas públicas que establece el art.6, por lo que no se entiende muy bien que se indique en aquél la necesidad de especificar la "tipología de la empresa pública".
- 9 Es suficientemente conocido el problema que plantea el control de homonimia en el tráfico jurídico boliviano, materia que requiere de una ordenación general a todos los niveles y que ha de pasar, necesariamente, por la creación de una especie de registro central de denominaciones sociales, entendida esta última referencia como sinónimo de elementos identificativos y diferenciadores de las personas jurídicas o lo que es lo mismo desde el punto de vista del tráfico jurídico-económico, de las sociedades mercantiles –de capital–.
- 10 Queda al margen lo previsto en el art. 30 LEP, que establecen los requisitos para la validez de los respectivos acuerdos de aumento/disminución del capital autorizado/pagado; resumidamente, se parte de la premisa de que tales decisiones han de asegurar la mayoría accionarial del Estado, pasando en unos casos por la exigencia de un Decreto Supremo o Ley al efecto, o bien en otros por la decisión/acuerdo del Directorio o de la Junta de Accionistas.
- 11 Siendo la interpretación propuesta en el texto la nos parece más razonable, a falta de otras menciones en los estatutos sociales, serán de aplicación las disposiciones que sobre tales materias establece el CdC, arts. 127 y siguientes, y normativa que, en su caso, pueda considerarse complementaria; apuntar también que este tipo de disposición plantean siempre problemas de interpretación sobre el alcance que puedan tener las reglas propuestas, sobre todo a la hora de ejercitarse por quien corresponda el control de legalidad que se deriva, por ejemplo, de la obligatoriedad de inscripción en el Registro de Comercio.

especiales, reglas para soportar pérdidas y distribución de utilidades. Se parte de reconocer una amplia autonomía de la voluntad, sin más limitaciones que las que la propia LEP establece, art. 31, sobre reserva legal¹² y art. 32, sobre distribución de utilidades¹³.

Sea suficiente lo mencionado hasta el momento, debiendo tener en cuenta que este documento analizado resulta igualmente necesario para el resto de tipos de empresas públicas, tal y como recoge expresamente el art. 25.I.a) LEP. Respecto de las reguladas en esta última disposición, señalar que junto al Proyecto Ministerial y al de Decreto Supremo, el apartado b) añade que ha de acompañarse la “minuta de constitución de la empresa suscrita entre todos los socios bajo condición suspensiva”, que incluye también el pertinente proyecto de estatutos; pues bien, señalar que aquella condición que considerará cumplimentada con la publicación en la Gaceta Oficial del Estado del Decreto Supremo¹⁴.

Prestando atención en este momento al contenido de los Estatutos de la empresa estatal mixta, mixta e intergubernamental, el art. 28 LEP dispone el marco legal aplicable, del que son de comentar algunas previsiones destinadas a reflejar la pluralidad de socios y su posible distinta naturaleza. Así y entre otras, se establece como principio general la intransmisibilidad de las acciones propiedad del Estado o de las ETAs, la nominatividad obligada de las acciones, reglas de funcionamiento de la Junta General¹⁵ y del Directorio¹⁶ y de las fianzas a prestar por directores y síndicos¹⁷.

2. Proyecto de Decreto Supremo.

El segundo de los requisitos que condiciona la válida constitución de la empresa pública viene representado por el Decreto Supremo, modelo de fuente formal del ordenamiento jurídico boliviano, destinado a plasmar o materializar la decisión político-legislativa de constituir una entidad de tal naturaleza.

Se trata de un condicionante que opera para todo tipo de empresas públicas, si bien para la estatal el art. 24.I.a) indica que está destinado a aprobar “la creación de

12 Establece la obligación de constituir una reserva legal, detrayendo de las utilidades líquidas y efectivas obtenidas un cinco por ciento, hasta la mitad del capital pagado; reservas que sólo podrán utilizarse para la compensación de pérdidas.

13 Sometiendo esta materia a lo establecido en las directrices generales formuladas por el COSEEP.

14 Otras particularidades cabe añadir en relación a la constitución de la empresa estatal mixta, empresa mixta y empresa estatal intergubernamental, por ejemplo, la relativa a la participación de las ETAs –Entidades Territoriales Autónomas-, especie de administración municipal.

15 Arts. 33 a 35 LEP.

16 Arts. 36 a 39 LEP.

17 Según el art. 39, los directores de la empresa estatal deberán prestar fianza en la forma y cuantía establecida en los estatutos; respecto de tales cargos en el resto de empresas públicas, lo harán en la forma establecida en los estatutos y por la cuantía o monto determinado por la Junta General de accionistas; en todo caso se prevé la posibilidad de contratar pólizas de seguro para la prestación de fianza de directores y síndicos; respecto de éstos, art. 59 LEP.

la empresa estatal, reconozca su personalidad jurídica, apruebe el aporte de capital y los estatutos, que deberán adjuntarse como anexo”, mientras que para el resto, art. 25.I.d), simplemente se alude al “Proyecto de Decreto Supremo”. Hasta qué punto esta omisión o silencio puede resultar trascendente, es algo difícil de evaluar, pero que aun encontrando explicación posible, el tema pudiera tener trascendencia desde otro punto de vista, en concreto al tiempo del ejercicio del control de legalidad que deberá llevar a cabo el Registro de Comercio; sobre esto volveremos más adelante.

Buscando una explicación a ese tratamiento formalmente diferenciado, probablemente podamos encontrarla en los apartados II, IV y V del art. 25 LEP, aunque entendemos que no se trata de una solución totalmente satisfactoria. En concreto, se alude a que una vez se haya publicado en la Gaceta Oficial el Decreto Supremo, deberá tramitarse el Anteproyecto de Ley que autorice la aportación de capital y promulgada ésta y aportados los capitales por los socios restantes, deberá protocolizarse la minuta de constitución, junto con los estatutos, ante la Notaría de Gobierno; el paso siguiente y último será el registro de la empresa en el Registro de Comercio, lo que la habilita “para realizar actos y operaciones de comercio”. En suma, mientras que en el caso de la empresa estatal, recuérdese que la totalidad del capital social de titularidad del estado, es la publicación del Decreto Supremo en la Gaceta Oficial el detonante en la atribución de personalidad jurídica, en los restantes tipos de empresas públicas esa adquisición de capacidad jurídica se pospone a otro momento/requisito, en concreto y en principio, a la protocolización de la minuta de constitución y de los estatutos ante la Notaría de Gobierno¹⁸; sea suficiente lo mencionado por el momento, a fin de proponer una hermenéutica razonable y razonada sobre esa disparidad de tratamiento legal.

IV. LA INSCRIPCIÓN DE LA EMPRESA PÚBLICA EN EL REGISTRO DE COMERCIO.

I. Cuestiones generales.

Junto a la regulación de esta fase inicial del proceso de constitución de una empresa pública, que presenta similitudes y diferencias en razón al tipo concreto de que se trate, no debe olvidarse de que se trata de sujetos dotados de personalidad jurídica, es decir, autónomos e independientes respecto de todos y cada uno de sus elementos integrantes, y destinados al ejercicio de una actividad susceptible de afectar a terceros. Esta capacidad de relacionarse, en definitiva capacidad de obrar, hace que el legislador haya obrado, en este caso acertadamente, sometiendo a unas u otras al deber de inscripción registral. Será a partir de este momento cuando la empresa pública estará dotada de dicha facultad, que posibilita la realización de

¹⁸ A este acto deberá seguir la ya mencionada inscripción en el Registro de Comercio, que habilita a la empresa pública “para realizar actos y operaciones de comercio”, art. 25.V. LEP.

actos con trascendencia jurídica, o lo que es lo mismo, le permite materializar aquella capacidad jurídica que deriva, ya de la publicación del Decreto Supremo en la Gaceta Oficial, ya de la protocolización de la minuta de constitución y de los estatutos ante la Notaría de Gobierno.

Esta materia, de diferenciación entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar; la consideramos de especial trascendencia, sobre todo respecto de en qué momento una y otra se adquiere por la empresa pública; y si a esto se vincula el ejercicio del mencionado control de legalidad por parte del registro de Comercio y su alcance, nos encontraremos ante una cuestión en verdad relevante desde el punto de vista jurídico privado; a todo ello dedicaremos las próximas páginas.

De acuerdo con el conjunto de previsiones a las que se ha hecho mención en las líneas precedentes, parece observarse un tratamiento diferente de la materia ahora abordada en razón al tipo de empresa pública de que se trate. Así, si hablamos de la empresa estatal ex art. 24 LEP, es la publicación del Decreto Supremo en la Gaceta Oficial el requisito que viene a determinar la adquisición de personalidad jurídica, mientras que respecto de los restantes tipos ese efecto parece conseguirse con la protocolización de la minuta de constitución y de los estatutos ante Notaría de Gobierno, art. 25. IV. LEP. Ambas previsiones, no obstante las diferencias que cabe observar, resultan a nuestro modo de ver algo inexactas, ya que en realidad condicionan los efectos propios del otorgamiento de personalidad jurídica a una actuación posterior; a saber, la inscripción en el Registro de Comercio. De forma expresa y respecto de cualesquiera de los modelos de empresa pública, art. 24. II para las empresas estatales, y art. 25.V. para el resto de modelos, ambas previsiones vienen a coincidir en que la inscripción de la empresa pública en el Registro de Comercio las habilita para realizar actos y operaciones de comercio; dicho de otro modo, hasta que no se haya producido la repetida inscripción, la empresa pública no podrá realizar actos y operaciones de comercio y de realizarlos pesará sobre los mismos el vicio de nulidad absoluta o radical, a modo de sanción general respecto de los actos realizados sin capacidad de obligar.

Mientras que el vigente art. 133 CdC responde y es acorde a los planteamientos clásicos en materia de constitución de personas jurídicas societarias mercantiles o comerciales, contrato formalizado en documento público y publicidad del mismo a través de la institución registral¹⁹, de lo que se deriva el doble efecto de la adquisición de capacidad jurídica y de la capacidad de obrar; en alguna medida la LEP viene a alterar esa sistemática clásica. En efecto, cuando los repetidos preceptos relativos a la empresa pública aluden a la adquisición de personalidad jurídica y a la necesidad de protocolizar unos y otros documentos ante Notaría de Gobierno, en verdad de lo que está dotando a estos entes jurídicos es, únicamente, de la denominada

19 Dato éste que diferencia al proceso analizado del establecido para las sociedades civiles, art. 754 CC de Bolivia.

capacidad jurídica, es decir, del reconocimiento de la mera o simple posibilidad de ser titular de derechos y deberes y no de su ejercicio frente o para con terceros.

Si se presta atención al conjunto de previsiones recogidas en el ordenamiento jurídico general, el plasmado en el CC, ahí podemos encontrar el apoyo argumental a la interpretación propuesta. Una atenta lectura de diferentes preceptos, en particular arts. 3 y 4 para las personas naturales y 54 para las llamadas personas colectivas, permite concluir afirmando que al igual que lo establecido en la generalidad de los ordenamientos jurídicos de influencia romanista, a todo sujeto, con independencia de su concreta calificación legal, persona natural o persona colectiva –nuestro especial modelo que representa la empresa pública-, se le pueda atribuir dos ámbitos de capacidad diferentes. De un lado y en primer término, la capacidad jurídica, que se adquiere en un caso por el mero nacimiento de la persona natural y en otro por la cumplimentación de algún requisito o condición, por ejemplo, la publicación del Decreto Supremo en la Gaceta Oficial o, también, protocolizando minuta de constitución y estatutos ante Notaría de Gobierno. La consecuencia o efecto será que dicho sujeto podrá ser titular de derechos y deberes, a modo de expectativa que deberá cumplimentar con requisitos posteriores, de manera que pueda llegar a materializar, cumplimentar, unos y otros. En el particular supuesto de la empresa pública, pertenezca a una u otra modalidad y en su consideración en todo caso de persona colectiva en la terminología del CC, el art. 54 permite con toda claridad separar sendos ámbitos de referencia, capacidad jurídica y capacidad de obrar, que puestos en contexto con la previsión establecida en el art. 4 del mismo texto, sirve para concluir que para la LEP el acto de publicación del Decreto Supremo y el de la protocolización ante Notaría de Gobierno supone el otorgamiento de capacidad jurídica, de personalidad jurídica en su equívoca terminología²⁰.

En lo que respecta a la capacidad de obrar, debe entenderse como aquella que permite el ejercicio de los derechos y obligaciones cuya titularidad corresponde a un sujeto determinado. Supone, pues, un paso adelante respecto de la capacidad jurídica, ya que mientras que ésta es una mera abstracción de titularidad²¹, la que ahora nos ocupa supone cumplir o exigir el cumplimiento de deberes y derechos o, en los términos de la propia LEP, “realizar actos y contratos de comercio”. De acuerdo con este planteamiento, que como se ha afirmado en otro momento resulta propio y común a aquellos ordenamientos jurídicos vinculados al Derecho Romano, capacidad jurídica y capacidad de obrar son referencias conceptuales vinculadas,

20 Interpretación que por otra parte también es acorde con algunas de las reglas contenidas en el CdC vigente, por ejemplo, con el ya citado art. 133, norma que viene a refrendar esa separación propuesta entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, o como señala esta norma, “sujetos de derecho”.

21 Abstracción que en modo alguno supone o debe interpretarse en el sentido de irreal o teórica; la referencia presenta una perspectiva funcional, de ejercicio de derechos y obligaciones, que en este caso está vedado para quien únicamente goza de esta modalidad de capacidad; piénsese en el menor de edad como ejemplo prototipo de sujeto dotado de capacidad jurídica, es titular de derechos y deberes, pero su ejercicio viene prohibido hasta alcanzar la mayoría de edad o condicionado a través de la imperativa intervención de su representante legal.

género y especie, causa y efecto, ya que ésta última necesariamente requiere de la anterior:

A modo de conclusión de este apartado de nuestro esquema, cabe señalar que la LEP no ha sido rigurosa con la utilización de expresiones o términos clásicos de los ordenamientos jurídicos latinos/romanistas. No obstante y mediante el siempre útil recurso a las previsiones comunes, por generales, es posible reorientar su interpretación en los términos que se han propuesto.

2. La inscripción de la empresa pública en el Registro de Comercio.

El proceso de constitución de la empresa pública concluye “debiéndose registrarse en el registro de comercio, hecho que la habilita para ejercer actos y operaciones de comercio”, art. 24. II, o, también, “el registro de la empresa en el registro de comercio la habilita para realizar actos y operaciones de comercio”, art. 25.V, ambos de la LEP.

Es de general conocimiento que la operatividad y funcionamiento del Registro de Comercio en Bolivia presenta la peculiaridad de estar gestionado en régimen de concesión administrativa²² por la entidad FUNDEMPRESA, que ha logrado en estos años importantes niveles de calidad y reconocimiento. Siendo mucho lo que queda por hacer, no es menos cierto que se trata de una de las instituciones que gozan de mayor prestigio entre quienes participan del tráfico económico y que probablemente requiere de nuevas regulaciones destinadas a perfeccionar un sistema que soslaya la figura del profesional registrador y la sustituye por un conjunto de técnicos sin referencias personalizadas.

No es esta sede oportuna para llevar a cabo un comentario en profundidad acerca del sistema elegido por el legislador boliviano a la hora de ordenar el registro de comercio, temática en verdad más que interesante y que daría para un comentario específico, debiéndonos centrar en exclusiva en el ejercicio del control de legalidad que éste está obligado a realizar al tiempo de la inscripción de la empresa pública.

La primera de las cuestiones a la que debe darse adecuada respuesta es sí, precisamente, ese control de legalidad debe ejercitarse al tiempo de la inscripción de la empresa pública y, complementariamente a ello y de responderse afirmativamente, afecta a todos o a parte de los tipos de empresa pública reglamentados por la LEP. Ambas cuestiones van indisolublemente unidas en su respuesta, de manera que resulta incuestionable que todos y cada uno de los modelos de empresa pública recogidos en el art. 6 LEP, están obligados a registrar su proceso constituyente en el registro de comercio, arts. 24. II y 25.V. y como consecuencia de ello, el titular

22 En verdad que el sistema propuesto se aleja de lo que es una praxis generalizada tanto en los países del entorno boliviano, como respecto de otros ámbitos de referencia, por ejemplo, los europeos continentales.

del registro deberá llevar a cabo su función de calificación, es decir, de control de legalidad.

Siendo esta afirmación punto de partida y de llegada en nuestro planteamiento, cabría poner en duda esa operatividad del registro de comercio, teniendo en cuenta que se trata de empresas públicas, que cuentan con el refrendo en su proceso constituyente del correspondiente Decreto Supremo, es decir, con el respaldo directo del legislador:

A nuestro modo de ver no deben confundirse aspectos que resultan diferentes, ya que una cosa es la decisión del poder ejecutivo, legítima por legal, de constituir una empresa pública, que encuentra materialización en aquella disposición legal –Decreto Supremo- y otra muy distinta la revisión –control de legalidad- del marco jurídico que ha de regir la existencia del nuevo ente, conforme a las previsiones establecidas en la propia LEP y las que puedan resultar complementarias, fundamentalmente las del CdC.

Reafirmando las propias previsiones contenidas en la LEP, que en este caso actúa a modo de fuente especial, el propio CdC recoge fundamentación suficiente como para poder establecer la obligación de inscripción de toda empresa pública. Recuérdense que aquella norma considera al texto mercantil general como fuente subsidiaria, art. 7.I, por lo que resultará de obligada aplicación en todo aquello que no esté expresamente previsto o reglamentado por la LEP. Como establece el art. 129 CdC, la función registral, en suma de control de legalidad, consiste en “la comprobación del cumplimiento de todos los requisitos legales y fiscales” y verificada esa adecuación, procederá su inscripción o registro, de lo que deriva en última instancia la adquisición de capacidad de obrar:

Esta forma de enfocar el tema nos conduce directamente a otra temática también importante, en concreto a qué es objeto de inscripción o registro. A falta de previsión expresa al respecto en la LEP, la cuestión debe reconducirse al precepto citado en última instancia, de manera que será objeto de registro, “el contrato constitutivo o sus modificaciones”. Trasladando esta referencia a sede de los arts. 24 y 25 LEP, la cuestión estriba ahora en determinar cuáles de los documentos recogidos en estos preceptos han de considerarse como “contrato constitutivo”. Una primera interpretación podría consistir en abogar por que todo el conjunto documental que implica el proceso de constitución de la empresa pública, debiera ser objeto de inscripción; ante esto se abrirían dos posibilidades distintas, una, someter todo ese conjunto documental al control del registro, la segunda, que tal control se limite en exclusiva a la verificación de los aspectos estrictamente de orden sustantivo, es decir, minuta de constitución y estatutos. Otra interpretación, en la línea de esta última propuesta, consiste en que aquella inscripción sólo deberá afectar al documento propiamente constitutivo, incluyendo claro está el marco estatutario, dejando fuera

Proyecto Ministerial y Decreto Supremo. Una tercera propuesta podría integrar planteamientos diversos por mixtos, de incluir referencias explícitas a estos dos documentos, sin entrar en ningún caso en el análisis o control de su contenido, junto al indicado soporte sustantivo de la constitución –documento público de constitución y estatutos–.

Sobre cuál de las alternativas propuestas cabe decantarse no resulta del todo sencillo, si bien parece posible realizar cuando menos algunas precisiones. En efecto, no parece en ningún caso, ni razonable ni amparado jurídicamente hablando, que por parte del registro de comercio se realice un control de legalidad sobre un Proyecto Ministerial y menos aún sobre un Decreto Supremo; ambas actuaciones son propias de un ámbito competencial, sobre el que la institución registral carece de legitimidad alguna para dictaminar sobre su contenido. Dicho esto, sí parece razonable que en la inscripción de la empresa pública se aluda expresamente a uno y otro documento, es decir, se fundamente y deje constancia de la decisión política y legislativa –Proyecto Ministerial y Decreto Supremo– que en última instancia ampara la constitución de la empresa pública. En la misma orientación, carecería de sentido alguno que el registro procediera a revisar una disposición que cuenta incluso con el respaldo que supone su publicación en la Gaceta Oficial.

Sentada esta premisa, nos parece claro que la inscripción debe operar sobre esa documentación sustantiva, la que se incorpora a la minuta de constitución, incluyendo lógicamente los estatutos sociales. Y es aquí donde el registro de comercio debe centrar su actuación, en los mismos términos y con el mismo alcance que cabría esperar respecto de cualquier otro supuesto de inscripción obligatoria. En el caso que nos ocupa, el marco legal de referencia será, *prima facie*, el establecido en la LEP, que podrá encontrar complementación si fuera necesario en el CdC.

De esta forma, el registro de comercio deberá proceder a revisar todas y cada una de las previsiones sustantivas recogidas en la documentación sometida a examen. Al igual que en cualquier otro supuesto societario, la resolución que adopte podrá ser o no conforme a la solicitud de inscripción. De ser positiva, sabemos la consecuencia, que no es otra más que la atribución a la empresa pública de la capacidad de obrar. En caso contrario, es decir, de haber observado el registro alguna irregularidad que suponga el no haberse respetado debidamente las previsiones de la LEP, será de aplicación lo establecido en el art. 129 CdC en su apartado segundo. Así, deberán subsanarse los defectos puestos de manifiesto en la correspondiente nota explicativa de la negativa o bien dentro de los cinco días siguientes a esa notificación de rechazo, podrá interponerse apelación ante la Corte Superior de Justicia del Distrito del domicilio legal de la sociedad²³.

23 Praxis la apuntada en el texto que resulta infrecuente y que se viene sustituyendo por un protocolo de actuación propuesto por FUNDEMPRESA; puede consultarse en su página web.

Entendemos que cuanto se ha expuesto es conforme a lo establecido en la nueva legislación de esta Ley n° 466, de 26 de diciembre de 2013. Pero resulta indudable también que es posible plantearse dudas acerca del comportamiento que va a seguir en esta temática la concesionaria del Registro de Comercio en Bolivia. No se nos oculta que teniendo en cuenta la actual coyuntura sociopolítica, el control de legalidad sobre las empresas públicas sea un mero trámite, casi automático a la propia petición de inscripción o registro. De ser así, será un mal ejemplo, un trato discriminatorio respecto de otros sujetos actuantes en el tráfico económico y en definitiva un modo de actuar que venga a poner en duda la propia seguridad jurídica; esperemos que no sea así. El tiempo quitará o dará razones.

**EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA DE LOS MENORES
DE EDAD CON LOS PROGENITORES: REGLA GENERAL Y
EXCEPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN VALENCIANA.**

**REGULATION OF COHABITATION BETWEEN
PROGENITORS AND MINORS: GENERAL RULE AND
EXCEPTION IN THE VALENCIAN ACT.**

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 566-577



Esther
ALGARRA y
Javier
BARCELÓ

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de enero de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: El artículo analiza la Ley 5/2011, de 5 de abril, que introduce, entre otras importantes modificaciones, un nuevo modelo de custodia, la llamada custodia compartida.

PALABRAS CLAVE: Custodia, custodia compartida, hijos menores, progenitores.

ABSTRACT: The paper analyzes the 5/2011 Act, April 5th, that includes, among its main amendments, a new model of custody, named shared custody.

KEY WORDS: Custody, Shared custody, minor children, parents.

SUMARIO: I. Introducción: la Ley 5/2011, de 1 de abril de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven.- II. Estructura y definiciones.- III. Pacto de convivencia familiar o medidas judiciales en defecto de pacto.- IV. La regla general en materia de convivencia de los menores de edad con los progenitores: el régimen de convivencia compartida. V. La excepción: la convivencia individual.- VI. Control periódico.- VII. El caso particular de una situación de violencia familiar.- VIII. Derecho transitorio.

I. INTRODUCCIÓN: LA LEY 5/2011, DE 1 DE ABRIL, DE LA GENERALITAT VALENCIANA, DE RELACIONES FAMILIARES DE LOS HIJOS CUYOS PROGENITORES NO CONVIVEN.

El 5 de abril de 2011 se publicaba en el Diario Oficial de la Comunitat Valenciana la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

La nueva Ley, como se señala en su Disposición Final Primera, se dicta al amparo de la competencia exclusiva que el art. 49.1.2ª del Estatuto de Autonomía otorga a la Generalitat en materia de conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano.

Iniciada la recuperación del Derecho civil valenciano con la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, se da ahora un paso más, sin duda importante y significativo por la relevancia de los temas que en ella se regulan, en la dirección de “un camino cuya meta final es la elaboración de un futuro Código de derecho civil foral valenciano que englobe las distintas leyes que se promulguen”¹.

¹ Son palabras del Preámbulo de la Ley, que vienen a repetir una idea que ya existía en el Preámbulo de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

• Esther Algarra Prats

Es Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de Alicante (España). Es autora de diversos trabajos en materia de Derecho de Familia, entre ellos, El régimen económico matrimonial de participación. Madrid (2000); La ley; “Las donaciones por razón de matrimonio”, en AA.VV. El régimen económico del matrimonio. Madrid (2005); Dykinson; “La corrección de los hijos en el Derecho español”. Aranzadi Civil (2010) y el “Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil”, en La responsabilidad civil en las relaciones familiares. Madrid (2012); Dykinson. Desde su creación en 2004 hasta 2007 fue Vocal de la Comisión de Codificación Civil Valenciana.

• Javier Barceló Doménech

Es Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Alicante (España). Es autor de diversas monografías en materia de Derecho de Familia, entre ellas Responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones extracontractuales de un cónyuge. Valencia (2000); Tirant lo Blanch; Las uniones de hecho y la indemnización por muerte en accidente de circulación. Valencia (2002); Tirant lo Blanch; y La extinción de la pensión de separación o divorcio por convivencia marital. Valencia (2006); Tirant lo Blanch. Desde 2008 es Vocal del Observatorio de Derecho civil valenciano.

Se indica en el Preámbulo que la Ley responde a “una demanda creciente para que, en los casos de ruptura o no convivencia entre los progenitores, la convivencia con los hijos e hijas menores haga compatible ese principio fundamental del interés superior de cada menor, con el principio de igualdad entre los progenitores y con el derecho de cada menor a convivir con ambos, tal y como fue proclamado por la Convención sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990”.

Sirve de antecedente y base la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana, cuyo art. 22 configuró el sistema de principios y valores que ahora se plasman en el articulado de la nueva Ley².

Popularmente conocida como “la ley valenciana de custodia compartida”, entró en vigor el 5 de mayo de 2011, tras un intenso debate político y movilizaciones ciudadanas³, y fue, de modo inmediato, destacada noticia en prensa, radio, televisión, foros de Internet, etc. Es indudable la repercusión social en un tema especialmente sensible y delicado, ya que cuando una pareja –casada o no– con hijos menores se rompe, una de las primeras decisiones que han de tomar los progenitores afecta precisamente a la guarda y custodia de sus hijos. La amplia difusión de la noticia en los medios de comunicación era, por otro lado, fácilmente previsible, pues viene a romper con la práctica habitual de atribuir la custodia –y como consecuencia de ello, también el uso de la vivienda familiar– a uno de los progenitores en exclusiva –en la mayoría de los casos, la mujer–, teniendo el otro únicamente un derecho de visitas. La situación, a partir de la nueva Ley, es totalmente distinta, y la custodia compartida que, a falta de acuerdo de los padres, era excepcional en la regulación del CC (art. 92.8), pasa a ser ahora la regla general de la Ley 5/2011, de 1 de abril, si bien la decisión judicial que la establezca deberá ponderar una serie de factores, todos ellos presididos por el interés superior del menor⁴.

- 2 Se citan cinco principios, ya recogidos en el art. 22 de la Ley 12/2008, regulador del “derecho a las relaciones familiares”: “1. Principio de coparentalidad: ‘Los poderes públicos velarán por la protección del principio de coparentalidad en el cuidado y educación de los menores, y garantizarán el derecho de estos a que ambos progenitores participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses’. 2. Derecho de cada menor a ‘crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos’. 3. Derecho de cada menor, separado de un progenitor, ‘a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores’. 4. Derecho de cada menor ‘a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados’. 5. En la observancia de estos derechos prevalecerá siempre el mayor interés de cada menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social”.
- 3 La Ley se aprueba, con los votos favorables de Partido Popular y Compromís, en el último Pleno de las Cortes Valencianas, celebrado el 24 de marzo de 2011, antes de la disolución con motivo de las elecciones autonómicas del 22 de mayo de 2011. Hubo cierta discrepancia interna en el partido gobernante, y otros grupos parlamentarios no votaron a favor, al entender que la solución de la custodia compartida debía ser siempre pactada. También es de resaltar el esfuerzo de determinadas plataformas cívicas a favor de la custodia compartida, que se movilizaron en los días anteriores al Pleno, ante el temor de que la Ley no sería finalmente aprobada [<http://www.elpais.com> (12 de marzo de 2011)].
- 4 Antes que la Comunitat Valenciana, Aragón (art. 6.2 de la Ley 2/2010, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de hecho, que entró en vigor el 20 de mayo de 2010) y Cataluña (art. 233-10.2 de

Conviene señalar que la Ley va más allá de la cuestión de la custodia compartida, y regula otros aspectos, muy importantes también, al margen de que no hayan generado polémica y hayan pasado desapercibidos en los medios de comunicación; nos referimos, en concreto, a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, y a los gastos de atención de los hijos e hijas. Circunstancia ésta que no deja de ser curiosa, pues la atribución de la custodia a los dos progenitores tiene también una directa consecuencia en el uso de la vivienda familiar y en los alimentos a los hijos⁵.

Los cambios, respecto de la regulación del CC, no son sólo de contenido, sino que también inciden en el aspecto terminológico o formal: así, los «gastos de atención» designan la materia que ha venido siendo englobada en el concepto de «alimentos», no se habla de «custodia compartida», sino de «convivencia compartida».

La Ley entró en vigor el 5 de mayo de 2011 (la Disposición Final Cuarta establecía la entrada en vigor a los treinta días de su publicación en el Diario Oficial de la Comunitat Valenciana), pero quedó en suspenso el 4 de julio de 2011 (BOE 26 de julio de 2011) por la interposición de recurso de inconstitucionalidad del Presidente del Gobierno, que invocó el art. 161.2 de la Constitución, al entender que la norma autonómica regula instituciones civiles que carecen de antecedentes en el ámbito de la legislación foral valenciana, excede las competencias sobre conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano, y vulnera la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil. Meses más tarde, se levantó la suspensión por Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 22 de noviembre de 2001, publicado en el BOE de 3 de diciembre de 2011, por lo que actualmente es de aplicación.

II. ESTRUCTURA Y DEFINICIONES.

La Ley consta de siete artículos, una disposición adicional, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales. Su objeto, según expresa el art. 1, es “regular las relaciones familiares de los progenitores que no conviven, con sus hijos e hijas sometidos a su autoridad parental, y las de éstos y

la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil, que entró en vigor el 1 de enero de 2011) optaron por la custodia compartida como régimen preferente. La norma aragonesa está ahora integrada en el art. 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo. De manera casi simultánea con la Ley valenciana, se dicta en Navarra la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia con los padres, que viene también a establecer en el art. 3 condiciones más favorables para el otorgamiento de la custodia compartida, en la medida en que no se atribuye carácter preferencial a modalidad alguna de custodia –individual o compartida–. Sobre la custodia compartida en las legislaciones autonómicas, vid. De Torres Perea, J.M. “Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social”. *InDret* (2011). 4, 46 ss.

5 Como ha señalado Guilarte Martín-Calero, C. “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”. *InDret* (2008). 2, 24, “la decisión judicial sobre la guarda y custodia de los hijos no es un pronunciamiento aislado sino que condiciona la adopción de otros; por ello, adoptar un sistema de guarda y custodia alternativa implica cuestionar los tradicionales criterios de atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía queden los hijos y de fijación de una pensión para los hijos que administra el cónyuge custodio”.

éstas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, otros parientes y personas allegadas”; y su ámbito de aplicación viene fijado por el criterio de la vecindad civil valenciana de los hijos e hijas sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, conforme dispone el art. 2.

El art. 3 contiene una serie de definiciones, a través de las cuales se determinan los conceptos de “régimen de convivencia compartida”, “régimen de convivencia individual”, “régimen de relaciones” y “pacto de convivencia familiar”.

El “régimen de convivencia compartida”, que se corresponde con lo que usualmente conocemos como custodia compartida, es “el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial [art. 3 a)]⁶. El legislador, como vemos, se atreve a dar un concepto legal de custodia compartida.

El “régimen de convivencia individual” es una situación distinta a la anterior. Calificado en la propia definición legal como «modalidad excepcional», sólo uno de los progenitores tiene la custodia de los hijos, lo que no impide que el otro pueda relacionarse con ellos, a través de visitas o estancias. Para el art. 3 b), consiste en “la atribución de la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno sólo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso”.

El “régimen de relaciones” se define por el art. 3 c) como “el sistema dirigido a regular y organizar el contacto, las estancias, visitas y comunicaciones entre los progenitores y sus hijos e hijas menores, cuando no exista convivencia”. Si ponemos en conexión las definiciones de los apartados b) y c) del art. 3, resultaría que el “régimen de relaciones” es aplicable tanto a los casos en que ninguno de los progenitores convive con los hijos como a los casos en los que sólo uno de los progenitores no convive con los hijos.

Finalmente, “el pacto de convivencia familiar” es definido por el art. 3 d) como “el acuerdo, de naturaleza familiar y patrimonial, adoptado entre ambos progenitores y judicialmente aprobado, con la finalidad de regular y organizar el régimen de

6 La distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores es el elemento clave que permite identificar la situación de custodia compartida. Lo que no determina la Ley es la modalidad concreta, lo cual es lógico, pues son muchas las variantes que pueden darse. La situación más frecuente es, sin duda, aquella en la que los progenitores viven en domicilios distintos y los hijos conviven con cada uno de ellos por períodos alternos de días, semanas o meses; así, en concreto, la SAP Alicante 17 mayo 2011 (JUR 2011, 312394) dispone la custodia compartida por semanas alternas (de viernes a viernes).

convivencia o de relaciones, en su caso, así como los demás extremos previstos en esta ley”.

El art. 3 contiene, además de las anteriores, otras dos definiciones, que se relacionan con los gastos de los hijos. Se distingue entre gastos ordinarios y extraordinarios; los primeros son aquellos que los hijos e hijas menores “precisen de forma habitual a lo largo de una anualidad y cuyo devengo sea previsible en dicho período. Se entenderán siempre incluidos los relativos a alimentación, vestido, educación y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia» [art. 3 e)]; los segundos son «los que puedan surgir en relación con los hijos e hijas menores de forma excepcional» [art. 3 f)].

III. PACTO DE CONVIVENCIA FAMILIAR O MEDIDAS JUDICIALES EN DEFECTO DE PACTO.

Cuando los progenitores no conviven, los términos de la relación con sus hijos e hijas pueden determinarse por «el pacto de convivencia familiar» o, en su defecto, por el Juez.

Al pacto de convivencia familiar se refiere el art. 4. El pacto presupone el acuerdo de voluntades de los progenitores y requiere la aprobación judicial y la intervención del Ministerio Fiscal, que ha de ser oído (art. 4.4). El pacto debe establecer como contenido mínimo (utiliza la Ley la expresión “al menos” en el art. 4.2) una serie de “extremos” (curiosamente, el mismo término que el del art. 90 CC al describir el contenido del convenio regulador), que son los siguientes: a) El régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores; b) El régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, sin perjuicio del derecho de éstos a ejercer tal relación; c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar; en su caso, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar; d) La cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas. También regula el art. 4.3 las causas de modificación o extinción del pacto, que son concretamente seis: las especificadas en el propio pacto; el mutuo acuerdo; la solicitud de uno de los progenitores, si han sobrevenido circunstancias relevantes; la iniciativa del Ministerio Fiscal; la sobrevenida privación, suspensión o extinción de la patria potestad a uno de los progenitores; y el incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones establecidas en el pacto.

A falta de pacto, dispone el art. 5.1 que es la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la que fija los extremos enumerados en el art. 4.2 y a los que antes hicimos referencia. Todo el articulado restante de la Ley se dedica a estas

medidas judiciales sobre régimen de convivencia (art. 5), atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar (art. 6) y gastos de atención a los hijos e hijas (art. 7). Por ello, no resulta acertado que el art. 5 lleve por título "Medidas Judiciales" cuando la mayor parte de su contenido se dedica al régimen de convivencia y/o de relaciones; hubiese sido más acertado dedicar un breve artículo a describir el supuesto de hecho que da origen a las medidas judiciales, y posteriormente regular en artículos separados el contenido de cada una de las tres medidas.

IV. LA REGLA GENERAL EN MATERIA DE CONVIVENCIA DE LOS MENORES DE EDAD CON LOS PROGENITORES: EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMPARTIDA.

Una de las más importantes novedades de la Ley valenciana es la que se contiene en el art. 5.2, al decir que "como regla general, atribuirá (la autoridad judicial) a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos"⁷.

Es clara la diferencia con la regulación del CC, donde la custodia compartida, faltando el acuerdo de los progenitores, tiene un carácter excepcional⁸.

La SAP Alicante 17 mayo 2011 (JUR 2011, 312394) describe el cambio de criterio operado con la nueva Ley: "teniendo en cuenta que la excepcionalidad desde la entrada en vigor de la Ley la constituye el establecimiento de un régimen de convivencia a un solo progenitor; procede estimar el recurso y fijar la atribución a ambos progenitores de manera compartida del régimen de convivencia de la hija menor; sin que apreciemos razones, ni factores que aconsejen optar por una solución que la nueva Ley considera excepcional".

7 Este último extremo es importante, pues como señala De Verda y Beamonte, J.R.: "Las crisis familiares en la legislación valenciana", en AA.VV. *Derecho Civil IV* (coord. J.R. de Verda y Beamonte). Valencia (2013): Tirant lo Blanch, 116, "la razón más habitual para denegar la custodia compartida (antes de la entrada en vigor de la Ley) era, precisamente, la existencia de malas relaciones entre los padres, considerándose que dicha situación dificultaba extraordinariamente un régimen de este tipo".

8 La custodia compartida, según el art. 92.5 CC, se acuerda por el Juez cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. Como excepción y conforme al art. 92.8 CC, aunque no se den los supuestos que acabamos de describir, puede el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

Ahora bien, pese a este carácter excepcional, lo cierto es que la Sala Iª del TS ha ido dictando diversas sentencias, favorables a la adopción de la guarda compartida, en las que se flexibiliza notablemente la interpretación del art. 92.8 CC y se aboga por una aplicación, nada restrictiva, de la custodia compartida, que es considerada la medida más acorde desde la perspectiva del interés superior del menor. Vid., a título de ejemplo, la STS 1 octubre 2010 (RJ 2010, 7302) y el comentario a la misma de Alascio Carrasco, L. "La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010". *InDret* (2011). 2, 11 ss.

Antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos e hijas menores, y a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar que cada uno de ellos deberá presentar, la autoridad judicial tendrá en cuenta una serie de factores que vienen enumerados en el art. 5.3 de la Ley: a) La edad de los hijos e hijas, pudiendo en el caso de los menores lactantes establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores⁹; b) La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido doce años; c) La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor; d) Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan; e) Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores; f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores; g) La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo e hija menor de edad; h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.

Se trata, pues, de criterios legales de atribución de la custodia compartida, sometidos, en sus específicas circunstancias, a la ponderación judicial. Esta enumeración de criterios o factores, que sirven para adoptar la decisión de la custodia compartida, contrasta con la regulación del art. 92.8 CC, donde no se menciona criterio alguno.

Conviene advertir que apartarse de la regla general debe ser objeto de una motivación específica. No se pierda de vista que la legislación valenciana considera la custodia individual como excepcional y por ello hay que ser particularmente cuidadoso con las razones o factores que aconsejen desviarse del criterio de la regla general.

Es, por ello, correcto el razonamiento de la SAP Alicante 5 diciembre (2012, 5514), que, revocando la sentencia apelada, atribuye el régimen de convivencia compartida a los dos progenitores por considerar que ambos eran “perfectamente capaces de asumir el cuidado y educación del menor», estando, además, esté “adaptado por igual a ambos padres :

En cambio, se desvincula del criterio legal la SAP Valencia 25 julio 2012 (Tol. 2676734), que establece un régimen de convivencia a favor exclusivo de la madre,

9 La primera sentencia que se dictó al amparo de la nueva Ley fue en el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Elche, según difundieron las agencias de noticias (que no dieron, sin embargo, la fecha de la resolución), y en ella, pese a la oposición de la madre, se acuerda la custodia compartida, con aplicación de la forma progresiva prevista en el art. 5.3 a), al tratarse de un bebé de nueve meses. Se afirma, en concreto, que el desarrollo evolutivo de los menores “requiere un aumento progresivo del contacto con el padre, sin introducir la pernocta hasta los 18 meses, pero preparándola con una ampliación de estancias a partir del año, e incrementándola progresivamente hasta llegar a los tres años a una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos, que a partir de los seis años, pasará a ser de semanas alternas y mitad de las vacaciones en verano” [Vid. noticia en *Act. civ.* (2011). 12, 1444 y 1445].

apoyándose en el informe psicológico que afirmaba que la misma “había sido la principal figura de referencia en el desarrollo evolutivo de los menores”.

V. LA EXCEPCIÓN: LA CONVIVENCIA INDIVIDUAL.

Las circunstancias concretas del caso pueden determinar, sin embargo, que la autoridad judicial no acuda a la regla general de la custodia compartida y opte por atribuir la guarda a uno solo de los progenitores. El supuesto lo describe el art. 5.4: “La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores”.

VI. CONTROL PERIÓDICO.

El art. 5.5 prevé la posibilidad de establecer un control periódico de la situación familiar para confirmar o cambiar el régimen establecido: “La autoridad judicial, atendidas las circunstancias particulares del caso, podrá establecer un control periódico de la situación familiar y, a la vista de los informes aludidos en el apartado anterior, podrá determinar un nuevo régimen de convivencia”.

El control periódico juega un papel mucho más importante del que a primera vista pudiera pensarse. Permite adoptar la convivencia compartida (que, no se olvide, es la regla general de la legislación valenciana) en determinadas ocasiones donde pudiera inicialmente plantearse la duda acerca de su conveniencia, como, por ejemplo, en el caso en que un progenitor acaba de superar una situación problemática; el juez puede perfectamente establecer la convivencia compartida y someter a control periódico la situación de este progenitor, pudiendo mantener o no el régimen en función del resultado de los controles periódicos.

VII. EL CASO PARTICULAR DE UNA SITUACIÓN DE VIOLENCIA FAMILIAR.

Finalmente, el art. 5.6 contempla un supuesto concreto en que se excluye la custodia compartida, al estar uno de los progenitores incurso en un proceso penal contra el otro, incluyendo las situaciones de violencia doméstica y de género.

VIII. DERECHO TRANSITORIO.

Especial atención debemos dedicar a las normas de Derecho transitorio contenidas en la Ley 5/2011.

La Disposición Transitoria Primera permite la revisión judicial de medidas adoptadas conforme a la legislación anterior. Es evidente la importante repercusión de esta Disposición, pues va a permitir la revisión de las medidas definitivas acordadas conforme a la legislación anterior; pueden instar la revisión, a partir del 5 de mayo de 2011, cualquiera de las partes o el Ministerio Fiscal. La suspensión de la entrada en vigor el 4 de julio de 2011, que se prolongó hasta los primeros días del mes de diciembre de 2011, determina que sea todavía pronto para conocer datos estadísticos acerca del número de demandas de modificación de medidas que se han interpuesto al amparo de la nueva normativa, y por ello no podemos confirmar si la anunciada "avalancha" de peticiones de custodia compartida se ha producido¹⁰.

La Disposición Transitoria Segunda ordena la aplicación de la nueva Ley a los procedimientos judiciales (en materia de nulidad, separación, divorcio y medidas paterno o materno-filiales) pendientes de sentencia. En los meses en que estuvo vigente la Ley hasta su suspensión, las SSAP Alicante de 17 de mayo (JUR 2011, 312394), 23 de mayo 2011 (JUR 2011, 312232), 9 junio 2011 (JUR 2011, 311373) y 28 de junio de 2011 (JUR 2011, 320448), al resolver recursos de apelación, aplicaron la nueva Ley. Sin embargo, posteriormente se consideró por la STSJ Comunitat Valenciana 24 enero 2012 (Tol 2566771) que esta Disposición se refiere, exclusivamente, a los procedimientos que estuvieren pendientes de sentencia en primera instancia.

10 En los días anteriores a la entrada en vigor de la Ley, que se produjo el 5 de mayo de 2011, los medios de comunicación se hicieron eco de una anunciada "avalancha de peticiones de custodia compartida" y de otras consecuencias asociadas, como la necesidad de contar con mayor número de psicólogos para la emisión de informes (Diario Información de Alicante, 1 de mayo de 2011).



EL DERECHO DE VISITAS DE LOS ABUELOS A LOS NIETOS
EN DERECHO ESPAÑOL, DIEZ AÑOS DESPUÉS DE LA
LEY 42/2003.

THE VISITATION RIGHT OF GRANDPARENTS TO
GRANDCHILDREN IN SPANISH LAW, TEN YEARS AFTER
LAW 42/2003.

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 578-589



M^a Pilar
MONTES
RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de diciembre de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: La Ley 42/2003 reconoció formalmente el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, especialmente en los supuestos de crisis familiares. Los padres no pueden privar a los abuelos de estas relaciones con los nietos sin justa causa, basada en el interés del menor.

PALABRAS CLAVE: Derecho de familia, derecho de visitas, abuelos, nietos, crisis familiares, justa causa.

ABSTRACT: Law 42/2003 formally recognized the right of grandparents with grandchildren it relate to, especially in cases of family crisis. Parents can't deprive these relationships grandparents with grandchildren without just cause, based on the child's interest.

KEY WORDS: Family law, visitation, grandparents, grandchildren, family crises, just cause.

SUMARIO: I. Introducción. El papel de los abuelos en la familia.- II. La Ley 42/2003, de 21 de noviembre.- I. El papel general de los abuelos en el derecho de familia: el art. 160 CC.- 2. El papel de los abuelos en los supuestos de separación y divorcio. Diversidad de supuestos.- A) El papel de los abuelos en la ruptura amistosa: el convenio regulador. Art. 90. B) y último párrafo CC.- B) El papel de los abuelos en la ruptura contenciosa.- C) El papel de los abuelos en las medidas provisionales del art. 103.1 CC.- 3. El papel de los abuelos respecto del menor acogido. El art. 161 CC.- III. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN. EL PAPEL DE LOS ABUELOS EN LA FAMILIA.

Las normas jurídicas pretenden resolver problemas que se plantean en la sociedad y en los grupos sociales que en ella se suceden. Y desde luego, la familia es uno de ellos. Para ello, el ordenamiento jurídico reproduce las relaciones que se dan en su seno, relaciones familiares y las regula. Ciertamente es que el derecho normalmente interviene cuando en estas relaciones hay una disfunción, cuando funcionan mal.

Los ancianos y, por ello los abuelos, forman parte de ese grupo social, la familia, a la que nuestra Constitución protege en su art. 39.

Ciertamente es que el concepto de familia ha evolucionado. Durante el siglo XX ésta pasó de ser la familia extensa a la familia nuclear formada en principio tan sólo por padres e hijos. Pero el aumento de la esperanza de vida ha generado que los abuelos tengan una existencia más duradera y una presencia más vital en la sociedad y también en la familia.

En efecto el rol de los abuelos en la familia y de los ancianos en general en la sociedad ha cambiado a lo largo de la historia y especialmente en los últimos tiempos. En la actualidad los abuelos han adquirido una nueva posición en la familia¹, dejando de ser la figura distante de antaño, que inspiraba un respeto casi reverencial (se han bajado del pedestal) y se han implicado de forma mucho más directa en las relaciones familiares, sobre todo los abuelos que, probablemente, no lo hicieron con sus propios hijos. Ello se insertaría en lo que los expertos en sociología han

1 García Ibáñez, J. "Un derecho a las relaciones personales entre los nietos y sus abuelos. Una aproximación socio-jurídica". *REDUR* (diciembre 2012). 10, 105-122, en concreto, 107.

• M^a Pilar Montes Rodríguez

Profesora Titular de Escuela Universitaria de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, en la que se licenció y doctoró. Ha escrito múltiples artículos y participado en Tratados y monografías. Sus líneas de investigación fundamentales han sido la protección de los consumidores en la esfera contractual y el derecho civil valenciano. En 2012 recibió el Premio Savis en Dret otorgado por la cátedra de Derecho foral valenciano por su participación en el libro colectivo "El régimen económico matrimonial de la comunidad Valenciana".

denominado proceso de democratización familiar experimentado en países como España en las últimas décadas.

Además, con la llegada de la crisis económica, el papel de los abuelos en la familia se ha incrementado no sólo desde un punto de vista económico, pues en muchas ocasiones son el auténtico soporte de las mismas, sino también desde un punto de vista asistencial, en la medida en que la ausencia de políticas de apoyo a la maternidad ha generado que se conviertan en cuidadores secundarios de los nietos, cuando los hijos han de trabajar pero no pueden costear los altos costes de la enseñanza infantil sin subvención. Y ello en ocasiones se lleva a extremos tales que dan lugar a fenómenos como el de la abuela esclava.

Este mayor papel de los abuelos en la sociedad no fue asumido con decisión por nuestro ordenamiento jurídico hasta la llegada de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre que ya ha cumplido 10 años, por lo que conviene que hagamos aquí un primer balance de su vigencia.

El título habla del derecho de visitas. Esta es la denominación comúnmente utilizada en la práctica porque resulta breve y cómoda, pero no deja de ser imprecisa² por cuanto, como veremos, no abarca todas las posibles facultades que implican el trato personal entre abuelos y nietos. Por ello el propio legislador en la mencionada ley habla de derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos.

II. LA LEY 42/2003, DE 21 DE NOVIEMBRE.

La Ley 42/2003, fue acogida con gran aceptación por la doctrina³ aunque también ha sufrido críticas⁴ por entender que genera una nueva fuente de conflictos y puede complicar la situación de los menores que deban andar con la maleta de un lado a otro.

En su EM se pone de relieve el papel que los abuelos cumplen una función de cohesión y transmisión de valores en la familia y constata el tratamiento exiguo que las normas del CC dispensaban hasta ese momento a las relaciones entre nietos y abuelos, que son un elemento de significativa importancia en el desarrollo personal de los menores. Los abuelos gozan, para el legislador, de autoridad moral y de una

2 García Ibáñez, J. "Un derecho a las relaciones personales", cit., 111.

3 Así Yáñez Vivero, M.F. "El derecho del menor a relacionarse con sus abuelos en situaciones de ruptura familiar y desamparo", en AAVV. *Los derechos de la infancia y de la adolescencia* (coord. I. Ratvellat Ballesté, y C. Villagrasa Alcaide). Barcelona (2006): Ariel, 80.

4 Para Carballo Fidalgo, M. "Las relaciones personales entre abuelos y nietos tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil. Derecho de visita y atribución de la guardia al menor.". *Dereitto* (2005), 14-2, 131-150, en concreto, 131, si algún calificativo merece la Ley 42/2003, es el de innecesaria. Lejos de reforzar tales relaciones, la Ley se limita a explicitar derechos implícitos en la redacción anterior de los artículos modificados, sin dar solución a los problemas delatados en su aplicación práctica.

distancia que les permite ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar; favoreciendo su estabilidad y desarrollo. Esta situación privilegiada junto a la proximidad en el parentesco y su experiencia distingue a los abuelos de otros parientes y allegados.

Por todo ello, La Ley 42/2003 decide incluir específicamente a los abuelos en la referencia genérica que el art. 160 CC hacía a los parientes, especialmente para los casos en que el desinterés de los padres o la ausencia de uno de ellos (normalmente el hijo de los abuelos con los que se solicita la visita) exija reconducir y articular judicialmente tal relación.

Y además persigue hacer presente tales relaciones familiares en los supuestos de conflicto, esto es, en las crisis familiares cuando se produce la separación, el divorcio de los padres y cuando los padres no ejercen la patria potestad y los menores se encuentran en situación de acogimiento.

De lo anteriormente descrito se deriva, de acuerdo con la EM, que la reforma de 2003 tiene un doble objetivo:

De un lado singularizar y reforzar de forma explícita el régimen de relaciones entre los abuelos y nietos.

De otro lado atribuir una función relevante a los abuelos en caso de dejación de los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad.

En definitiva, con la reforma lo que se persigue es favorecer el desarrollo integral del nieto merced al cariño, apoyo y consejos brindados por los abuelos (papel de cohesión y transmisión de valores al que hace referencia la EM), evitando en los casos de ruptura gravar al nieto con las secuelas de las separaciones y conflictos familiares, y no amputarle la relación con personas cercanas humana y afectivamente.

La doctrina ha discutido en relación a cual es la naturaleza de derecho a las relaciones personales. Para algunos autores como García Cantero⁵ se trata de un derecho de carácter afectivo y carácter extrapatrimonial que encuadraría entre los derechos de la personalidad. Por el contrario la mayoría de la doctrina (Berrocal Lanzarot⁶) entiende que se trata de un derecho personal incluido en el ámbito del derecho de familia. En cualquier caso las relaciones personales entre nietos y abuelos generan, a semejanza de la patria potestad, en éstos una serie de obligaciones de cuidado diligente.

5 García Cantero, G. *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*. Madrid (2003): Cuadernos Cívitas, 154.

6 Berrocal Lanzarot, A.I. "Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva Ley 42/2003, de 21 de noviembre". *Anuario de Derechos Humanos* (2005). 6º, 11-111, en concreto, 55.

I. El papel general de los abuelos en el derecho de familia: el art. 160 CC.

En primer lugar cabe destacar que la Ley de 2003 introduce la referencia expresa a los abuelos y los dota jurídicamente de relevancia. Así el art. 160 CC, en su redacción anterior a la Ley de 2003, disponía en sus incisos segundo y tercero: “No podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá tendidas las circunstancias.

Evidentemente entre los parientes y allegados del menor se encontraban los abuelos (por lo que algunos autores han tachado tal introducción de innecesaria) pero la Ley de 2003 introduce, a mi juicio acertadamente, la mención expresa a los mismos en el párrafo segundo: “no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.

Además modifica el párrafo tercero, introduciendo que “en caso de oposición, el juez, a petición del menor; abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se pueden fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de los progenitores.”

El precepto persigue mantener las relaciones personales abuelos-nietos, presumiendo *iuris tantum* su carácter beneficioso para el menor. Por ello sólo cabrá impedir las si quienes se oponen a ella, normalmente los padres, demuestran que existe una justa causa para ello. La mencionada expresión, no extraña en el CC 1901, es un concepto jurídico indeterminado, que debe ser individualizada caso por caso.

Y es aquí donde la jurisprudencia ha intervenido en esta labor interpretativa. Así, el TS ha venido entendiendo en las STS 858/2002, de 20 de septiembre (RJ 2002, 8462), STS 632/2004, de 28 de junio (RJ 2004, 4321)⁷, STS 576/2009, de 27 de julio (RJ 2009, 4577), STS 689/2011, de 20 de octubre (RJ 2011, 6843) y STS 359/2013, de 24 de mayo (RJ 2013, 3393), que la justa causa que impida las relaciones entre abuelos y nietos debe centrarse en el interés del menor y no en el de los padres, en los supuestos de conflicto entre estos y los abuelos.

En algunos de estos supuestos el conflicto se produce entre el padre y los abuelos maternos, fallecida la madre (STS 858/2002, RJ 2002, 8462 y STS 576/2009, RJ 2009, 4577). En otros, el conflicto existente entre un hijo y su madre o sus padres se traslada al menor (STS 689/2011, RJ 2011, 6843 o STS 359/2013, RJ 2013, 3393).

⁷ Vid. al respecto, Egea Fernández, J., “Comentario a la STS 28 de junio 2004”. CCJ/C (2005). 68º (BIB 2005, 883).

En muchos de estos casos, las sentencias de primera o segunda instancia señalaban que la corta edad de los niños junto con el distanciamiento y las malas relaciones con los padres justificaban la improcedencia de un régimen de visitas pues el conflicto podría repercutir negativamente en los menores de corta edad, dilatando la relación a un momento posterior. Así sucedió en la SAP Madrid 872/2009, de 16 de septiembre (AC 2009, 2093), en que se niega a los abuelos el derecho de visita de un menor de 18 meses sin relación con los abuelos de desde los 3, oponiéndose ambos padres con quienes existía el conflicto con los abuelos, sin ruptura matrimonial, y residiendo los abuelos en Tenerife y los padres en S. Lorenzo del Escorial Madrid.

En contra de este planteamiento, el Fundamento de Derecho segundo de la citada STS 359/2013, de 24 de mayo (RJ 2013, 3393), señala, al estimar el recurso de casación planteado por la abuela, y apoyándose en las sentencias anteriormente citadas: "La complejidad de las relaciones entre familiares, como dice la STS 20 de octubre 2011, se evidencia en los asuntos referidos a las relaciones entre parientes más alejados que los progenitores, que pueden verse impedidos de una normal relación con sus descendientes o ascendientes. Esta Sala en su jurisprudencia ha tenido que manifestarse a favor de estas relaciones en la que se pone de relieve la necesidad de que se produzca este tipo de contactos partiendo de la regla de que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores, o, como ocurre en este caso, por las malas relaciones existentes entre la progenitora y su madre, abuela de la menor, cuando no afectan al interés de los menores. Rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor. El artículo 160.2 CC, a contrario sensu, permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa, que no define y que debe examinarse en cada uno de los casos que se deban enjuiciar. Esta norma y la interpretación jurisprudencial derivan de lo establecido en el artículo 8.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, que establece que 'Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos (...) las relaciones familiares de conformidad con la ley (...)'. Esta es la línea que preside la resolución de los casos planteados en las SSTS 576/2009, de 27 julio, 632/2004, de 28 junio; 904/2005, de 11 noviembre, y 858/2002 de 20 septiembre.

Pues bien, la sentencia recurrida ha considerado justa causa el distanciamiento y las malas relaciones existentes en la actualidad entre la madre y la abuela de la menor cuya visita se demanda por cuanto supone que existe un riesgo cierto de que incidan y trasciendan a la menor, que se encuentra en edad infantil. Nada se dice de esta relación con el abuelo. Desconoce esta Sala si tal afirmación responde o no

a una realidad concreta, pues nada se argumenta en la sentencia sobre el cómo y el porqué estas malas relaciones pueden influir negativamente sobre la nieta. La justa causa para negar esta relación se establece de una forma simplemente especulativa puesto que ningún episodio se concreta para ver si responde a una realidad que pueda servir de argumento para eliminar este derecho que no tiene más restricción que el que resulta del interés del menor. Y a la vista de ello, debe concluirse que en la valoración de este hecho, la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta, sino en abstracto, este interés, primando por el contrario el de su madre, lo que contradice la jurisprudencia citada."

Por todo ello la mencionada sentencia, estimando el recurso de casación, reconoce el derecho de la abuela a relacionarse y comunicarse con la nieta, aunque apercibiéndola de suspensión o limitación de los mismos si se advierte en la abuela influencia sobre la nieta de animadversión a la madre.

Por el contrario, los Tribunales sí han considerado justa causa que impediría el desarrollo de esas relaciones personales abuelo nieto, las situaciones de anormalidad como los malos tratos y a las situaciones de abandono familiar y violencia respecto del progenitor que se opone a las relaciones con su hijo, unidas estas razones a la inexistente relación con el nieto menor. Así lo ha entendido la SAP Cádiz 503/2013, de 14 de octubre (JUR 2013, 37411).

También sería justa causa, la negación de alimentos, el haber sido privado de la patria potestad por incurrir en incumplimiento de deberes, el alcoholismo, la toxicomanía o el padecer una enfermedad infecciosa o mental que impida el cuidado.

En cualquier caso, lo que parece claro es que la imposibilidad de los padres de suprimir las relaciones personales con los abuelos sin justa causa, implica que estas se configuran como un límite en el ejercicio de la patria potestad.

Por tanto, cabe que los padres y otros sujetos (incluido el menor) pueden oponerse al mantenimiento de estas relaciones personales abuelo-nieto. De hecho el párrafo tercero del precepto, también modificado contempla tal oposición al señalar "en caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se pueden fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de los progenitores." Con esta última referencia se pretende impedir que el establecimiento de un régimen de visita que desarrolle las relaciones personales abuelo-nieto sirva, en un suerte de fraude de ley, para que el progenitor hijo de los mismos, que ha sido privado o suspendido de la patria potestad, eluda tal prohibición aprovechando las visitas a los abuelos.

2. El papel de los abuelos en los supuestos de separación y divorcio. Diversidad de supuestos.

En los supuestos de crisis familiares, separación, divorcio, nulidad, es en los que la intervención de los abuelos puede ser más necesaria, porque los menores se encuentran en una situación de desequilibrio y éstos pueden facilitarles seguridad y afecto. Pero es cierto que el conflicto entre los padres puede extenderse a sus respectivas familias y ello impedir el normal desarrollo de las relaciones abuelo – nieto.

Es por ello que el legislador pone de relieve el papel de los abuelos tanto en los supuestos de ruptura amistosa (art. 90. B) como en los de ruptura contenciosa (art. 94). Y además incluye, entre las medidas provisionales del art. 103, 1ª, la posibilidad de encomendar los hijos a los abuelos, atribuyéndoles unas funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez. De hecho al EM presta especial importancia a tales circunstancias al entender que los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor. En este sentido disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo su estabilidad y desarrollo. Contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno son circunstancias que pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis.

A) El papel de los abuelos en la ruptura amistosa: el convenio regulador. Art. 90. B) y último párrafo CC.

Como es sabido, el art. 90 CC regula el contenido que el convenio regulador en una ruptura amistosa puede tener. Se trata de la enumeración de los posibles conflictos entre los cónyuges, sobre los hijos la vivienda o el régimen matrimonio. Pues bien la nueva Ley de 2003 incluye en el art. 90, en su apartado B, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, teniendo en cuenta siempre el interés de aquellos. El Proyecto de Ley obligaba a hacer referencia a este régimen de visitas, y configuraba por tanto una obligación *ex lege*. No obstante, esta imperatividad fue suprimida durante la tramitación parlamentaria al introducir en el texto definitivo la expresión “si se considera necesario”.

Algo semejante ocurrió con el último párrafo del precepto en el que el texto definitivo exige el consentimiento de los abuelos: “si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos que presten su consentimiento.”

En la mencionada norma no se impone una obligación *ex lege* a los abuelos sino que se somete a su consentimiento⁸ y a la aprobación judicial. Evidentemente, también el de los padres, que son quienes proponen el convenio. No se menciona al menor pero el art. 9 LO PJM se reconoce al menor el derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales las comparecencias del menor se realizarán de manera adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste (9-12).

B) El papel de los abuelos en la ruptura contenciosa.

El art. 94 CC se dedica a regular el régimen de visitas decretado por el juez en la ruptura contenciosa. La Ley 42/2003 introdujo un segundo párrafo en que se señala: "igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al art. 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor." También en este caso la exigencia de consentimiento de los abuelos deriva de una enmienda aprobada durante la tramitación dado que no figuraba en el proyecto.

C) El papel de los abuelos en las medidas provisionales del art. 103.1 CC.

La Ley 42/2003 modifica los dos primeros párrafos del apartado 12º del art. 103 en el que se regulan las medidas provisionales que el juez puede dictar una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio.

Esta primera medida consistirá, si hay hijos, en determinar en su interés con cual de los cónyuges han de quedar (custodia) y establecer un régimen de visitas. Pues bien, el párrafo segundo señala que excepcionalmente los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintiere y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares. Cierto es que la atribución de la tutela a los abuelos, en los casos de suspensión o privación de la patria potestad o fallecimiento de los padres, es habitual en la práctica pero el art. 103 de nuevo distingue (y de acuerdo con la EM⁹ prefiere) a los abuelos del resto de parientes para resaltar su papel cercano y protector y su relevancia en relación con la situación jurídica del nieto menor:

8 En este sentido De Verda y Beamonte, J. R. "Separación y divorcio", en AAVV. *Derecho Civil IV. Derecho de Familia* (coord. JR. de Verda y Beamonte, Valencia (2013): Tirant lo Blanch, 96.

9 En la EM se dice: "Asimismo, el artículo 103 del CC, coherentemente con la modificación con la modificación del art. 90, prevé la decisión jurisdiccional, cuando falte el acuerdo de los cónyuges, de encomendar en primer lugar a los abuelos la tutela de los hijos, de forma excepcional, pero antepuesta a la posibilidad de otorgar este cuidado a otros parientes u otras personas o instituciones. Yáñez Vivero, M^o F. "El derecho del menor", cit., 175, entiende que la ley no traslada con claridad ese orden de prelación y quizás debería haberse optado por hacer una enumeración y prelación tal y como hace el art. 234 CC.

3. El papel de los abuelos respecto del menor acogido. El art. 161 CC.

Por último la Ley 42/2003 cambió la redacción del art. 161 para poner de relieve expresamente el papel de los abuelos en los supuestos de acogimiento del menor. El precepto señala que “tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor.”

Esta referencia a las relaciones del menor acogido con su familia hay que ponerla con lo dispuesto en el art. 173.2.3ª CC. En este precepto se regula el acogimiento familiar:

Como es sabido, el acogimiento familiar es un medio de integración que tiene por objeto la participación del menor en un ámbito de familia idóneo, ya sea el correspondiente a la persona o personas cogedoras o el del hogar funcional en el que haya sido acogido¹⁰. De hecho el apartado 1 del art. 173 señala que el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

El art. 173. bis contempla tres modalidades:

1º) El acogimiento familiar simple, caracterizado por la transitoriedad se utiliza en los casos en que es seguro o previsible que el menor se reintegre al seno de su propia familia (desamparo por razones coyunturales).

2º) El acogimiento familiar permanente, en que debido a las circunstancias definitivas del desamparo, no cabe la reinserción en la familia, pero tampoco será factible la adopción por la edad del menor. En este caso el acogimiento es estable.

3º) El acogimiento familiar preadoptivo, en cuyo caso se tiende a facilitar la posterior adopción y, por tanto, a separar al menor de su familia inicial.

Si respecto de los dos primeros parece clara la aplicación del art. 161 CC, en la medida en que se mantienen plenamente la vinculación del menor con su familia, más dudas plantea el acogimiento preadoptivo. Y en esta línea cabe citar la SAP Asturias 11 octubre 2012 (AC 2012, 1992) en la que, en un supuesto de acogimiento preadoptivo, se entiende que hay justa causa para denegar las relaciones personales de los nietos-abuelos, teniendo presente el interés superior del menor, porque los

10 En este sentido Pérez Álvarez, MA. “El sistema público de protección de los menores e incapaces”, en AAVV. *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia* (coord. por C. Martínez de Aguirre Aldaz), 3ª ed. Madrid (2011): Colex, 404 y ss.

menores después de las visitas de los abuelos no volvían a interesarse por ellos y no se había creado un vínculo afectivo intenso que les hubiera protegido de los malos tratos de los padres.

III. CONCLUSIÓN.

La Ley 42/2003 ha cumplido sus primeros 10 años de vida con una real y eficaz aplicación práctica en los Tribunales. Cada vez son más los convenios reguladores que incluyen tales medidas dada la positiva influencia de los abuelos en el desarrollo emocional del menor. Y los Tribunales, en especial el TS, han apostado por defender tales relaciones afectivas, considerándolas *per se* beneficiosas y anteponiéndolas al interés y comodidad de los padres en conflicto con los abuelos.

CRÓNICAS
JURISPRUDENCIALES



GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: HACIA LA
UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN EL
RECURSO DE CASACIÓN

SHARED CUSTODY: TOWARDS UNIFICATION OF
CRITERIA IN APPEAL

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 592-601



Agustina
HERRANZ
GONZÁLEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de febrero de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 23 de febrero de 2014

RESUMEN: La seguridad jurídica en materia de guarda y custodia aconsejan establecer criterios comunes de actuación. El objetivo es la tutela del supremo interés del menor, principio rector en esta materia. La STS 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) ha establecido como doctrina jurisprudencial que la guarda y custodia compartida ha de considerarse como el régimen normal y más conveniente para el menor.

PALABRAS CLAVE: Uniformidad. Principio rector. Doctrina jurisprudencial. Régimen normal. Compartida.

ABSTRACT: Legal certainty regarding custody advise establish common performance criteria. The objective is the protection of the interests of the child, guiding principle in this matter. The STS April 29, 2013 (EDJ 2013/58481) has been established as legal doctrine that shared custody is to be regarded as the normal regime and more convenient for the child.

KEY WORDS: Uniformity, guiding principle, jurisprudence, normal arrangements, shared.

SUMARIO: I. Apuntes previos sobre la relevancia de los pronunciamientos sobre guarda y custodia. II.- Doctrina jurisprudencial sobre guarda y custodia compartida.- 1. Supuestos en los que resulta posible su adopción.- 2. Aspectos concretos ya resueltos por el Tribunal Supremo. III.- Conclusiones.

I. APUNTES PREVIOS SOBRE LA RELEVANCIA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA

La ordenación de las relaciones entre el menor y sus progenitores cuando se produce la desintegración familiar se efectúa, de ordinario, mediante el correspondiente pronunciamiento judicial sobre guarda y custodia¹. Y como estas resoluciones repercuten tanto en sus vidas como en sus economías², resulta una de las cuestiones más controvertidas. Por otra parte, la igualdad, consagrada como derecho fundamental³ y como valor superior del ordenamiento jurídico⁴, evidencia la necesaria unificación de criterios de actuación a modo de protocolo al que puedan remitirse los operadores jurídicos. Dicha seguridad o certeza legal y judicial se hace más evidente dada la coexistencia de la normativa estatal con la de nuestras Comunidades Autónomas, si bien se reclama también ante la diversidad de criterios seguidos en territorio común.

La deseada unificación de criterios resulta viable mediante la elaboración, consolidación y aplicación homogénea de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, ya que sabido es que el art 1.5 CC establece que la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico, y por ello, ha de ser aplicada por todos y cada uno de los órganos judiciales con independencia de su ubicación dentro del territorio nacional.

-
- 1 Incluso en el procedimiento consensual, dado que el convenio regulador ha de ser aprobado judicialmente.
 - 2 Nos referimos, fundamentalmente, a la atribución del uso del domicilio y ajuar familiar y la pensión de alimentos.
 - 3 Art. 14 CE.
 - 4 Art. 1.1 CE.

• Agustina Herranz González

Abogada en ejercicio desde 1995. Ha participado como discente en numerosos cursos de especialización (Violencia de género, menores, derecho penitenciario, extranjería, etc.). Profesora tutora de la UNED desde el año 1997, ha publicado varios artículos. En posesión del Certificado-Diploma de Estudios Avanzados, actualmente prepara la tesis doctoral en el Departamento de Derecho Civil de la UNED.

II. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

I. Supuestos en los que resulta posible su adopción

De conformidad con la actual redacción del art. 92 CC⁵, la guarda y custodia compartida puede acordarse en dos supuestos: a) Cuando lo soliciten ambos progenitores⁶; b) Cuando, a pesar de no existir acuerdo al respecto, el Juzgador considere que de esa forma se tutela más eficazmente el supremo interés del menor⁷. Por otra parte, a partir de que el TC declarara la nulidad del inciso “favorable” contenido en el apartado 8 del art 92⁸, corresponde exclusivamente al Juez valorar la conveniencia o no de acordar este régimen, con independencia del sentido en el que se pronuncie el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe.

La STS 28 septiembre 2009 (EDJ 2009/229007) ha dejado sentado que “la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como ‘estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional’, destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las NNUU sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Asimismo SSTC 143/1990, 187/1996 y 114/1997, así como el ATC 28/2001, de 1 febrero”.

Pero no obstante esta supremacía del interés del menor, la complejidad de la cuestión se manifiesta, básicamente, en dos aspectos: En primer lugar, determinar cuál es el supremo interés del menor en cada caso concreto: Tarea que no resulta en absoluto sencilla, sobre todo en el marco de conflictividad familiar en la que, normalmente, se incardina. Es inevitable que cuando se produce la ruptura entre los progenitores ambos dediquen sus esfuerzos a salvaguardar sus propios intereses, relegando los de los menores a un segundo plano. Del estudio del derecho comparado se extrae la conclusión, asumida por el TS⁹, de que deben tomarse en cuenta criterios como, por ejemplo, la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor; sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en

5 Redactada por Ley 15/2005.

6 Párrafo 5.

7 Párrafo 8.

8 STC 17 octubre 2012 (EDJ 2012/224014).

9 STS 8 octubre 2009 (EDJ 2009/234619)

sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios; los horarios y actividades de ambos; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en general, cualquier otro que permita lograr el objetivo perseguido, esto es: Establecer un régimen de guarda y custodia que permita a los menores llevar una vida lo más normalizada posible teniendo en cuenta que la convivencia a partir de la ruptura necesariamente ha de ser más compleja.

La segunda cuestión no es menos problemática, puesto que se trata de dilucidar quién es la persona o el órgano judicial al que le corresponde la facultad de apreciar ese supremo interés. En los procedimientos consensuales prevalece el criterio de los progenitores, conforme resulta del apartado 5 del art. 92 CC¹⁰. Pero cuando el consenso no es posible, la cosa se complica. Como dice la STS 8 octubre 2009 (EDJ 2009/234619), “el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor; no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren ‘esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa’”.

Dicho de otra forma: Dado que la “delimitación de la realidad” o fijación de hechos probados corresponde a los órganos judiciales de instancia, y el interés del menor depende de la situación material casuística, los pronunciamientos sobre medidas solo podrán ser combatidos ante el Tribunal Supremo en los casos siguientes: 1) A través del recurso extraordinario por infracción procesal, cuando la sentencia que se dicte incurra en alguna de las infracciones susceptibles de fundamentar este recurso conforme a las normas que le son propias. Habrá que acudir por tanto a este remedio siempre que se considere que la situación de hecho que se refleja en la resolución judicial no se corresponde con la realidad. 2) A través del recurso de casación cuando, a pesar de que la delimitación de la realidad realizada por el órgano a quo sea acertada, no se haya fundado la decisión en el supremo interés del menor.

Por consiguiente, en la praxis resulta decisivo que en el procedimiento judicial se despliegue la actividad probatoria necesaria para acreditar la situación de hecho. Y en el supuesto de que las pruebas propuestas sean inadmitidas, habrán de utilizarse cuantos recursos y demás remedios procesales sean procedentes en derecho, a fin de mantener la posibilidad de formular recurso extraordinario por infracción procesal contra la resolución que se dicte.

10 Sin perjuicio de su apartado 6.

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos olvidar que tanto las cuestiones formales como las materiales son susceptibles de ser revisadas por las AP a través del recurso de apelación¹¹ y, por lo tanto, será la Audiencia competente la que en la mayoría de las ocasiones dicte la resolución definitiva¹².

En suma, la determinación de cuál es el interés del menor en cada caso concreto corresponde a los progenitores¹³ en los procedimientos consensuales, mientras que en los contenciosos corresponderá:

1º) Al juzgado de primera instancia, cuando ambas partes se aquieten con la sentencia dictada.

2º) A la AP correspondiente, cuando alguna o ambas partes interpongan recurso de apelación.

3º) AITS, siempre que proceda recurso extraordinario y las partes efectivamente lo interpongan.

2. Aspectos concretos ya resueltos por el Tribunal Supremo

La Sala Primera del TS¹⁴ se ha pronunciado ya sobre numerosas cuestiones relacionadas con el tema que nos ocupa. Existe, por tanto, un cuerpo de doctrina jurisprudencial que, además de permitir fundamentar en su vulneración el recurso de casación por interés casacional, es complemento del ordenamiento jurídico¹⁵ y, como tal, ha de ser aplicada por el resto de los órganos judiciales. Sin pretensiones de exhaustividad, al día de hoy existe jurisprudencia sobre las siguientes materias¹⁶:

A) *Excepcionalidad*: La STS 22 julio 2011 (EDJ 2011/155183), interpreta el adjetivo "excepcional" del art 92.8 del CC, afirmando que este apartado hay que ponerlo en relación con el 5 y, por lo tanto, la excepcionalidad está referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges, no a que existan circunstancias específicas: "El texto actualmente vigente del art 92.8 CC, redactado por Ley 15/2005, admite la posibilidad de que el juez establezca como forma de protección de los menores, la guarda y custodia compartida, aun cuando no haya sido pedida por ambos progenitores. La interpretación que se deriva de su texto literal es clara. El redactado de dicho párrafo

11 Así resulta del art 456.1 LEC.

12 Así será no solo cuando no concurren los requisitos exigidos para la interposición del recurso de casación fundado en la existencia de interés casacional, sino también cuando, aun concurriendo, la parte perjudicada por la resolución judicial no pueda asumir su coste económico. Hay que tener en cuenta que en la actualidad dicho coste se ha visto incrementado de forma considerable por el establecimiento de la preceptiva tasa.

13 Con la limitaciones antes expuestas.

14 Al interpretar y aplicar el art 92 CC en cumplimiento de su labor nomofláctica y uniformadora.

15 Art. 1.6 CC

16 Reflejada, por tanto, en al menos dos SSTs, aun cuando se cite solamente una.

8 dice: 'Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor'. La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio art. que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el art 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla 'fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor'. De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la 'excepcionalidad', a que se refiere el art 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla".

B) *Relación entre los progenitores*: La misma Sentencia citada en el apartado anterior establece que las relaciones entre los cónyuges, por sí mismas, no resultan relevantes para determinar cuál sea el régimen de guarda y custodia más conveniente¹⁷: "De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor".

C) *Régimen normal y deseable*: La trascendental STS 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) establece que la guarda y custodia compartida no es excepcional, sino que debe considerarse la mejor solución porque permite al menor seguir relacionándose del modo más razonable con ambos progenitores.

En efecto, tras razonar profusamente las razones en que se fundamenta, dicha sentencia establece la siguiente doctrina: "3º Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los arts. 92.5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del art 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario,

17 La lógica evidencia que, si se ha producido la ruptura, es precisamente porque las relaciones entre los progenitores se han deteriorado, pero ello no debe conllevar automáticamente la exclusión del régimen de guarda y custodia compartida. Si así fuera, las malas relaciones podrían ser propiciadas deliberadamente por el progenitor al que no interese el régimen de guarda y custodia compartida.

habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

D) Imprescindible petición de parte: También la STS 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) determina la necesidad de que la guarda y custodia compartida sea solicitada, al menos, por uno de los progenitores: “En ambos casos¹⁸, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El CC, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse”.

E) No basta una motivación puramente retórica: En relación con la motivación de las resoluciones judiciales sobre guarda y custodia, la STS 7 julio 2011 (EDJ 2011/146903), después de citar la doctrina tanto propia como del TC sobre la necesidad de motivar las resoluciones judiciales en general, concluye afirmando la insuficiencia de una motivación puramente retórica: “La motivación contenida en la sentencia recurrida no tiene en cuenta más que de forma retórica, el interés del menor; por lo que no es suficiente para justificar la negativa al establecimiento de la guarda y custodia compartida... De acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal que apoya el recurso extraordinario por infracción procesal, esta Sala concluye que falta la motivación suficiente para considerar cumplido el deber constitucional de motivación, al fundarse la sentencia recurrida únicamente en forma nominal en el interés del menor; que después no aplica para resolver el recurso”.

F) No accede a la casación la valoración de las circunstancias concretas: También de forma reiterada se ha pronunciado el Alto Tribunal sobre la materia revisable en casación: “Así pues, de conformidad con la doctrina jurisprudencial citada tendrán acceso a la casación las cuestiones relativas a la aplicación de la norma sustantiva (función nomofiláctica), pero no la apreciación de la prueba o valoración de las circunstancias que concurran en cada caso concreto. Así resulta por ejemplo de la STS 323/2012, de 25 de mayo. Aplicando estos argumentos, las sentencias recaídas en casos en que se discute la guarda y custodia compartida, señalan que la doctrina de la Sala se ha pronunciado en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor; motivando suficientemente a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio, 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo, 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio)”.

G) Determinar el domicilio del menor es una facultad inherente a la patria potestad: La determinación del domicilio del menor es una de las facultades inherentes a la patria potestad y, por ello, corresponde a ambos progenitores la decisión al respecto. En caso de desacuerdo, resolverá el juez conforme establece el art 156 CC, pero sin perder de vista el supremo interés del menor; pudiendo dar lugar a un cambio de guarda y custodia.

Así resulta de la STS 26 octubre 2012 (EDJ 2012/232597): “Es cierto que la CE, en su art 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar; lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia [...] la sentencia deja sin contenido los derechos de la hija a la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar; y se soslayan los derechos y deberes de los padres que garantizan el reconocimiento del principio de que ambos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño (art 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, así como Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, que incorpora a la normativa española la nueva sensibilidad hacia el mundo de la infancia), y también el derecho de los padres a ejercer la patria potestad aun en el caso de que vivan separados, como dice en su informe el Ministerio Fiscal, que se comparte”.

H) Posibilidad de modificar anteriores medidas con fundamento en las nuevas tendencias: Por último, el TS abre la puerta a la modificación de las medidas sobre guarda y custodia adoptadas con anterioridad, con fundamento en que la actual doctrina jurisprudencial y la legislación autonómica supone una variación sustancial de las circunstancias a los efectos previstos en los artículos 91 CC y 775 LEC.

Dice así la STS 25 noviembre 2013 (EDJ 2013/239137): “A la vista de lo expuesto es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido tras la jurisprudencia citada del TC, de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal. Complementario de todo ello es la reforma del CC sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora

de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancia está supeditado a que favorezca al interés del menor”.

III. CONCLUSIONES

1ª) Los pronunciamientos judiciales sobre guarda y custodia repercuten notablemente en la vida de progenitores e hijos menores.

2ª) En aras de la uniformidad y consiguiente seguridad jurídica es conveniente que se establezcan criterios comunes sobre la materia, a modo de protocolo de actuación al que puedan acudir los operadores jurídicos.

3ª) Dada la diversidad de fuentes sobre guarda y custodia, y teniendo en cuenta la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, la uniformidad únicamente puede lograrse mediante la jurisprudencia emanada del TS en cumplimiento de las funciones nomofiláctica y uniformadora que tradicionalmente tiene atribuidas.

4ª) En materia de guarda y custodia ha de prevalecer el supremo interés del menor sobre cualquier otra consideración. Para su determinación hay que escudriñar las circunstancias casuísticamente.

5ª) La trascendental STS 29 abril 2013 (EDJ 2013/58481) establece como doctrina jurisprudencial que la guarda y custodia compartida ha de considerarse como el régimen normal y más conveniente para el menor.

6ª) En la actualidad existe un abundante cuerpo de doctrina jurisprudencial emanado de las sentencias constantes del TS al pronunciarse sobre numerosas cuestiones concretas relacionadas con la guarda y custodia compartida. Jurisprudencia que, como complemento del ordenamiento jurídico que es, debe ser aplicada por los órganos judiciales, y en cualquier caso es apta para fundamentar el recurso de casación por interés casacional.

7ª) El cauce para el acceso a la casación de los pronunciamientos sobre guarda y custodia es el previsto en el art 477.2.3 de la LEC, es decir, por interés casacional. También cabe impugnar las infracciones procesales que puedan producirse cuando concurren los requisitos para el recurso extraordinario por infracción procesal.

8ª) Conforme a la redacción de la regla primera de la DF decimosexta, cuando la competencia para conocer del recurso de casación venga atribuida a un TSJ es posible acumular la denuncia de los vicios procesales a la casación autonómica, o bien reservarlos para hacerlos valer mediante la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal ante el TS.

DOCUMENTOS
DOCENTES



EL APRENDIZAJE COOPERATIVO: UNA COMPETENCIA IMPRESCINDIBLE PARA LA FORMACIÓN DE LOS JURISTAS

COOPERATIVE LEARNING: A NEEDED SKILL FOR THE LAWYERS TRAINING.

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 604-621

Este trabajo forma parte de la Investigación realizada dentro del Proyecto inserta dentro del Proyecto de Innovación Los Mapas Conceptuales como Metodología Docente activa dentro del Nuevo Espacio Europeo. UV-SFPIE_ FO12-80822. Tipo del Proyecto/Finestra Oberta que dirige Cobas Cobiella, María Elena, Departamento Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, 2013- 2014.



María Elena
COBAS
COBIELLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de febrero de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 23 de febrero de 2014

RESUMEN: La innovación docente es un trabajo diario y costoso. El presente trabajo contiene las ideas preliminares en relación a una metodología docente activa “Los mapas conceptuales”, de aplicación en la carrera de Derecho, con vistas al fortalecimiento de las principales competencias que ha de tener un estudiante para la inserción en el futuro mundo laboral.

PALABRAS CLAVE: Innovación docente, mapas conceptuales, aprendizaje cooperativo, habilidades.

ABSTRACT: Teaching innovation is a daily and expensive work. This paper contains preliminary ideas regarding an active teaching methodology: “Concept maps” for the application in the career of law, in order to strengthen the skills that a student must get for its insertion into the future world labor.

KEY WORDS: Teaching innovation, concept maps, cooperative learning, skills.

SUMARIO: I.- Algunas cuestiones introductorias.- II. El aprendizaje cooperativo: ¿trabajo en equipo tradicional o una nueva versión? Desarrollo de las metodologías activas de aprendizaje, a la luz del nuevo espacio de educación superior de enseñanza.- III. Mapas conceptuales como metodología docente activa dentro del nuevo Espacio de Educación Superior Europeo.-1. Definiendo los mapas conceptuales.- 2. Notas identificativas de los mapas conceptuales.- 3. Objetivos de los mapas conceptuales.- 4. Características y formas de los mapas.- 5. Preparación de un mapa conceptual en los estudios de Derecho.- IV. A manera de conclusión.

I. ALGUNAS CUESTIONES INTRODUCTORIAS.

Cabe decir que el Nuevo Espacio de Educación Superior Europeo, conocido por todos como Bolonia, es un proceso, en el cual todos estamos adentrándonos actualmente. Para los estudios de Derecho esta cuestión ha sido muy compleja y aún quedan muchos tabús, porque esencialmente el Derecho siempre ha sido una enseñanza rígida y formalista, amarrada a la ley, y a las instituciones de una manera memorística.

Los profesores de Derecho, casi sin ninguna excepción y profesionales en general, hemos sido formados, bajo una enseñanza memorística, y de aprendizaje de artículos y de conceptos abigarrados, en muchas ocasiones, sin interconexión conceptual y con el trabajo meramente individual, premiando los logros individuales. Por supuesto, este tipo de enseñanza también tiene ventajas y por ello, la idea es trazar un modelo de estudio, que permite vincular lo mejor de cada sistema.

Bolonia, sin embargo ha permitido, a pesar de sus detractores, y de los inconvenientes que los tiene, y esta la primera puntualización, que nos gustaría hacer, aprovechar los recursos que tenemos, el principal y más importante, los estudiantes, hacerlos salir de esa posición que habitualmente tienen distante, exponer sus ideas, equivocarse y de nuevo intentarlo. Es nuestra responsabilidad darles un lugar y un espacio en el proceso docente, escucharlos- que no es lo mismo que oírlos-, verlos cometer errores, tener dificultades y con ellos nosotros, porque como dijera Saint Exupery, en el Pequeño Príncipe, “uno es responsable de su rosa”. Y ellos son nuestra responsabilidad y nuestra rosa.

• María Elena Cobas Cobiella

Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Valencia. Licenciada en Derecho en la Universidad de la Habana en 1983. Profesora de la Facultad de Derecho, Departamento Civil, Universidad de la Habana, Cuba: 1983-1999. Catedrática de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, Cuba. 1996. Notario en Cuba. 1992-1998. Catedrática de la Escuela de Salud Pública del Ministerio de Salud Pública de Cuba en el área de master y postgrados. 2000- 2001. Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia (España). Master en Derecho Privado por la Fundación ADEIT y Universidad de Valencia (España) 2004. Autora de numerosos artículos y publicaciones a nivel nacional e internacional. Directora de diversos Proyectos de innovación educativa. Directora de Postgrado Diplomado Sucesiones Adeit, 2013 y Diplomado de Derecho de Sucesiones, Nicaragua, León, Nacionalidad española-cubana. Correo electrónico: M.elena.cobas@uv.es.

Con el empleo de estas nuevas herramientas metodológicas, pasan al centro del proceso de enseñanza y permiten una nueva visión del aula y de los estudios universitarios. La Declaración de Bolonia sienta las bases para la construcción de un “Espacio Europeo de Educación Superior”, organizado conforme a ciertos principios (calidad, movilidad, diversidad, competitividad) y orientado hacia la consecución, entre otros, de dos objetivos estratégicos: el incremento del empleo en la Unión Europea y la conversión del sistema Europeo de Formación Superior en un polo de atracción para estudiantes y profesores de otras partes del mundo. La Declaración de Bolonia fue firmada el día 19 de junio de 1999, en Bolonia, Italia, por los Ministros de Educación de 29 países europeos¹.

Podemos decir que se trata de la reformulación de la Educación Superior sobre la base de unos objetivos de aprendizaje comunes a cada uno de los niveles educativos (grado y postgrado). Desarrollando determinadas competencias que son necesarias y que demanda el sector empresarial, entre las que destacan la capacidad de análisis y síntesis, la capacidad de aplicar los conocimientos en la práctica; la planificación y gestión del tiempo; conocimientos generales básicos sobre el área de estudio; conocimientos básicos de la profesión, comunicación oral y escrita en la lengua materna, conocimiento de una segunda lengua, habilidades básicas de manejo del ordenador; habilidades de investigación, capacidad de aprender; habilidades de gestión de la información, capacidad crítica y autocrítica, capacidad para adaptarse a nuevas situaciones, capacidad para generar nuevas ideas (creatividad), resolución de problemas, toma de decisiones, trabajo en equipo, habilidades interpersonales, liderazgo, capacidad de trabajar en un equipo interdisciplinar, capacidad para comunicarse con personas no expertas en la materia, apreciación de la diversidad y multiculturalidad, habilidad para trabajar en un contexto internacional, conocimiento de culturas y costumbres de otros países, habilidad para trabajar de forma autónoma, diseño y gestión de proyectos, iniciativa y espíritu emprendedor, compromiso ético, preocupación por la calidad, motivación por el logro.

Una de las cuestiones que destacan más en el ámbito de la enseñanza universitaria, es la transformación del rol del profesor y del estudiante, siendo la verdadera base del cambio, que la arquitectura y el entramado docente gira en torno al estudiante, que debe ser el centro del proceso docente, con un protagonismo sin precedente².

- 1 La Declaración conjunta referenciaba la adopción de un sistema comparable de títulos, fundamentados en dos ciclos principales la titulación del primer nivel o ciclo será pertinente para el mercado de trabajo europeo, al ofrecer un nivel de cualificación apropiado y un segundo nivel que requerirá haber aprobado el primero, que está encaminado a obtener titulaciones de postgrado, tipo master o doctorado; la expedición del llamado suplemento europeo al título que constituye un documento común a toda la Unión Europea que constituye la vida académica del estudiante y de los tipos de estudios que ha cursado; el establecimiento del sistema de créditos transferibles, que reconoce el trabajo real del estudiante, la promoción de la dimensión europea en sede de educación superior en lo referente a la calidad de ésta, que pudiera ser medida a través de criterios uniformes y metodologías comparables con especial énfasis en el desarrollo curricular; finalmente y no por ello menos importante, la promoción de la movilidad de los estudiantes, investigadores y profesores.
- 2 “No obstante, la verdadera revolución traída por el proceso de convergencia es la que afectará a la metodología docente, determinando la sustitución de las pautas hasta ahora predominantes en los estudios de Derecho.

Zabalza opina en referencia al profesorado: “Los profesores debemos sentirnos como agentes de la misma pero no como sus propietarios”³. Esta es la idea central; otra cosa es que la práctica haya tomado otros derroteros⁴.

El proceso educativo actual gira en el nuevo rol alumno- profesor: “no obstante, la verdadera revolución traída por el proceso de convergencia es la que afectará a la metodología docente, determinando la sustitución de las pautas hasta ahora predominantes en los estudios de Derecho. Nuevos planteamientos y nuevas técnicas pedagógicas que deberán pivotar principalmente sobre una diametral inversión de la perspectiva, de tal modo que frente al protagonismo hasta ahora asumido por el profesor; toda la arquitectura docente tendrá que girar en torno a la figura del alumno y a la necesidad de incrementar la racionalidad y la eficacia de su aprendizaje”. Ésta es la verdadera base del cambio.

Lo anterior conduce a realizar determinadas análisis, que aunque se han hecho anteriormente, vuelven a aparecer a una escala insospechada. El profesorado en general, se dedicaba a la docencia, salvo alguna excepción, luego de haber realizado estudios universitarios específico, matemáticas, física, biología o derecho, pero sin mayor formación pedagógica que las ganas de compartir conocimientos con nuestros estudiantes, las experiencias como becarios en algunos casos y en muchos otros por circunstancias individuales, pero en general no como una constante en la enseñanza.

Sin embargo esta nueva concepción de la docencia, nos ha unido un poco, y nos ha hecho pensar en términos como competencias, planificación del proceso docente y sobre todo reflexionar sobre nuestro papel como docentes, sobre nuestros alumnos, sobre nuestro trabajo diario, que no es más que “enseñar”. Porque está claro, que se puede ser un excelente profesional y un educador mediocre, o carente de habilidades pedagógicas y de estímulo, aunque viceversa, creo que no es posible, un buen maestro, ha de dominar además su materia, haciéndola más cercana y asequible a los estudiantes, sin perder por ello, la profundidad que ha de tener la formación universitaria.

Nuevos planteamientos y nuevas técnicas pedagógicas que deberán pivotar principalmente sobre una diametral inversión de la perspectiva, de tal modo que frente al protagonismo hasta ahora asumido por el profesor, toda la arquitectura docente tendrá que girar en torno a la figura del alumno y a la necesidad de incrementar la racionalidad y la eficacia de su aprendizaje”. “Criterios e indicadores del proceso de evaluación del título de Grado de Derecho. Libro Blanco. Título de Grado en Derecho. Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación”.

- 3 Zabalza, M.A. *La enseñanza universitaria. El escenario y sus protagonistas*. Madrid (2002): Narcea, 73.
- 4 Requiere este tipo de aprendizaje mucho esfuerzo y trabajo, tanto por parte del profesor como por parte del estudiante. Horas de trabajo, iniciativa, y mucha dedicación para evaluar el trabajo continuo del estudiante. Los profesores además se desesperan porque el tiempo no alcanza para explicar toda la materia, porque creen que ha de abordarse todo el contenido, cuando la verdadera esencia de estas nuevas metodologías, es que el estudiante vaya construyendo poco a poco el conocimiento y aprenda más que el todo, a interrelacionar y a identificar problemas, buscando soluciones.

La Universidad es un reducto del saber y es importante recordarlo siempre, con independencia de que la vida fuera de ella, es mucho más rica y la práctica profesional suele alejarse del sentido teórico que suele tener la misma. Sin embargo, y a pesar de ello, es la primera fuente de aprendizaje, es el intermedio entre la adolescencia y la madurez, y es imprescindible, aun cuando los estudiantes creen que cuando salen no han aprendido nada, es errado. La diferencia es abismal entre un alumno de tercer año de Derecho, a uno de primero, y tampoco el alumno de primero es igual en el primer mes en la Facultad, que cuando termina su primer curso. En el caso de los estudios de Derecho el crecimiento de los estudiantes debe ir de menor a mayor; de forma tal, que en cuarto año pueda interrelacionar conceptos y ofrecer soluciones empleando las definiciones y conocimientos aprendidos a lo largo de sus años de estudio.

Aunque ya estamos abocados de lleno a las transformaciones universitarias, es un momento de reflexión de cómo enfrentar estos cambios, de cómo combinar la enseñanza y el aprendizaje, que son los dos polos dentro del trabajo docente; cuestión que en muchas ocasiones no es suficientemente valorada por los profesores. ¿Qué nos hace ser mejores profesores? ¿Cuáles son los límites de nuestro trabajo? ¿Cuándo termina nuestra responsabilidad como docentes y dónde la de los estudiantes de aprender? Existen muchos profesores que limitan su trabajo a enseñar contenidos, por determinadas razones, bien por no sentirse preparados; ya no, en cuanto a conocimientos, por entender que ese es su cometido y que la forma en que los estudiantes aprenden, se escapa de su responsabilidad como profesores universitarios.

Es asumido por la mayoría de los docentes, que ser un buen profesor es explicar con claridad los contenidos y saberse la materia, si los alumnos no aprenden, es algo que ya no es encuentra dentro de su control⁵. Esta cuestión dentro del nuevo Espacio Europeo de Educación Superior es algo que ha de quedar atrás.

Por otra parte, la masificación de la enseñanza universitaria, tampoco ha favorecido otros métodos modernos de enseñanza o por lo menos distintos, tarde o temprano ante grupos tan numerosos, recurrimos a los métodos tradicionales. Soy consciente que en un grupo con más de 50 alumnos es demasiado trabajoso

5 “Un aspecto muy importante de las directrices ‘ex Bolonia’ es el de la necesaria renovación metodológica. Ello nos ofrece la oportunidad de pasar de una enseñanza excesivamente centrada en la retención memorística -y necesariamente reductiva- del ordenamiento jurídico a otra en la que –sin detrimento de los contenidos informativos que son imprescindibles- se potencie más la adquisición de las destrezas y habilidades específicamente jurídicas: comprensión de textos jurídicos, redacción de todo tipo de documentos jurídicos, exposición oral y en público, debate en profundidad de argumentos jurídicos, etc. Asimismo, es importante prestar una mayor atención a los aspectos prácticos de la enseñanza, que es una deficiencia que todas las encuestas manejadas en este Informe subrayan con rara unanimidad”. “Criterios e indicadores del proceso de evaluación del título de Grado de Derecho. Libro Blanco. Título de Grado en Derecho. Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación”.

y gravoso para el profesor otra metodología que no sea la clásica. Incluso con 50 alumnos ya es bastante asumir una enseñanza- aprendizaje innovador.

Los cambios siempre nos aterran, son costosos e implican un gran esfuerzo personal y romper esquemas arraigados en nuestras mentes, en el entorno y en los propios estudiantes. Eso no lo debemos ignorar al tratar estos temas. El reto está en los maestros, en los profesores y en las instituciones, y en los departamentos docentes. Una de las cuestiones más trabajadas en sede de innovación, es el rol de los docentes porque su perfil profesional se vuelve más complejo, y sus competencias cambian, a la par que se transforma todo a su alrededor:

El rescate de la identidad del profesor universitario ha de ser otro de los retos que hay que asumir y no solo a raíz del Proceso de Bolonia. Nuestras profesiones, bien seamos arquitectos, médicos o abogado nos identifican, pero todos los que somos profesores tenemos un factor común, que es la docencia y ello hace que tengamos problemas comunes con independencia de lo que hayamos estudiado, y nuestra formación debe ser docente y encaminada a ello, lo cual permitirá una mejor solución de los problemas y facilitará a lo largo actuaciones conjuntas, incluso interdisciplinarias en pos del desarrollo del proceso docente. Igualmente hay que sacar a flote el concepto de profesor- maestro y educador; con independencia de que los estudiantes sean universitarios, ello es imprescindible para lograr profesionales comprometidos con la sociedad, con valores y sobre todo con autoestima en relación a su valía.

En este proceso no hay sólo una parte, el profesor; hay otra y más importante: es el estudiante.

El estudiante es la clave, es el centro y protagonista del aprendizaje. Sobre él gira todo el mundo universitario. Esto por supuesto conlleva un estudiante responsable y comprometido, pero sin perder de vista que los estudiantes que tenemos no son ni menos buenos ni más malos que lo fuimos nosotros o las generaciones que nos antecedieron. Pertenecen a otra generación y con ello debemos de aprender a convivir; no obstante a ello, cabría preguntarnos: ¿Cuál es el papel del estudiante dentro de este proceso?

El estudiante al igual que el profesor; juegan un papel activo dentro de este proceso, deja de ser el sujeto pasivo que recibe un cúmulo de conocimientos y se convierte en un sujeto activo, que aprende a construir sus conceptos. Este nuevo status del alumno se caracteriza porque el mismo es el responsable de su propio aprendizaje; toma parte activa y desarrolla hábitos de reflexión, así como la autonomía y el pensamiento constructivo y crítico, aprende a autoevaluarse, adquiere destrezas que resultan muy importantes para el mundo laboral, se rodea y participa en un entorno social y profesional a través de actividades organizadas con

este fin. Lo que se conoce en el lenguaje de Bolonia, el desarrollo de competencias para el estudiante y el proceso docente en general.

El desarrollo del sistema de competencias es otra de los indicadores en el nuevo marco educativo. Según Tait y Godfrey⁶, todos los estudiantes deben tener un nivel mínimo de competencias genéricas y habilidades transferibles que les permitan un aprendizaje independiente y eficaz en la educación superior; para ello necesitan diferentes tipos de competencias como las cognitivas (solución de problemas, pensamiento crítico, observar, uso de la información, desarrollar habilidades orales y escritas entre otras. A ello se unen las llamadas competencias metacognitivas que se encaminan a la autoevaluación y a la autorreflexión, las conocidas como competencias sociales que se destacan por el trabajo en equipo y la disposición afectiva como la responsabilidad, la independencia y la flexibilidad⁷.

La idea de la enseñanza tradicional se fundamenta en la percepción de que si explicamos lo que sabemos y dominamos, los estudiantes serán capaces de captarlo y aprenden a razonarlo de la misma forma que los profesores⁸.

Hay que tener en cuenta en este sentido que lo que logra construir el estudiante es lo que vale, más de lo que enseña el profesor; por ello coincido con algún autor en la materia cuando señala: "Para que los estudiantes consigan los resultados deseados de una manera razonablemente eficaz, la tarea fundamental del profesor consiste en lograr que sus alumnos realicen las actividades de aprendizaje, que, con mayor probabilidad, les lleven a alcanzar los resultados pretendidos. Lo que hace el estudiante es, en realidad, más importante para determinar lo que aprende que lo que hace el profesor"⁹

6 Citado por Bedolla Cedeño, C. en "Las competencias genéricas en la educación superior". <http://www.monografias.com/trabajos56/competencias-genericas/competencias-genericas2.shtml>.

7 Dentro de las competencias las genéricas y específicas han cobrado especial importancia para la formación universitaria en la actualidad. En lo que concierne a las genéricas son vistas como atributos, características, y valores y marcan lo que debe ser un profesional, con independencia de la materia o el contexto en qué se desenvuelva el mismo, de ahí que la investigación en sede de educación universitaria evidencia que el aprendizaje es más eficaz cuando el conocimiento deja de ser abstracto y se ubica en un contexto cultural y social, el aula llevada al lugar de trabajo.

Las competencias específicas se insertan más dentro del ámbito del estudio de la disciplina y materia, pero no como simple contenido o aprehensión de conocimientos, sino que se basan en la posibilidad de anticiparse a los problemas y en la búsqueda de soluciones a las cuestiones que se planteen. Su importancia viene dada porque de la mano de las competencias genéricas permite la formación de un profesional insertado dentro de un mundo laboral.

8 Sin embargo tal como advierte algún autor en la materia: "Ahora comprendo, que, de esa manera, el cerebro no trabaja demasiado bien. Todos construimos nuestro sentido de la realidad y desarrollamos nuestra capacidad para razonar, y lo hacemos razonando sobre problemas. Aristóteles dijo hace ya mucho tiempo "Las cosas que hay que aprender a hacer necesariamente antes de hacerlas, las aprendemos haciéndolas". Si queremos que nuestros estudiantes aprendan a razonar, debemos proporcionarles todas las oportunidades para que lo hagan". Vid. BainKein. Introducción al libro de Finkel, D. Dar clase con la boca cerrada (título original Teaching with your mouth shut), Valencia (2008): Universidad de Valencia, 12.

9 Shuell, T.J. "Cognitive conceptions of learning". *Review of Educational Research*, (1986). 56°, 411.

En este punto juegan un papel esencial las metodologías activas de aprendizaje dentro de las que destacan el aprendizaje cooperativo, el aprendizaje basado en problemas y el método del caso.

Una reflexión sobre este punto. La idea de clases teóricas y clases prácticas o seminarios que teníamos hasta este momento, se alejan cada vez más del nuevo espacio de educación superior, por ello las materias ya no se dividen en teoría y práctica como era hasta el momento; constituye una forma distinta de concebir la enseñanza, por tanto la cuestión no es impartir una semana teoría y la siguiente práctica y así sucesivamente, el tema es mucho más complejo, la actividad de enseñanza va más allá de este concepto, pasa de la asistencia a clase y estudio, a la asistencia y participación en clase, trabajo guiado, trabajo colectivo o en equipo, trabajo individual y estudio. Esto implica cambios para el alumno y para el profesor, por esta razón es importante el papel que juega la innovación y estas nuevas herramientas que podemos emplear en esta nueva concepción de la docencia.

Escritos sobre esto señalan: "Para el profesor, la docencia tradicional, la clase magistral, se verá en parte sustituida por sesiones en las que haya mayor participación del alumnado, haciendo uso de las denominadas metodologías activas. Además, el profesor habrá de dedicar parte de su tiempo al seguimiento o acompañamiento de alumnos. Ya no se trata de pensar sólo en la materia, ahora se trata de que los alumnos la aprendan. Coherentemente, la evaluación deberá adaptarse a la nueva práctica docente y sus nuevos objetivos... Para los alumnos, ir a clase ya no supondrá una actitud pasiva, ir a copiar apuntes que después habrá de estudiar de forma más o menos razonada. Ahora los alumnos van a clase a participar en tareas que les permitirán aprender más. Tendrán que buscar e integrar información, que trabajar en equipo, que planificarse, que presentar resultados, que tomar decisiones y también que estudiar... Mucho de su aprendizaje acontecerá de manera autónoma y tendrán que ser conscientes de que todo esto no son extras sino elementos necesarios para superar sus materias, porque es la única forma de conseguir el aprendizaje integral que se pretende"¹⁰.

II. EL APRENDIZAJE COOPERATIVO: ¿TRABAJO EN EQUIPO TRADICIONAL O UNA NUEVA VERSIÓN DE ENTENDER EL TRABAJO DOCENTE? DESARROLLO DE LAS METODOLOGÍAS ACTIVAS DE APRENDIZAJE, A LA LUZ DEL NUEVO ESPACIO DE EDUCACIÓN SUPERIOR DE ENSEÑANZA.

Las metodologías activas de aprendizaje constituyen las alternativas a las metodologías docentes tradicionales, surgen como un nuevo esquema o visión de la forma en que deben aprender nuestros estudiantes. En la enseñanza tradicional el

10 Benito A. y Cruz A. *Nuevas claves para la Docencia Universitaria en el Espacio Europeo de Educación Superior*. Madrid (2007): Narcea, 18.

centro de atención de todo el proceso recae en la materia, se enseñan contenidos y la formación de los alumnos es técnica y profesional, mientras que en el nuevo esquema el alumno es el centro, se les enseña a aprender y la formación se considera mucho más integral. Implica por tanto que el estudiante no sólo adquiera conocimientos sino destrezas para la vida profesional futura, es lo que se denomina en conclusión “aprender haciendo”¹¹. La peculiaridad que las caracteriza es la transformación en el papel del profesor y el alumno dentro del proceso de enseñanza-aprendizaje.

El nuevo espacio europeo no está reñido con la clase magistral, la teoría o la práctica, seminarios o clases prácticas. Sin embargo hay que verlo desde otra óptica, deben ir acompañadas de otras herramientas docentes para desarrollar nuevas habilidades y competencias, que trascienden de los contenidos teóricos o prácticos, necesarios para poder obtener el grado correspondiente. Si cambiamos la visión de la enseñanza; cambia el papel del alumno, del profesor y del escenario universitario, lo que se llama crear un marco para una enseñanza eficaz. Dentro del marco de la misma podemos hacer mención a la motivación social, la motivación de logro, y motivación intrínseca¹².

El aprendizaje cooperativo es un método docente donde el aprendizaje es de todos y para todos, se construye el conocimiento sobre la base y participación de grupos pequeños. Es enseñar sobre la base del trabajo del grupo. Sin pretender agotar un espectro teórico sobre el tema, vale comentar que el aprendizaje cooperativo surge como un movimiento metodológico o escuela por definirla de algún modo, en el área de la educación en Estados Unidos¹³.

Las principales características del mismo, según estudios de los expertos en la materia radican en que hace hincapié en las relaciones personales y la experiencia que nace del trabajo en colectividad, siendo ello su fuente principal de crecimiento y desarrollo.

Lo explica acertadamente algún experto en el tema: “se validan las interacciones sociales, como también la visión de que el aporte de dos o más individuos que trabajan en función de una meta común, puede tener como resultado un producto más enriquecido y acabado que la propuesta de uno sólo, esto motivado por las

11 “La adquisición efectiva de las numerosas competencias que definen cada titulación, requiere que el alumno aprenda haciendo. Resultaría imposible garantizar que nuestros alumnos aprendan a comunicar si en nuestras enseñanzas no hay espacio para que ellos expongan trabajos o elaboren informes. No aprenderán a planificarse si sólo planificamos nosotros. No aprenderán a seleccionar, manejar e integrar la información si nunca consultan otras fuentes que no sean nuestros apuntes o un libro de texto. Para incluir adecuadamente éstos y muchos otros elementos nuevos en la docencia universitaria, es necesario conocer otras técnicas de enseñanza”. Benito A. y Cruz A. *Nuevas claves para la Docencia Universitaria en el Espacio Europeo de Educación Superior*, cit., 15-16.

12 Vid. Biggs, J. *Calidad del aprendizaje universitario* (título original *Teaching for Quality Learning in University* (traducción por P. Manzano). Madrid (1999): Narcea, 85-86.

13 D.W Johnson, R.T Johnson, E.J. Holubec, S. Kagan y M. Kagan, los cuales, a su vez, se inspiraban en los grupos de aprendizaje de J. Dewey y en los estudios de dinámicas de grupos de K. Lewin. Hiltz y Turoff.

interacciones, negociaciones y diálogos que dan origen al nuevo conocimiento¹⁴. Una cuestión básica dentro del aprendizaje cooperativo es la interdependencia positiva que se basa en el principio de cooperación y la existencia de una conciencia entre los integrantes del grupo, de estar enlazados a los demás para conseguir un objetivo por medio de una vinculación que permite que el grupo alcance una meta.

El aprendizaje cooperativo es uno de los más efectivos dentro del proceso docente, porque permite el desarrollo de un conjunto de habilidades que luego son imprescindibles para la vida laboral: el trabajo en equipo y las habilidades interpersonales. Genera también un sistema de apoyo a los estudiantes con mayores dificultades para integrarse sobre todo en primer año del curso, produciendo una mayor motivación, lo cual permite desde mi punto de vista hacer vida universitaria, sobre todo en grupos muy extensos donde los estudiantes habitualmente no se conocen.

El aprendizaje cooperativo no lo podemos ver como un simple trabajo en grupo, existen importantes diferencias metodológicas entre el aprendizaje cooperativo y el aprendizaje tradicional, como la interdependencia, las instrucciones que se imparten y la heterogeneidad versus la homogeneidad. En el aprendizaje cooperativo todos rinden informe sobre el estudio mientras que en el tradicional no sucede así, en lo que respecta a las instrucciones, en el aprendizaje más tradicional no se imparten instrucciones para la cooperación, a diferencia del cooperativo donde se funciona sobre la base de las instrucciones, los grupos en el aprendizaje cooperativo son heterogéneos mientras que la homogeneidad imprime el aprendizaje más tradicional.

Finalmente hay otras diferencias de importancia entre ambas modalidades de aprendizaje, como la preocupación por el trabajo de los compañeros y la interrelación o feedback con el profesor; en el cooperativo se destacan estos dos puntos, a diferencia del aprendizaje de forma tradicional donde estos aspectos no destacan. El aprendizaje cooperativo genera sentimiento de compañerismo dentro del grupo, y de solidaridad y apoyo entre sus miembros y permite desde mi punto de vista fortalecer el trabajo universitario y el sentimiento de pertenencia a un grupo y a la Universidad, que es un punto que debería ser una preocupación de los equipos rectorales, y de todo el colectivo universitario¹⁵.

Existen algunas técnicas para que los estudiantes trabajen de forma cooperativa tanto en el aula como fuera de ella. Entre las técnicas que puedan desarrollarse se destacan el puzzle, el lector- grabador- verificador, los mapas conceptuales, y los

14 Vid. Zañartu Correa, L. M. "Aprendizaje colaborativo: una nueva forma de diálogo interpersonal y en red". <http://www.slideshare.net/CeciliaBuffa/luz-mara-zaartu-correa-aprendizaje-colaborativo>.

15 La etapa de la Universidad debe marcar al estudiante y hacerle creer en el futuro y en sus valores. No debe pasar como una etapa gris, sin camaradería y sin esperanzas, por muy difíciles que sean los tiempos.

grupos de debates¹⁶, conjuntamente con otras técnicas como la presentación de trabajos, los seminarios y las tutorías.

Por ello cabe decir a manera de conclusión, que marcadas son las diferencias entre el trabajo en equipo tradicional y esta nueva concepción metodológica, que enfoca la cuestión con mayor profundidad.

III. MAPAS CONCEPTUALES COMO METODOLOGÍA DOCENTE ACTIVA DENTRO DEL NUEVO ESPACIO DE EDUCACIÓN SUPERIOR EUROPEO.

I. Definiendo los mapas conceptuales.

Los mapas conceptuales sirven para presentar una determinada estructura y a su vez para que los alumnos vean y diseñen ellos mismos esa estructura. Permiten ver la totalidad del conocimiento y de lo aprendido, lo que les diferencia del puzzle o rompecabezas, donde cada estudiante trabaja sobre una parte y se integran dentro de la modalidad de aprendizaje cooperativo¹⁷.

En los mapas se trabaja el conjunto, de forma tal que el espectador tiene como una especie de visión cósmica y tal como se observa un sistema planetario, de todos los conceptos interrelacionados y organizados. Cabe decir que los conceptos no han de verse completamente, muchos esquemas ordenados por el sistema Prezi, por ejemplo, permite presentar de forma fragmentada los conceptos, aunque finalmente la idea es que logre verse el conjunto, cuando se termina el mapa.

Un mapa conceptual como lo define Novak, "es un recurso esquemático que gráficamente ayuda a representar un conjunto de significados conceptuales incluidos en una estructura de proposiciones, que sirve como una herramienta para organizar y representar conocimiento y para el aprendizaje"¹⁸, por esta razón se pueden hacer presentaciones con gráficos, dibujos, e incluso representaciones, obras, maquetas y todo aquello que haya servido para expresar y construir las ideas. Con Biggs¹⁹: "ellos disponen de los subconceptos, bien dibujándolos, bien colocando tarjetas en las que

16 Estas técnicas son también modalidades de evaluación. La técnica del puzzle es una herramienta de trabajo en el aula, donde un grupo de alumnos que reciben la información desagregada, en fracciones aunque totalmente completa, deben organizarla, a la usanza de un puzzle o rompecabezas, de donde recibe su nombre. El lector – grabador- verificador es una técnica basada en el rol que desempeñan cada uno de los estudiantes, que es diferente, mientras uno de los alumnos lee el material que les ha dado el profesor, otros dos miembros del equipo toman nota de lo que les ha parecido más útil e interesante para la actividad y el tercer grupo verifica que los otros han entendido lo que se ha expuesto. Igualmente se pueden ir intercambiando el papel dentro de la actividad, de forma que todos tengan igualdad de oportunidad para desarrollar las cuestiones. Y finalmente tenemos la figura de los mapas conceptuales, sobre los que se incidirá en siguiente acápite.

17 Vid. Cobas Cobiella, M.E. "Mapas conceptuales, aprendizaje cooperativo y la enseñanza del Derecho. Reflexionando sobre el tema", en AA.VV. Mapas conceptuales. Aprendizaje cooperativo. Aprender haciendo (coords. M.E.Cobas Cobiella y A. Ortega Giménez). Madrid(2014), Thomson Reuters, Aranzadi, 25.

18 Novak, J, Gowin, B y Johansen, G. *The use of concept mapping and knowledge vee mapping with junior high school science education*. EEUU (1983): Science Education, 625.

19 Biggs, J. Calidad del aprendizaje universitario, cit., III.

se hayan escrito los que tengan más sentido para ellos”, aunque luego advierte, que las tarjetas es uno de los recursos gráficos, se puede escribir incluso sobre el papel directamente.

Los mapas conceptuales sirven tanto como métodos de enseñanza y de evaluación conjuntamente. Partiendo de un principio, o de una institución o figura, se van generando subconceptos, que entren en relación directa con él, después se van trazando líneas que los unen con una breve referencia de la razón del vínculo generado²⁰.

Lo podemos conceptualizar como una modalidad de construcción del conocimiento en el ámbito de la enseñanza, que nos permite identificar y representar las relaciones que se generan entre los distintos conceptos en un área o materia determinada, tal como advierte algún sector de la doctrina que entiende que un mapa conceptual es antes que otra cosa un mapa mental y un esquema, apreciándolo también como una representación gráfica interna y externa del concepto que en principio es una abstracción de la realidad²¹.

Como ya he señalado con anterioridad, un mapa constituye por tanto un instrumento polifacético y de gran utilidad dentro de la innovación docente²².

2. Notas identificativas de los mapas conceptuales.

Las notas identificativas de los mapas conceptuales son las siguientes:

1º) Son una metodología como tantas que redefinen el aprendizaje, y el concepto de aprender haciendo.

2º) Son un Instrumento o herramienta que permite combinar método de enseñanza y de evaluación conjuntamente, depende cómo se empleen.

3º) Permiten el desarrollo de un conjunto de competencias, porque aunque como he comentado anteriormente, aunque sea en el fondo una fórmula de esquematizar el conocimiento, la idea que subyace es que se aproveche esta metodología para apostar por el desarrollo de otras competencias. Por tanto, permiten que se fortalezca no solamente el trabajo cooperativo, sino otras competencias necesarias para la vida futura profesional entre las que destacan algunas que amerita consignar como el

20 Sobre esta cuestión consultar a Biggs, J. Calidad del aprendizaje universitario, cit., 111.

21 Vid. Arellano, J y Santoyo, M. Investigar con mapas conceptuales. Procesos metodológicos. Madrid (2009): Narcea, 92. Biggs, J. Calidad del aprendizaje universitario, cit., 111, señala al abordar el marco conceptual de los mismos, que los mapas presentan un cuadro general y, como representaciones holísticas de una estructura conceptual compleja.

22 Cobas Cobiella, M.E. “Mapas conceptuales, aprendizaje cooperativo y la enseñanza del Derecho. Reflexionando sobre el tema”, cit., 26.

liderazgo representado por los portavoces que se designan en la realización de los mapas, el carácter competitivo, el saber exponer, e incluso y aunque pueda parecer superficial la imagen, el día de los mapas y su exposición se rodea del boato que debe tener la justicia. Otra de las competencias es el empleo de las herramientas informáticas porque los estudiantes trabajan con programas creados y diseñados a tal efecto, de descargas gratuitas²³ también la capacidad de exposición, y de síntesis porque deben condensar el conocimiento jurídico tan vasto en conceptos concretos.

4º) Son flexibles. No existe una obligatoriedad en la forma en que el conocimiento se exprese, también permite su empleo, tanto como elemento para la enseñanza, como para la evaluación en concreto.

3. Objetivos de los mapas conceptuales.

Los objetivos de los mapas conceptuales son diversos, indistintamente sirven para generar ideas, evaluar la comprensión de la materia explicada, construir el conocimiento, representarlo, diseñar estructuras complejas, evaluar la comprensión de la docencia y medir la comprensión de los conocimientos²⁴. También pueden utilizarse como retroinformación y como ayudas para el estudio²⁵.

Pretende el desarrollo armónico de todas las dimensiones de la persona no solamente las intelectuales. Esto último lo logra al favorecer el desarrollo de la autoestima de los alumnos ya que los ayuda a que capten el significado de las tareas de aprendizaje.

4. Características y forma de empleo de los mapas conceptuales.

Los mapas conceptuales suelen estar caracterizados por la forma peculiar en que se representan, por el sistema de enlaces que los identifican, así como por la forma de empleo de los conceptos.

Los conceptos que es la base del mapa se representan en forma jerárquica, de mayor a menor, los más generales en la parte superior del mapa y los conceptos más específicos, menos generales debajo organizados jerárquicamente. La estructura jerárquica para un dominio de conocimiento en particular también depende del contexto en el cual ese conocimiento está siendo aplicado o considerado. Por lo tanto, es mejor construir mapas conceptuales con referencia a una pregunta en particular que el estudiante debe de responder, la cual suele llamarse la *pregunta de*

23 Hablamos del programa denominada Prezi.

24 Arellano, J y Santoyo, M. Investigar con mapas conceptuales. Procesos metodológicos, cit., 42.

25 Vid. Biggs, J. Calidad del aprendizaje universitario, cit., 112.

enfoque, aunque también cabe en la enseñanza del Derecho, por sus especificidades que se trabaje con temas del programa de la asignatura de la que se trate²⁶.

El mapa conceptual puede estar relacionado a alguna situación o evento que estemos tratando de entender por medio de la organización de conocimiento en la forma de un mapa conceptual, proporcionando así el contexto para el mapa conceptual. No nace un mapa, sino hay una cuestión que desarrollar. En el ámbito de la enseñanza del Derecho se puede trabajar para la impartición de un tema, en cuyo caso el mapa y su construcción girará en torno a la figura o institución, con las categorías que habitualmente se analizan en relación a la misma; el concepto, las clases, la naturaleza jurídica, la regulación jurídica, aunque puede irse complejizando en cada punto de la misma, sobre cuestiones controvertidas²⁷.

Otra característica importante de los mapas conceptuales es la inclusión de los enlaces cruzados, que constituyen relaciones o enlaces entre conceptos de diferentes segmentos o dominios del mapa conceptual. Los enlaces cruzados nos ayudan ver cómo un concepto en un dominio de conocimiento representado en el mapa está relacionado a un concepto en otro dominio mostrado en el mapa.

En la creación de nuevo conocimiento, los enlaces cruzados a menudo representan saltos creativos por parte del estudiante, y significa que está logrando entrelazar los conocimientos. Simplificando la explicación: al diseñar los mapas, pueden presentarse a los estudiantes un concepto o principio fundamental, para que después ellos subgeneren conceptos²⁸, incluso puede presentarse un tema de clase para ir desglosándolo.

Existen dos características de los mapas conceptuales que son importantes en la facilitación del pensamiento creativo; la estructura jerárquica que está representada en un mapa conceptual que tenga éxito y la habilidad de buscar y caracterizar nuevos enlaces cruzados. Estos enlaces pueden conducir a una sentencia, o a otro punto a debatir en el ámbito de la cuestión²⁹.

26 Los mapas conceptuales para Derecho se adaptan a la propia naturaleza del Derecho, con independencia de que pueda asumirse un mapa tradicional con las preguntas de interés jurídico.

27 Ello depende de la habilidad del estudiante, de la profundización de la materia, y de su propia capacidad de análisis. En ocasiones hay diferencias abismales entre la comprensión de un tema, si se trata de equipos diferentes. Puede ir in crescendo el conocimiento, si el equipo de estudiantes es muy aventajado.

28 Biggs, J. Calidad del aprendizaje universitario, cit., III.

29 Esto en el estudio del Derecho suele pasar con más frecuencia que la que imaginamos, del análisis de un punto saltamos a otro que se encuentra en interconexión, y que quizás al inicio no formaba parte del esquema complejo. Esto permite que el alumno aprecie todo el marco teórico y práctico que esconde una simple figura, la que si estudiamos memorísticamente no nos permite vislumbrar la gama de cuestiones que subyacen en la misma. En el aprendizaje memorístico el alumno rompe con la continuidad y se aprende fragmentariamente. Está claro que el conocimiento aunque es ilimitado, en algún momento hay que cerrar los esquemas, pero en la medida que el estudiante avance, aprende mucho más y va acumulando información para otros asuntos que conozca en un futuro cercano, bien en el aula o como profesional.

Un elemento final que puede ser agregado a los mapas conceptuales son los ejemplos específicos de eventos u objetos, los cuales ayudan a aclarar el significado de un concepto dado. Normalmente estos no están incluidos en óvalos o rectángulos, ya que son eventos u objetos específicos y no representan conceptos, pero que sirven para la comprensión de la materia.

La libertad de formas en la elaboración de los mapas, es un principio de estos, siempre y cuando tengan cierta enjundia y abarquen lo más relevante que hay que saber³⁰.

Cerrando este punto, existen tres palabras claves para un mapa conceptual, que se respete: la jerarquización; habida cuenta que los conceptos están dispuestos por orden de importancia, segundo la selección, han de ser una síntesis o resumen que contenga lo más significativo del tema, y aquí me gustaría añadir, que mucha información, dentro de los mapas, no es sinónimo de calidad, a contrario sensu, como recurso esquemático ha de contener lo esencial de un tema³¹, y finalmente el impacto visual, un buen mapa conceptual es conciso y muestra las relaciones entre las ideas principales de un modo simple y vistoso.

5. Preparación de un mapa conceptual en la enseñanza del Derecho.

Los mapas conceptuales son de reciente aplicación para la enseñanza del Derecho. Muchos profesores son reticentes y los estudiantes están dispuestos a colaborar, aunque algunos alumnos, que acceden a los estudios de Derecho, consideran que su memoria es el mejor recurso con el que se cuenta, porque suelen tener la idea que por demás, tampoco es tan errónea que el aprendizaje en las ciencias sociales y humanísticas en general se fundamenta en la memoria.

Esta idea es errada porque el derecho precisamente es una de las disciplinas donde el sistema de categorías es jerárquico, y los marcos conceptuales están bastante definidos, sin soslayar por supuesto que este planteamiento no se puede tomar de forma simplista y hay que siempre pensar que estamos hablando de estudiantes de grado en Derecho, y no de master o doctorado, que requieren un apoyo inicial para adentrarse en la complejidad de la aplicación del Derecho, así como una ayuda para entender que las competencias que adquieren con los mapas conceptuales, son vitales para su inserción en el mundo profesional.

¿Cómo se prepara un mapa conceptual?

30 No podemos perder de vista que una de las competencias van encaminadas al aprendizaje del contenido teórico de la materia. Esa es una premisa que no podemos ignorar.

31 Por ello se aparta del clásico Power Point abigarrado de información. Debe ser conciso y contener los conceptos que han de dominarse obligatoriamente.

Hay que: a) organizar los equipos (5 estudiantes no deben ser más); b) designar al portavoz; y c) elegir al azar el tema.

El primer punto importante es identificar los conceptos claves vitales para trabajar con un determinado tema o cuestión, en segundo orden de cosas hacer un listado con los conceptos que se interrelacionan, estableciendo un orden de jerarquía en los mismos, a la par se pueden ir introduciendo conceptos que van complementando a los centrales o propios como parte del aprendizaje del estudiante; los conceptos deben de estar conectados en líneas o enlaces que convergen de mayor o menor, en dependencia del tipo de mapa o temática que hemos elegido, los conceptos suelen ir en un marco, o círculo, las proposiciones son las flechas de los enlaces que van acompañadas de palabras claves, que significan o abarca por ejemplo, sirve, se adquiere, como ya se ha comentado anteriormente.

El mapa conceptual suele construirse a partir de elementos gráficos tales como: el eclipse u ovalo, la línea, los conceptos y las palabras de enlace. Los enlaces permiten conectar la información, y se suele emplear el concepto de nodos, que constituyen los elementos que contienen la información o las unidades básicas del hipertexto y pueden estar compuestos de un sólo tipo de datos de información o de la conjunción de varios medios: texto, gráficos, imágenes, secuencias de audio o vídeo, sentencias, una noticia de periódico. Los nodos pueden asumir diferentes formas y morfologías, en dependencia del tipo de mapa que se seleccione para trabajar la materia, la pregunta o el problema.

Los mapas además sirven para recrear la jurisprudencia y mostrar sentencias de actualidad con tendencias de los jueces en las diversas temáticas. El estilo y forma de decir depende de los estudiantes y del profesor tutor de éstos, que tiene gran influencia en la forma de representar y de decir de los alumnos, teniendo en cuenta la frase de “que no hay malos marineros, sino malos capitanes”.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

Una vez un profesor dijo, el Derecho acompaña a las personas antes de nacer, durante su vida y aún muerta la acompaña. Y reflexionando sobre ello, si el Derecho es como la vida y la muerte y la vida está llena de emociones, experiencias, en dificultades, siempre cambiante, en eterno movimiento, ¿qué nos impide convertir la enseñanza en un proceso constante de enseñanza- aprendizaje y convertir nuestros estudiantes en los actores de este proceso, que es la vida y el estudio?

En estos momentos corresponde a los profesores dejar a un lado el escenario y pasar a espectadores, dejando a nuestros estudiantes dueños de su autoaprendizaje. Esa debe ser la finalidad de este nuevo modo de entender la docencia.

Para ello el aprendizaje cooperativo juega un papel decisivo, como una de las metodologías que más puede emplearse en el ámbito del Derecho y al cual más partido de futuro, se le puede extraer en la enseñanza del Derecho y en la preparación de los futuros profesionales.

Esta modalidad de aprendizaje brinda más ventajas que desventajas y conforma una de las tendencias docentes más factibles de utilizar para la formación de los estudiantes, y dentro de ello los mapas conceptuales también constituyen una herramienta metodológica, que no ha de pasar ni debe pasar desapercibida en la formación de los futuros juristas, no resulta costosa, y permite que los alumnos aprendan haciendo.

Queda mucho por hacer, pero como dijera un maestro³²: “Cuando estoy de pie, ante la clase, no veo a alumnos estúpidos o a los que sea imposible enseñarles nada, sino cofres de tesoros que esperan que los abramos. Lo que los estudiantes “tesoros” encuentran en su experiencia educativa es algo que pueda sorprender, encantar o defraudar. En el formato de evaluación tradicional o convergente ocurre algo así: Profesor: ¿Cuántos diamantes has conseguido?, Estudiante: No tengo ningún diamante. Profesor: Entonces: ¿has fallado? Estudiante: Pero usted no me ha preguntado por mi jade”.

32 Biggs, J. *Calidad del aprendizaje universitario*, cit., 194.

LA DOCENCIA ONLINE: VENTAJAS, INCONVENIENTES Y
FORMA DE ORGANIZARLA

TEACHING ONLINE: ADVANTAGES, DISADVANTAGES
AND FORM OF ORGANIZATION

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 622-635



Virginia
PARDO
IRANZO

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de febrero de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 20 de marzo de 2014

RESUMEN: Desde hace algún tiempo en España la forma de enseñar en la Universidad está cambiando. Cambio que se produjo en EEUU y otros países hace más de dos décadas. Frente a la presencia del profesor en clase para enseñar han ido apareciendo nuevos sistemas. En el presente artículo analizamos uno de ellos: la enseñanza online, las ventajas que tiene, sus inconvenientes y como estructurarla.

PALABRAS CLAVE: Metodologías docentes, lección magistral, docencia online.

ABSTRACT: In Spain the way of teaching is changing. Change that occurred in the US and other countries more than two decades ago. In this paper we analyze a new system of teaching: e-learning, the advantages, disadvantages and how to structure it.

KEY WORDS: Teaching methods, lectures, e-learning.

SUMARIO: I. Introducción.- II. El camino hacia una universidad abierta al mundo.- III. Otra manera de enseñar: e-learning.- 1. En general.- 2. Ventajas e inconvenientes de la docencia online.- 3. Organización del curso.- A) Materiales de estudio.- B) Actividades a realizar.- C) Las tutorías.- D) Examen.- IV. A modo de recapitulación.

I. INTRODUCCIÓN

Durante siglos –prácticamente desde las primeras universidades medievales- la forma tradicional de enseñanza ha sido a través de la conocida como lección magistral. Como es de todos sabido, este método de transmisión de conocimiento parte de la consideración del profesor como absoluto protagonista mientras que el estudiante se limita a adoptar un papel pasivo. El docente es (prácticamente) el único que interviene en clase limitándose a explicar el contenido de las diversas lecciones que conforman el temario de la asignatura de que se trate; por su parte el estudiante, en su rol pasivo, es configurado como un simple receptor de información (ya sea como oyente o tomando anotaciones o apuntes¹). En ocasiones ni siquiera se les permite preguntar; en otras sólo al final de la clase para no interrumpir al profesor; pero incluso cuando se admite la formulación de cuestiones a lo largo de la clase es habitual que no lo hagan puesto que los conocimientos que se les están transmitiendo son nuevos, no teniendo tiempo para realizar la reflexión necesaria previa a la formulación de cualquier pregunta.

Ese esquema unidireccional (Profesor: protagonista-Alumno: sujeto pasivo) se percibe incluso visualmente. No es para nada raro que el docente esté ubicado en un lugar más elevado que los alumnos –en una tarima-. Se trataría de una especie de escenario, de teatro, donde el profesor es el actor y los estudiantes son los espectadores. Si el aula es grande no es de extrañar la necesaria utilización de un micrófono para que todos puedan oírle aumentando con ello la idea de espectáculo.

Este método de enseñanza condiciona en parte el método de estudio y también de evaluación de lo aprendido. La labor de los estudiantes de cara al examen muchas veces se limita a la memorización de un temario que incluso pueden no llegar a

1 El principal inconveniente de “tomar apuntes” es que muchas veces el estudiante se convierte en un autómatas que no escucha, sino que simplemente copia, con lo que puede ocurrir que no esté entendiendo la explicación del profesor y que, por tanto, la transmisión de conocimientos pretendida no llegue a tener lugar.

• Virginia Pardo Irazo

Es Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia. Autora de numerosas publicaciones (6 libros como autora única y otros tantos artículos y capítulos de libro) tanto en inglés como en español. Ha realizado estancias de investigación en Alemania, Italia, EEUU y Reino Unido y estancias docentes, en Bolivia y Polonia. Pertenece al Centro de Estudios Avanzados del Proceso y de la Justicia y al Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Es presidente de Órgano Arbitral de la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad Valenciana y Árbitro de CAINCO (Bolivia).

entender, con la consecuente dificultad de trasladar a la práctica (cuando encuentran un trabajo) los conocimientos teóricos adquiridos. Por ello, habitualmente los exámenes, cuando el método utilizado por el profesor ha sido la lección magistral, suele consistir en varias preguntas teóricas a desarrollar por escrito u oralmente.

Si en las facultades llamadas “de ciencias” (Facultad de Medicina, de Química, etc.) ese conocimiento teórico ha solido venir acompañado, en mayor o menor medida, por clases que permitieran una aplicación práctica de las técnicas, métodos, artes y conocimientos adquiridos, en el resto de facultades (desde Derecho a Literatura pasando por Geografía o Historia; en definitiva, en ramas de conocimiento jurídico-social y humanístico) la transmisión y adquisición de las enseñanzas se ha venido limitando casi exclusivamente a la forma de enseñanza “magistral”.

Las razones de la supervivencia de este método durante tantos años son muchas y de carácter variado. Por un lado, está la idea de que en determinadas disciplinas basta, para formarse en una determinada profesión, con memorizar una serie de datos. Por otro, hay docentes que solo conocen esa forma de enseñar resultando complicado aplicar técnicas que nunca vieron cuando eran estudiantes y que tampoco les enseñaron en su formación como profesores. A ello hay que añadir un dato objetivo: cuando las clases están masificadas (más de 80 alumnos por aula) la lección magistral resulta el instrumento más cómodo y, quizá, también el más efectivo tanto para el alumno como para el profesor.

En todo caso, no es nuestro objetivo culpar a la lección magistral de todos los males que desde hace tiempo se imputan a la Universidad. Como consecuencia de ello no pretendemos desterrar este medio tradicional de enseñanza. Antes al contrario, nos sigue pareciendo un método muy valioso y por eso pensamos que las nuevas metodologías han de ser complementarias –no excluyentes- a la lección magistral. Una lección magistral bien organizada puede resultar tan buen método de enseñanza como otros más novedosos², aunque, repetimos, que utilizar complementariamente distintas metodologías creemos que es lo más adecuado y lo que, probablemente, permita la obtención de mejores resultados.

II. EL CAMINO HACIA UNA UNIVERSIDAD ABIERTA AL MUNDO

El 25 de mayo de 1998, los Ministros de educación de Francia, Alemania, Italia y Reino Unido firmaron en la Sorbona una Declaración instando al desarrollo de un

2 Puesto que el objetivo de la lección magistral es que el estudiante comprenda lo que se le está explicando es importante, por ejemplo, empezar con una breve introducción que explique los diversos contenidos a tratar en clase. A lo largo del desarrollo de la lección puede resultar muy útil conectar los distintos conceptos y las ideas; que los estudiantes vean el hilo conductor y la conexión entre los diversos contenidos de la asignatura. Es imprescindible casi siempre poner ejemplos o, v. gr. contar situaciones reales que aparecen en prensa o en televisión y que están directamente conectadas con el objeto de estudio. Al final de la lección sería interesante realizar una recapitulación del tema desarrollado e, incluso, formular cuestiones a los estudiantes para ver que efectivamente la transmisión de conocimientos se ha producido con éxito.

“Espacio Europeo de Educación Superior”. La Declaración de Sorbona fue el primer paso de un proceso político de cambio a largo plazo en la enseñanza superior en Europa.

Un año más tarde en Bolonia 30 Estados Europeos firmaron la que se conoce como Declaración de Bolonia en la que se sientan las bases para la construcción de ese “Espacio Europeo de Educación Superior” cuyos principios son la “calidad, movilidad, diversidad y competitividad”. La finalidad era clara: incrementar el empleo en la Unión Europea y convertir este sistema de formación en polo que atraiga a estudiantes y profesores de toda Europa (el intercambio de alumnos y profesores entre Universidades de diferentes países europeos).

Pero mucho ha llovido desde entonces. Durante este periodo de tiempo (algo más de una década) muchas cosas han cambiado y abrir la Universidad solo a Europa se nos muestra como un objetivo poco ambicioso. En la actualidad la Universidad debe marcarse como fin tener estudiantes de todos los lugares del mundo y ofertar cursos, másters, diplomas, etc., que resulten atractivos para tan diferentes estudiantes. El mundo globalizado en el que vivimos así lo exige. Además, tratándose de países de Latinoamérica contamos con una ventaja adicional: hablar el mismo idioma y tener una cultura en cierto sentido similar reduce las barreras que estas nuevas formas de enseñanza puedan acarrear.

El reto, en todo caso, no es fácil de alcanzar; requiere de un esfuerzo global pero principalmente del profesorado que ha de adaptarse a las nuevas necesidades de los estudiantes y a las nuevas formas de impartir docencia. Globalización, apertura de la Universidad, no puede en ningún caso reducir la calidad de la docencia y la cantidad de los conocimientos que se transmiten. En definitiva se trata de conseguir el mismo objetivo (formar a estudiantes) utilizando los mecanismos que en cada momento sean necesarios (ya sea la lección magistral o, por ejemplo, la docencia *online*).

III. OTRA MANERA DE ENSEÑAR: E-LEARNING

I. En general

Hemos advertido ya de la subsistencia de la lección magistral, de su importancia y, sobre todo, de la necesidad de conjugarla con nuevos métodos de transmisión de conocimientos. No se trata de restar, sino todo lo contrario, de sumar y ello para que al final el resultado sea el más satisfactorio posible. Hemos hecho alusión también a los cambios en la sociedad y en la Universidad; al llamado Plan Bolonia y a las consecuencias que el mismo tiene en la enseñanza universitaria.

Damos ahora un paso más para referirnos a una determinada forma de enseñar: la enseñanza *online* o *e-learning*. No estamos hablando de la Universidad a distancia,

que existe desde hace mucho tiempo, sino a una forma diferente de organizar la docencia y, en consecuencia, la transmisión de conocimientos. La Universidad a distancia estaba –y está- pensada principalmente para personas que viven en la misma localidad, o en una localidad cercana a la Universidad, pero que trabajan y que, por tanto, les resulta imposible o muy complicado asistir a clases presenciales; pero la metodología que en ella se utiliza no es especialmente innovadora puesto que los alumnos estudian el manual que el profesor les ha recomendado pudiendo formularle las cuestiones dudosas que dicho estudio les ha generado y realizando un examen final como si de la Universidad tradicional se tratara.

Cuando hablamos de docencia *online* como una nueva forma de enseñanza nos estamos refiriendo a una nueva metodología, a una nueva manera de organizar la docencia, el curso, la labor del profesor y también la del estudiante y, por supuesto, a la realización (o no) y de qué manera de la prueba final. Por otro lado, y como vemos más adelante, nos parece más adecuado este método para enseñanzas de postgrado, para Diplomas o estudios de Máster que para los estudios de licenciatura o de grado.

A continuación vemos las principales ventajas y también los inconvenientes que tiene esta forma de enseñar para posteriormente explicar cómo debe configurarse el curso, qué tipo de actividades pueden realizarse para que verdaderamente haya transmisión de conocimientos y si es necesario o no hacer una prueba final y, en su caso, cual sería la mejor manera de realizar dicho examen.

2. Ventajas e inconvenientes de la docencia online

Las principales ventajas de la docencia a distancia son las siguientes:

- La docencia a distancia permite que la Universidad de una determinada ciudad se abra a alumnos de ciudades distintas del mismo país o incluso a personas de otros países del mismo continente o incluso de continentes diferentes. Por ejemplo, un Máster sobre derechos fundamentales de los extranjeros impartido *online* por la Universidad de Valencia puede ser realizado por estudiantes madrileños o catalanes pero también franceses, italianos, nicaragüenses o mexicanos. Por supuesto, el título correspondiente sería expedido por la Universidad que imparte el curso/máster o diploma (en nuestro caso, la de Valencia). En definitiva, la universidad se hace accesible independientemente de la distancia.

En un mundo como el actual, globalizado más que nunca, la Universidad debe adaptarse a la nueva realidad si no quiere quedarse obsoleta. Este nuevo –aunque quizá ya no lo sea tanto- contexto, en constante evolución, nos lleva a diseñar nuevas formas de impartir docencia y en estas circunstancias, la que aquí planteamos, es una de las más interesantes.

- Se abaratan los costes: esta forma de impartir docencia reduce de manera absoluta los costes al permitir al estudiante realizar el curso desde su propia casa. Imaginemos el gasto que supondría para un estudiante polaco o boliviano tener que desplazarse a Valencia para realizar una maestría en la que está interesado. Además del billete de avión, tendría que pagar el alojamiento durante el tiempo de duración del curso (hay que tener en cuenta por otro lado que suele ser más costoso alquilar una casa por un periodo reducido de tiempo que durante un periodo superior a un año) y el desplazamiento en la propia ciudad. A todo ello habríamos de añadir el distinto nivel de vida y coste de las cosas básicas entre distintos países.

Cuando el curso es *online* prácticamente el único gasto es el pago de la matrícula del mismo y la cuota que haya que abonar por disponer de internet en casa, y éste ni siquiera sería para muchos un gasto adicional porque hoy en día la mayoría de hogares, donde hay personas de entre 15 y 60 años, tiene contratado servicio de internet.

- Permite estudiar a personas que trabajan: al tratarse de docencia no presencial, con el contenido que vemos a continuación, puede ser perfectamente realizado por personas que trabajan. Es cierto que para ellas supondrá un esfuerzo adicional porque docencia *online* no significa menor carga de trabajo, sino simplemente distinta metodología para alcanzar unos mismos conocimientos. Pero la realidad es que pueden aprovechar su tiempo libre para ir realizando las actividades (al salir del trabajo y también los fines de semana).

Por otro lado, también existen una serie de inconvenientes que es necesario tener en cuenta:

- La docencia no presencial es más despersonalizada: no existe un trato cara a cara entre el estudiante y el profesor. El contacto directo genera relaciones de confianza de manera más natural, relaciones que permiten que los alumnos se sientan cómodos a la hora de plantear cuestiones, de participar en clase, etc. Este inconveniente puede salvarse realizando, al menos, una tutoría personalizada (por ejemplo a través de videoconferencia o de Skype) con cada uno de los estudiantes (lo vemos más tarde).

De todas formas es cierto que a veces la docencia presencial también genera el efecto contrario al pretendido puesto que depende en gran medida de quien sea el docente y de cual sea su carácter y forma de ser; en ocasiones, cuando el profesor es muy serio, cortante, etc., el efecto de la docencia presencial es contraproducente, es decir, provoca en los alumnos miedo a participar o a preguntar en clase, al temer estar planteando una cuestión demasiado básica o, incluso, absurda.

- La docencia *online* requiere una importante carga de trabajo previa al inicio del curso para el profesor puesto que es imprescindible una buena organización del mismo. Si el objetivo final, tal y como ya hemos indicado, es que los alumnos adquieran los mismos conocimientos que si asistieran a clase la planificación de la docencia ha de ser perfecta teniendo claro desde su inicio cuál va a ser el desarrollo, las actividades, y la prueba final a realizar:

- Se requiere una plataforma *online* bien estructurada que permita la realización de chats, de una prueba final, etc. De todas formas este obstáculo puede salvarse en cierta medida (aunque no totalmente) realizando a través de Skype, gmail u otros instrumentos existentes los chats. El principal inconveniente sería entonces la realización de la prueba final tal y como luego la vamos a explicar, pero podría pensarse en ser sustituida la misma por una de otro tipo.

- Finalmente este tipo de docencia requiere de un número limitado de alumnos. Se trataría de grupos de máximo 40 o 50 personas. Por encima de esa cifra sería complicado para el profesor llevar el seguimiento de todos los estudiantes y la carga de trabajo para corregir las tareas resultaría excesiva.

En todo caso, y como hemos ido viendo, los distintos inconvenientes pueden ser salvados en cierta medida de una forma u otra y si ponemos en la balanza las ventajas indicadas con los inconvenientes que también han sido explicados el resultado, sin duda, es a favor en determinadas situaciones de este tipo de docencia.

3. Organización del curso

La docencia a distancia requiere sin duda de una muy buena planificación, organización y programación del curso. Respecto de la misma hay que tener en cuenta cuatro aspectos: 1. Los materiales de estudio. 2. Las actividades a realizar. 3. Las tutorías. 4. El examen o prueba final.

Por otra parte y con relación de la duración del curso, dependiendo de los créditos que se le asignen, se puede utilizar un doble sistema: o bien, hacerlo más concentrado –con lo que la carga de trabajo diaria es mayor- pero en 3 o 4 meses se habría finalizado el mismo y se habría obtenido el título correspondiente. O bien hacerlo de una forma más relajada de manera que la carga de trabajo diaria o semanal fuera más llevadera pero el curso duraría por ejemplo ocho o diez meses.

A) Materiales de estudio

Desde nuestro punto de vista es imprescindible dar a los estudiantes un texto de referencia, es decir, un texto que recoja de manera íntegra una exposición general del contenido del curso. Además puede recomendarse bibliografía complementaria

y específica sobre la materia pero siempre teniendo en cuenta que elaborar unos materiales que, tal y como hemos indicado, con una extensión limitada, expliquen con carácter general los distintos contenidos resulta muy importante.

Esos materiales pueden ser realizados de distintas maneras:

- Puede ser un texto escrito que se colgará en la plataforma virtual correspondiente para que los alumnos puedan acceder a él y descargárselo de cara a que les sirva de manual de referencia y para su estudio posterior:

- Podría tratarse también de una grabación. Es decir, el profesor podría realizar una simulación de clase que fuera grabada en la que explicara los distintos contenidos de la asignatura. Esa grabación se colgaría en la plataforma virtual de manera que los estudiantes pudieran acceder a ella las veces que fuera necesario.

- También podría impartirse el temario a través de videoconferencia o de Skype. Esto es mucho más complicado porque requiere un sistema que permita que personas de distintas partes del mundo se conecten y accedan simultáneamente a la videoconferencia. Además de esos problemas de carácter técnico o tecnológico existe un problema de horario. Si el curso lo están realizando personas de distintas partes del mundo conectar con todos en un horario razonable puede ser misión imposible y más si tenemos en cuenta que es posible que haya estudiantes que además trabajen, estando consecuentemente ausentes del curso durante su horario laboral.

- Finalmente podría también colgarse un esquema o *powerpoint* de la materia. Desde mi punto de vista este material resulta insuficiente para esta forma de impartir docencia.

B) Las actividades a realizar

Partiendo del texto de referencia el profesor fijará unas actividades que los alumnos deben realizar obligatoriamente y entregarle en la fecha prevista. Los tiempos son muy importantes en la docencia *online*, puesto que las actividades son programadas, teniendo en cuenta el tiempo necesario para su realización. Si el estudiante se retrasa en la primera actividad lo normal es que se demore también en la entrega del resto de actividades. Y si entregada tarde una de ellas no se retrasa en la siguiente significa que ha utilizado menos tiempo del que el profesor previó como necesario para efectuar la actividad con la necesaria calidad.

El profesor ha de dar una serie de pautas relativas a la extensión máxima y/o mínima de las actividades así como aquéllas otras que entienda pertinentes para su correcta realización. Lo que se pretende es, por un lado, profundizar en la materia más

allá de lo que es el texto de referencia y, por otro, comprobar que los conocimientos teóricos plasmados se entienden y, en consecuencia, saben aplicarse a supuestos prácticos reales. En definitiva, adquirir conocimientos pero también las técnicas y habilidades necesarias para aplicar en la práctica los conocimientos adquiridos.

Si la docencia es *online* evidentemente las actividades deben ser entregadas también de esta manera. Si se dispone de la plataforma virtual adecuada, los ejercicios pueden ser colgados por los alumnos en la misma, evitando de esta manera que se sature el correo electrónico del profesor o que éste pueda perder o borrar algún mail importante sin darse cuenta. Además se puede configurar la plataforma de manera que el servidor impida colgar los ejercicios fuera de plazo.

En cuanto al tipo de actividades a realizar podrían ser, entre otras, las siguientes:

- Resolución de casos prácticos: el profesor pondría uno o varios supuestos que el estudiante habría de resolver utilizando los conocimientos adquiridos. Por ejemplo, podría redactarse un litigio entre personas de diferentes nacionalidades respecto de una compraventa celebrada en un tercer país y pedirle que determine cual es la jurisdicción adecuada, concretando el órgano objetiva, funcional y territorialmente competente. Podría preguntárseles si el proceso es el único instrumento existente para resolver el citado conflicto o si por el contrario existen mecanismos alternativos que pueden ser usados, etc.

- Comentario de sentencias judiciales: el análisis de resoluciones judiciales relacionadas con la materia analizando como el juez ha resuelto el supuesto de hecho y cuales eran las posibilidades jurídicas es otra buena forma de aprendizaje perfectamente compatible con la docencia *on line*. A nivel de la Unión Europea, por ejemplo, resulta muy enriquecedor analizar los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea junto con las conclusiones del abogado general³.

El que el profesor decida colgar en la plataforma él mismo la sentencia de manera que los alumnos tengan simplemente que descargársela o prefiera dar la referencia de la misma y pedir a los alumnos que la busquen a través de bases de datos dependerá de la logística existente. Con este segundo sistema se les pide

3 El TJUE es un órgano jurisdiccional cuya función principal consiste en garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión por parte de los Estados Miembros. Esta función la cumple principalmente dictando resoluciones en las que se pronuncia sobre las cuestiones prejudiciales que los jueces nacionales le plantean. Además de ello conoce de los denominados “recursos” de anulación, por omisión, excepción de ilegalidad, de responsabilidad extracontractual y de incumplimiento. Dentro del Tribunal de Justicia además de los jueces, que son quienes resuelven —quienes tienen potestad jurisdiccional— existe una figura, desconocida en derecho español, que es la de los “abogados generales”. La misión de éstos es emitir “conclusiones generales” que son una especie de informe jurídico que plasma la problemática general que presenta el caso planteado al TJUE haciendo referencia a las distintas posiciones jurídicas existentes y decantándose por la que le parece oportuna. Aunque los jueces son quienes deciden, es habitual que sigan la decisión por la que se ha decantado el abogado general. Las conclusiones de los abogados generales son publicadas al igual que las sentencias del TJUE y resulta muy enriquecedor su lectura porque aportan un estudio jurídico extremadamente bien elaborado.

que adquieran una habilidad adicional como es la búsqueda de jurisprudencia o bibliografía en bases de datos pero para ello es necesario que los estudiantes dispongan efectivamente de ese acceso a las bases de datos necesarias. Cuando se trata de alumnos de diferentes países quizá la primera opción sea la más adecuada.

- Una tercera actividad muy provechosa es colgar dos artículos doctrinales sobre una misma materia pero que recojan posturas total o parcialmente contrarias y pedir a los estudiantes que los analicen, se decanten por una de ellas y justifiquen su posición. Incluso podría enriquecerse esta actividad colgando dos resoluciones judiciales también de carácter contradictorio.

Por ejemplo, es un tema ampliamente debatido en España cuales son las facultades de que dispone el juez que ha de ejecutar un laudo o resolución arbitral a la hora de despachar la ejecución. Existen posiciones doctrinales y jurisprudenciales que defienden un control amplio (consideran que el órgano jurisdiccional debe controlar; por ejemplo, que los árbitros actuaron de manera imparcial durante el procedimiento arbitral) mientras que otra parte de la doctrina y de la jurisprudencia opta por otorgar facultades de control mucho más limitadas (es decir, entienden que ésta no es una función que corresponda al juez encargado de la ejecución).

- Finalmente pueden hacerse uno o varios chats: esta actividad en concreto consiste en lanzar una pregunta en la plataforma a la espera de que los diversos estudiantes vayan dando soluciones. Cuando los alumnos son de países distintos el debate se enriquece enormemente porque es habitual que cada uno dé la solución conforme a su ordenamiento jurídico con lo que se nos ofrece un estudio comparado de la cuestión sometida a debate.

La labor del docente en el chat consiste, además de en plantear la cuestión principal, ir centrando las respuestas evitando que los estudiantes se alejen del tema de estudio que se quiere resolver. Ello es así porque es habitual que cada participante además de dar una respuesta añada nuevos datos o nuevas preguntas. Algunas de éstas pueden ser interesantes y por tanto hay que dejar que generen debate, pero otras se apartan del tema principal y al profesor le corresponde reconducir el debate al tema original que se pretendía estudiar.

C) Las tutorías

Al principio del trabajo nos hemos referido a una de las desventajas que conlleva el aprendizaje a distancia: el trato con el alumno es más despersonalizado que en la docencia presencial. Eliminar totalmente esto es muy difícil pero si es posible intentar que este inconveniente no menoscabe las ventajas de este tipo de enseñanza y para ello el mejor sistema es tener una o varias (el número dependerá de la duración del curso) tutorías virtuales con los estudiantes.

El sistema adecuado será cualquiera que permita no solo oír o leer las dudas o preocupaciones que el alumno quiera plantearnos sino aquél que permita ver a la otra persona: por ejemplo, una videoconferencia o a través de Skype. No estaría mal, en un curso, por ejemplo de 6 meses tener una durante las primeras semanas del curso, de manera que cada estudiante pueda presentarse y podamos conocernos “personalmente”, y otra unas semanas antes de finalizar el curso para que el alumno nos exponga, entre otras cosas, todo aquello que le preocupa de cara al examen.

El resto de relaciones docente-estudiante puede realizarse a través de correo electrónico, es decir, que las dudas que a los alumnos les vayan surgiendo a medida que van realizando las actividades se las pueden plantear a través de dicho mecanismo. Es importante, para que el estudiante pueda avanzar en la elaboración de las tareas, que el profesor se comprometa a contestar los mails en un tiempo prudencial (24 o 48 horas).

D) Examen

Desde mi punto de vista en este tipo de curso es importante la realización de una prueba final y, además, creo que el examen tipo test es el más adecuado, por las razones que a continuación voy a exponer. Descarto hacer un examen de preguntas de desarrollo (cortas o largas) por la facilidad de copiar de los alumnos. No creo tampoco adecuado un examen consistente en la resolución de uno o varios casos prácticos porque esas actividades se han ido realizando a lo largo del curso y computan, tal y como vemos enseguida, en la nota final.

Me parece que el examen tipo test responde de la manera más adecuada a lo que se espera de una prueba final. Este examen deberá tener un tiempo limitado de manera que quien lo está realizando no pueda buscar las respuestas en los materiales de referencia. Por ejemplo, 15 cuestiones a responder en 25 minutos. Si el alumno ha estudiado los materiales y ha realizado adecuadamente las actividades no le debe resultar complicado contestar ese número de preguntas en el tiempo adjudicado.

En la modalidad de examen tipo test hay asimismo dos posibilidades: que el estudiante pueda visualizar todas las preguntas desde el principio –pudiendo ir contestándolas en el orden que estime oportuno-, o bien que conforme vaya contestando a cada una de ellas le aparezca la siguiente no pudiendo retroceder. Esta segunda modalidad es la que yo elegiría. También es posible dar la posibilidad de intentar el examen, por ejemplo, dos o tres veces o permitir realizar el examen solo una vez. Nuevamente esta segunda opción es la que me parece mejor.

Por supuesto, lo que sí es imprescindible para la realización de este tipo de prueba es disponer de una plataforma virtual adecuada que permita colgar un

examen de ese tipo y cerrar la aplicación cuando el mismo se haya terminado por el estudiante.

En cuanto a la nota final obtenida en el curso puede computarse de la siguiente manera:

- 60% de la calificación corresponde a los diversos trabajos (resolución de casos, comentarios de sentencias...)
- 10%: participación en los foros de debate
- 30% el examen tipo test

IV. A MODO DE RECAPITULACIÓN

A pesar de las múltiples críticas que la Universidad viene recibiendo desde hace algunos años sigue siendo el lugar de enseñanza por antonomasia. Lo que sí es cierto es que la sociedad, las formas de vida, las relaciones entre personas, no solo es que han cambiado en los últimos años sino que siguen en continua evolución y ello lleva a que la Universidad, al igual que otros ámbitos de la vida, deba también rediseñarse. Ello no significa que haya que desterrar la clase magistral; ésta, por sí sola, o mezclada con nuevas metodologías, sigue siendo necesaria en muchos casos. Cuando la docencia es presencial, sobre todo en los primeros años de licenciatura, prescindir de la clase magistral me parece un error; y en cursos más avanzados la combinación lección magistral-nuevas metodologías (docencia a través de casos, práctica jurídica, etc.) es muy adecuada.

Lo que ocurre es que en esa evolución social la Universidad puede abrirse más allá de las fronteras del lugar o, incluso del país, en el que está ubicada. En las últimas décadas esa apertura ha significado recibir alumnos extranjeros para recibir docencia presencial en la universidad que elijan (a través de programas como las Becas Erasmus). Ese intercambio de alumnos entre universidades principalmente europeas ha supuesto un verdadero enriquecimiento cultural no solo para el estudiante que se ha trasladado sino para la Universidad de acogida y el profesorado que forma parte de la misma.

En la actualidad, y tomando en consideración también la crisis en la que el mundo —y especialmente Europa— se encuentra sumergida esos programas de intercambio se nos muestran insuficientes (entre otras cosas, las Becas Erasmus, por ejemplo, se han reducido a mínimos que pocos podíamos sospechar hace algunos años). Ello, lejos de tener un efecto contraproducente para la Universidad, debe llevar a imaginar y diseñar nuevos mecanismos de apertura de la Universidad al extranjero, de transmisión de conocimientos más allá de las fronteras del país. Internet permite,

sin duda, reducir los efectos negativos de la crisis económica permitiendo, a pesar de la difícil situación, a estudiantes extranjeros realizar cursos en Universidades muy lejanas a su lugar de origen.

En este trabajo hemos explicado cómo puede organizarse una docencia *online* para que resulte igual de efectiva que si se tratara de un aprendizaje presencial. El objetivo no puede ser otro que la adquisición de los mismos conocimientos, técnicas y habilidades. Si rebajamos el nivel de exigencia habremos fracasado en nuestro objetivo por eso el *e-learning* requiere de una perfecta planificación por parte del profesor:

Finalmente terminar con una recomendación: es importante finalizado un curso *online* pedir a los alumnos una evaluación de ellos hacia el profesor; la metodología utilizada, contenido del curso, etc., insistiéndoles en que destaquen los aspectos que les han parecido defectuosos o que pueden ser mejorados. Esta es la mejor manera de ir mejorando el curso en sus sucesivas ediciones o en la configuración de nuevos cursos *online*.

LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA APLICADA
A LA DOCENCIA DE INNOVACIÓN:
UN CASO DE APLICACIÓN DE LA TÉCNICA DEL PUZZLE

LEGAL APPLIED RESEARCH
A TEACHING INNOVATION:
A CASE OF APPLICATION OF PUZZLE TECHNIQUE

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 636-649



María
CERVERA
VALLTERRA

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de febrero de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 20 de marzo de 2014

RESUMEN: Investigación y docencia son la médula espinal de la misión que debe tener encomendada la institución universitaria. Es un binomio, que combinado adecuadamente, pone de manifiesto la función de servicio a la sociedad y pilar fundamental en la capacitación profesional y laboral. Tras exponer ciertas características que acompañan a la realización de la investigación jurídica y a la labor docente de innovación, en este trabajo, estos dos elementos son explicados también desde una perspectiva práctica. Para ello, se expone el desarrollo de un taller-seminario efectuado por la autora de este trabajo como plasmación de la interacción entre la docencia y la investigación en sus clases universitarias. Es un modo de mostrar un ejemplo del tipo de docencia de innovación que actualmente se viene efectuando en las universidades europeas, -en concreto en España-, a raíz de la puesta en marcha del llamado “Plan Bolonia”, impulsado por la Unión Europea en el territorio en el que ésta despliega su actuación.

PALABRAS CLAVE: Investigación, docencia, innovación docente, Derecho Internacional, Espacio Europeo de Educación Superior (EEES).

ABSTRACT: Research and teaching are the backbone of the mission universities should be entrusted with. Is a binomial which, properly combined, emphasizes the role performed by the university as social service and fundamental pillar for professional training. After describing some features linked to legal research and teaching innovation, this paper explores these disciplines from a practical perspective. For this purpose, the study presents the development of a workshop conducted by the author as evidence of the interaction between teaching and research in university classes. This project represents an instance of the innovative teaching that is being developed at European –and Spanish in particular- universities, following the implementation of the “Bologna Process” promoted by the European Union within the European territory.

KEYWORDS: Research, teaching, teaching innovation, international Law, European Higher Education System.

SUMARIO: I. Introducción.- II. La investigación jurídica.- 1. Aspectos generales.- 2. Fuentes empleadas para la investigación jurídica.- A) Etapas para la realización de la labor investigadora.- B) La interacción entre la investigación y docencia de innovación.- III. Descripción de un taller-seminario sobre el conflicto de la república democrática del Congo para la enseñanza del derecho internacional público.- 1. Elección del ámbito temático: de suficiente amplitud y de actualidad.- 2. Elección del momento propicio para la realización de la actividad.- 3. Distribución de roles o asignación de funciones para facilitar la composición de un puzzle.- 4. Programación por escrito de la actividad.- 5. Determinación de las habilidades y competencias que se desea trabajar.- 6. Apoyo en otro tipo de herramientas- 7. Sesión pública del taller.- IV. consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

La estructura de este trabajo ha sido dividida en dos ejes de desarrollo. El primero recoge ciertas consideraciones teóricas sobre el uso de las herramientas investigadoras aplicadas al ámbito jurídico en la medida en que guardan relación con la docencia de innovación, docencia que –dicho sea de paso- persigue un diálogo lo más fluido posible con los estudiantes o destinatarios de la docencia que se desea impartir y, que está orientada hacia la obtención de habilidades o competencias antes que meros conocimientos teóricos.

El segundo eje incluye la explicación de un supuesto práctico. Se describe la experiencia de la autora en el marco de la realización de un seminario-taller sobre el conflicto que desde hace años sacude a la República Democrática del Congo (RDC). Se escogió este asunto por ser ésta una realidad del panorama internacional que le ha servido de referencia para plasmar la labor docente en la disciplina del Derecho Internacional Público tal y como se enseña en el Grado de Derecho, de acuerdo con las directrices que marca el actual Espacio Europeo de Educación Superior (EEES), más conocido como Plan Bolonia. Por tanto, es un tema que se ha revelado adecuado para hacer interactuar investigación y docencia.

II. LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

I. Aspectos generales

Para empezar, resulta pertinente subrayar, con carácter previo, una idea esencial con la que se va tejer este trabajo: investigación y docencia constituyen la médula

• María Cervera Vallterra

Profesora Contratada Doctora en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Máster Universitario del Colegio Europeo de Parma (Italia) especializado en Derecho, Economía y Políticas de las Comunidades Europeas. Diploma de especialización del Centre d'Etude et de Recherche de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (Países Bajos). Doctora en Derecho. Experta en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales y en Derecho de la Unión Europea.

espinal de la misión que debería seguir teniendo encomendada la Universidad. Para la Universidad de hoy, tan importante es su consideración como centro neurálgico de reflexión y desarrollo de la investigación científica, como su condición de centro destinado a la difusión y a la capacitación profesional en materias de contenido científico específico. Ésta ha sido la seña de identidad de la Universidad europea desde sus orígenes en el siglo XV y así debe seguir siendo. Otra cosa son las herramientas y los instrumentos que pueden emplearse para vehicular y facilitar la enseñanza y el aprendizaje en el actual mundo globalizado. Como pretendemos defender, tan válidos pueden resultar en algún momento los métodos clásicos (como es el recurso a la clase magistral, -a menudo denostado o criticado-), como los nuevos planteamientos pedagógicos que hoy se proponen por influjo de los sistemas de enseñanza anglosajones. Desde nuestra experiencia, unos y otros pueden combinarse y darles acomodo en la Universidad actual. Sin embargo, creemos que deberían utilizarse de manera complementaria, que no alternativa. En cualquier caso, cabe añadir que, para elevar su calidad y apuntalar la labor universitaria investigadora y docente, aplicado al ámbito jurídico, el ingrediente derivado de la adquisición de los conocimientos derivados de la experiencia jurídica que aportan los prácticos del Derecho (como, jueces, fiscales, abogados, procuradores, funcionarios o agentes de la administración pública, etc.) da como resultado una enseñanza mucho más rica, completa y, enlazada con la práctica real.

Explicada de forma muy sencilla, la investigación se concibe como un conjunto de técnicas que hacen posible el descubrimiento o la consolidación de un descubrimiento. Ahora bien, la investigación aplicada, -propia de las Ciencias Aplicadas-, se compadece mal con la labor investigadora que se emplea en las Ciencias Humanas o Humanidades. Así las cosas, mientras que la investigación aplicada puede ser: Pura o Fundamental, Aplicada o, Activa. La investigación, -cuando se efectúa desde la perspectiva de las Humanidades-, puede ser de naturaleza Histórica, Descriptiva o, Experimental. Cada una de estas categorías persigue objetivos diferentes y emplea técnicas diversas, sin que deban menospreciarse ninguna de ellas, ya que todas ellas tienen perfecta cabida en el mundo actual. La tabla que a continuación se reproduce señala las particularidades de cada uno de estos tipos de investigación.

	CIENCIAS APLICADAS	HUMANIDADES
Tipo de investigación:	Investigación Pura o Experimental:	Investigación Histórica:
<i>Finalidad:</i>	<ul style="list-style-type: none"> Suele llevarse a cabo en situaciones de laboratorio. 	<ul style="list-style-type: none"> Su propósito es descubrir generalizaciones que puedan ser útiles para la predicción del futuro.
<i>Técnica empleada:</i>	<ul style="list-style-type: none"> Utiliza animales como objeto de la investigación. 	<ul style="list-style-type: none"> Se centra en el estudio de lo que era (pasado).
Tipo de investigación:	Investigación Aplicada:	Investigación Descriptiva:
<i>Finalidad:</i>	<ul style="list-style-type: none"> Pretende mejorar procesos y productos. 	<ul style="list-style-type: none"> Implica algún tipo de comparación o contraste e intenta descubrir relaciones de causa-efecto. Aun así sirve para proponer cambios que mejoren su eficacia.
<i>Técnica empleada:</i>	<ul style="list-style-type: none"> Se basa en la comprobación de concepciones teóricas en situaciones de problemas reales. 	<ul style="list-style-type: none"> Analiza lo que es (presente).
<i>Tipo de investigación:</i>	Investigación Activa:	Investigación Experimental:
<i>Finalidad:</i>	<ul style="list-style-type: none"> Evalúa sus hallazgos en términos de aplicabilidad local, no en los de validez universal. 	<ul style="list-style-type: none"> Estudia lo que será (futuro) y lo que puede ser.
<i>Técnica empleada:</i>	<ul style="list-style-type: none"> Sitúa su énfasis en el aquí y en el ahora (presente). 	<ul style="list-style-type: none"> Se investiga sometiendo a control o manipulando ciertos factores.

Estas técnicas adoptan unas particularidades concretas cuando las trasladamos al ámbito de la Ciencias Jurídicas, y en particular, cuando se aplican al ámbito de la disciplina del Derecho Internacional Público, que es el ámbito material de actuación en el que propongo movernos para exponer una experiencia práctica concreta de vinculación de la investigación y la docencia de innovación. Evidentemente, influirá en esta interacción el enfoque que el docente desee dar a su trabajo.

Como no podría ser de otra forma, desde el momento en el que el Derecho alude a la realidad ontológica, la investigación jurídica posee un componente descriptivo, -a menudo insoslayable-, que exige capacidad analítica, capacidad de síntesis y, capacidad crítica. En ella, se aplica preferiblemente un método deductivo: se parte del examen de la realidad a la que se atribuyen consecuencias jurídicas.

El investigador sistematiza la realidad objeto de estudio y la evalúa de forma objetiva, pero con sentido crítico, logrando a menudo detectar carencias o lagunas, señalando o subrayando sus virtudes o fortalezas. Llegado el caso, el jurista puede lograr incluso proponer alternativas o soluciones. Se trata en suma de una actividad intelectual que pretende descubrir las soluciones jurídicas a los problemas que plantea la vida social de nuestra época, cada vez más dinámica y cambiante. Implica también profundizar en el análisis de los problemas con el propósito de acomodar el ordenamiento jurídico a dichas transformaciones sociales, aun cuando formalmente parezca una labor anticuada. Exige en todo caso una labor de filtrado, de depuración, de selección del material de mayor calidad, que es esencial. Se trata pues de una empresa nada sencilla.

2. Fuentes empleadas para la investigación jurídica

Cabe preguntarse cuáles son las herramientas con las que cuenta el investigador; esto es, qué fuentes emplea.

En primera lugar, la labor de investigación jurídica se basa en el análisis de las normas jurídicas existentes o en vigor; que son las que se aplican a los casos de la práctica. Estas normas jurídicas de base pueden ser tomadas como fuente única y exclusiva de la "coccción" de la investigación jurídica, sin embargo para enriquecerla y "hacerla más sabrosa", cabe agregar los "condimentos" que indico a continuación.

En segundo lugar, adquiere asimismo gran importancia la casuística derivada de la jurisprudencia emanada de jueces o de árbitros que resuelven las controversias o conflictos que a ellos les llegan. Esta fuente ayuda a detectar los elementos más problemáticos o deficientes de la normativa vigente.

En tercer lugar, no podemos olvidar la contribución que aporta la doctrina científica. En Derecho Internacional, los trabajos doctrinales constituyen un medio auxiliar para la determinación del Derecho. Carecen de capacidad para crear, modificar o, extinguir las normas en vigor. Pese a ello, en ocasiones, la doctrina puede llegar a constituir fuente de consulta inevitable debido a que recoge la opinión de personas especialmente cualificadas que, de una manera u otra, puede ejercer una considerable influencia a la hora de proponer cambios normativos futuros.

En cuarto y último lugar, es indudable que es la realidad social la base esencial para la investigación jurídica. Sin ella, la disciplina jurídica pierde todo su sentido. Precisamente, la realidad puede llegar a ser lo más complejo, ya que su análisis exige un alto grado de abstracción. Requiere del investigador una alta capacidad para separar y unir hechos, lo que se analiza es el presente o el pasado sobre hechos que pueden llegar a producirse porque pueden dar lugar a futuros sistemas jurídicos o instituciones jurídicas.

A) Etapas para la realización de la labor investigadora.

La investigación es un proceso complejo que determina la realización de todo un haz de operaciones. Este proceso cubre varias etapas. Es una sucesión de operaciones particularmente adecuada, tanto para realizar o redactar un trabajo o artículo científico, como para preparar una consulta jurídica de la práctica o, para la preparación de un curso. Dichas etapas consisten en:

La búsqueda de documentación necesaria a los fines de la investigación. Supone la extracción de las fuentes aplicadas al tema concreto.

La selección de la documentación. De la documentación hallada, se depura y escoge la documentación más útil para los fines de la demostración científica a la que se deseen llegar:

La interpretación de los distintos documentos. Esta labor hermenéutica sirve para apoyar, matizar u, oponer los argumentos que el investigador desee defender con objetividad.

La elaboración de un esquema, con vistas a la redacción del asunto a tratar. Esta tarea de síntesis puede hacerse simultáneamente, junto a la operación de clasificación de los documentos o, *a priori*, a la hora de esbozar la planificación del trabajo a realizar. Es evidente que, a medida que se va completando la preparación del trabajo, el esquema podrá experimentar cambios sustanciales que poco o nada tengan que ver con su confección originaria.

La redacción de un borrador, que –introducidos los cambios, las eliminaciones o los añadidos correspondientes– se *convertirá después en el texto final* cuando se acompañe de las citas y las referencias documentales pertinentes.

Como comprobamos, la investigación es una tarea compleja. Esta complejidad se debe en parte a las distintas etapas que hay que sortear ya que, aunque podrían cubrirse de forma concatenada o sucesiva, a menudo se encabalgan o solapan en el tiempo. El empeño investigador exige en consecuencia significativas dosis de lógica, organización y meticulosidad.

B) La interacción entre la investigación y docencia de innovación

Cuando esta labor investigadora se enmarca o se combina con la tarea docente, el papel del profesor cobra un nuevo sentido, se redimensiona. La investigación le proporciona un bagaje particularmente útil, gracias a la labor de depuración previa, que no puede más que redundar positivamente en la calidad de enseñanza de los contenidos de la materia correspondiente, facilitando en gran medida el aprendizaje exigido. Incluso, si se recurre a la técnica de la clase magistral, la investigación la enaltece, la dota de sustancia. Cobra todo su sentido pedagógico y de difusión de nuevos conocimientos y habilidades. De hecho, no es ningún secreto aseverar como escogiendo el mismo tema o asunto a estudiar o analizar, personas distintas alcanzan conclusiones iguales, muy diferentes o, incluso contrarias.

La investigación puede llegar así a cumplir una función prospectiva. Puede ser el anuncio o la preparación para los nuevos cambios. También permite observar la acomodación de las reglas jurídicas del pasado aplicadas a la realidad cambiante del presente, analizando objetivamente su adecuación a la realidad concreta.

Estas técnicas jurídicas hay que relacionarlas con otras que proceden de la Ciencia de la Educación y de la Pedagogía que están introduciendo cambios en la manera de dar clase en los diferentes niveles de enseñanza llegando incluso a las universidades europeas, tanto a nivel de Grado como en el de Post-Grado o Maestría, de acuerdo con las directrices del nuevo Espacio Europeo de Estudios Superiores (o "Plan Bolonia")¹.

Un hecho determinante que ha hecho desplegar estas opciones ha sido la revolución tecnológica que supone el uso de la red, así como otras tecnologías de la comunicación al alcance de las masas como las redes sociales.

La propuesta de casar o emparentar "docencia" e "investigación" no es en absoluto ni moderna, ni novedosa, ya se ha venido considerando desde hace muchos años. Lo que ha ocurrido es que los encargados de tomar las decisiones respectivas han soslayado esta alternativa y ahora empiecen a darle importancia.

¹ El Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) es un ámbito de organización educativo iniciado en 1999 con la Declaración de Bolonia (19-VI-1999). Quiere armonizar los distintos sistemas educativos de la Unión Europea y así proporcionar una forma eficaz de intercambio entre todos los estudiantes. También trata de dotar de una dimensión y de una agilidad sin precedentes al proceso de cambio emprendido por las universidades europeas. Se integran actualmente en el EEES, aparte de los 27 países de la UE, otros como Rusia o Turquía, hasta llegar a la cifra total de 46 países participantes, es decir, que este sistema está acabando por aplicarse en casi todos los Estados que forman parte del Consejo de Europa (con sede de Estrasburgo), con la excepción de Mónaco y San Marino.

Con esta reforma de las enseñanzas en el ámbito universitario, la educación superior ha pasado a estar dividida en dos ciclos: un Grado, de orientación generalista, y un Post-Grado, de orientación especialista. Hay que destacar que el principio que articula este sistema es la adquisición de habilidades, frente a la adquisición de conocimientos. El objetivo es que estos Grados y Post-Grados se centren especialmente en dar respuesta a las necesidades laborales que existan en la sociedad.

Vincular “docencia” e “investigación” tiene una ventaja comparativa enorme que hace este proceder especialmente propicio en los tiempos actuales de búsqueda de la máxima competitividad y de la excelencia de los centros docentes universitarios. Permite elevar el nivel de calidad de la educación. Al mismo tiempo, y como una consecuencia natural, la propia imagen social del maestro o del profesor se redimensiona. Desemboca en una auténtica profesionalización de la docencia.

III. DESCRIPCIÓN DE UN TALLER-SEMINARIO SOBRE EL CONFLICTO DE LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO PARA LA ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

I. Elección del ámbito temático: de suficiente amplitud y de actualidad

El primer paso a acometer a la hora de preparar y poner en marcha un taller-seminario como el que se va a explicar es decidir y escoger con sumo cuidado el ámbito temático en torno al cual se va a tejer la actividad docente a realizar. En concreto, el caso que voy a traer a colación es un conflicto internacional complejo en su comprensión y en su análisis, pero que tenía -a mi entender- la enorme virtud o ventaja de servir de base de referencia para acometer el objetivo que me había marcado.

El ámbito temático seleccionado tenía suficiente amplitud para permitirme abordar diversas cuestiones jurídicas presentes en los diferentes descriptores que componen la materia Derecho Internacional Público que se imparte en el Grado de Derecho. De paso, lograba aproximar a los estudiantes a la realidad internacional, ya que normalmente el DIP, al pertenecer al terreno del Derecho Público, suele ser percibido como una materia lejana, ajena, propia de las cancillerías, de los ministerios o de Organizaciones Internacionales, materias que poco tienen que ver con la aplicación cotidiana del derecho. A continuación, señalo algunos de los aspectos más relevantes de la materia trabajada en la docencia y del tema de investigación elegido.

DOCENCIA. Breve descripción de los descriptores contenidos en el Programa de la materia Derecho Internacional Público. 1. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL: La Comunidad Internacional y el Derecho Internacional (DI). - 2. LA CREACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL (DI): a) Los procesos de creación del DI. b) Los Tratados internacionales. - 3. Los sujetos de DI: a) La personalidad internacional. b) El Estado como sujeto de DI. c) Los órganos estatales encargados de las relaciones internacionales. d) La Organización de las Naciones Unidas (ONU). - 4. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO: a) Las competencias del Estado sobre el territorio. b) Las competencias del Estado sobre los espacios marítimos y sobre el espacio aéreo. c) Las competencias del Estado sobre los espacios de interés internacional. d) Las competencias del Estado sobre las personas. 5. OTRAS FUNCIONES FUNDAMENTALES DEL DI: a) El mantenimiento de la

paz y la seguridad internacionales. b) La protección internacional de los Derechos Humanos. c) La protección internacional del medio ambiente. 6. LA APLICACIÓN DEL DI. a) La aplicación del DI en el derecho interno. b) La responsabilidad internacional del Estado. c) Los mecanismos para asegurar la aplicación del DI. d) La solución pacífica de las controversias internacionales: los medios de solución políticos y los medios de solución jurídicos.

INVESTIGACIÓN. Breve descripción de la realidad de este conflicto: Ningún país, se ha visto engullido por un conflicto tan mortífero desde la II Guerra Mundial como la República Democrática del Congo (RDC). Se calcula que desde 1996 se han producido más de 5 millones de muertes, directa o indirectamente relacionados con un conflicto que alcanzó su punto de inflexión entre los años 1998 y 2003. Desgraciadamente, después del colapso económico y político debido en parte a aquella guerra, el conflicto sigue latente en la parte oriental del país, en las provincias de los Kivus (Kivú del Norte y Kivú del Sur) y en la Provincia Oriental. Tras la adopción de los Acuerdos de Lusaka de 1999 y de Pretoria de 2002 y la Constitución de 2006, el país se encuentra inmerso en un inestable proceso de reconstrucción y de democratización donde la violencia extrema es casi cotidiana.

Además se trata de un conflicto de actualidad ya que todavía no ha sido sofocado en de forma definitiva. El conflicto de la RDC me permitía analizar la composición y situación de la Comunidad Internacional y examinar las funciones que asume el DI en la sociedad internacional actual. Lo podría hacer, tanto desde un punto de vista sincrónico, -aludiendo a los cambios producidos en la realidad internacional tras la adopción de la Carta de San Francisco de 1945, pasando por la Guerra Fría, hasta llegar a la situación actual gobernada por la idea de la Globalización-, como desde el punto de vista diacrónico, esto es, trabajando el tipo de normas que maneja el orden internacional o los sujetos que intervienen en este escenario (Estados, Organizaciones Internacionales, Organizaciones No Gubernamentales, empresas, individuos).

2. Elección del momento propicio para la realización de la actividad

Otro extremo importante a abordar con carácter previo, -antes de acometer la actividad en clase-, es la elección del momento adecuado para la realización de la actividad. Desde el principio, elegí efectuar la actividad al final del curso, tras haber explicado en clase las cuestiones que luego se analizarían aplicadas al caso concreto.

3. Distribución de roles o asignación de funciones para facilitar la composición de un puzzle

Como ya he indicado, el caso de la RDC es un conflicto que me iba a permitir examinar muchas cuestiones jurídicas de la materia (competencias de los Estados

sobre su territorio y sobre las personas; la ONU, sus instituciones principales y sus funciones; el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; los mecanismos de solución de las controversias internacionales, el respeto de las normas de Derecho Internacional Humanitario, incluso temas de actualidad internacional no resueltos como la situación de los desplazados internos o doctrina de la "responsabilidad de proteger", entre otros asuntos).

Otro motivo por el que escogí este conflicto era porque desde que alcanzó el punto más dramático allá por el año 1999 ha transcurrido suficiente tiempo para encontrar respuestas jurídicas, de diferente origen y de diferente alcance jurídico. De hecho, este conflicto me permitía efectuar una evaluación sobre la labor que ha asumido la ONU y algunas de sus instituciones u órganos más relevantes desde el punto de vista jurídico como son el Consejo de Seguridad o la Corte Internacional de Justicia de La Haya.

Por estas y otras razones, planteé la actividad docente a realizar en clase como la construcción de un *puzzle* o rompecabezas. El objetivo central del taller era la celebración una sesión pública en el aula, protagonizada por los estudiantes, los cuales distribuidos en diferentes grupos, debían exponer y explicar al resto de sus compañeros el resultado de sus indagaciones jurídicas para entablar un debate. Al final de esa sesión, habría logrado transmitir de una forma informal y socrática, cómo funciona y con qué herramientas cuenta el mundo actual globalizado para hacer frente a los conflictos internos o internacionales que sacuden ciertos países del Globo y que pueden tener repercusión en el escenario internacional actual.

Para facilitar la comprensión del conflicto en su conjunto creé únicamente 5 grupos de estudiantes a los que asigné las cuestiones siguientes:

1. Análisis de los hechos relacionados con la guerra de la RDC.
2. El papel del Consejo de Seguridad en el conflicto de la RDC.
3. El papel de la Corte Internacional de Justicia en relación con la guerra de la RDC.
4. La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en los asuntos relacionados con el conflicto de la RDC.
5. Situación humanitaria actual en la RDC.

La idea de base era que los grupos de trabajo no fueran demasiado numerosos (de 3 a 5 personas) para favorecer el trabajo en equipo evitando así que hubiera elementos perturbadores en el trabajo colectivo. Si el grupo estaba formado por un

número relativamente pequeño de personas me aseguraba que todos trabajarían. Cada grupo debía nombrar a un portavoz o ponente encargado, no tanto de exponer en público las conclusiones de su equipo, como para encargarle la coordinación del trabajo a realizar por todos los miembros del equipo.

4. Programación por escrito de la actividad

Para el desarrollo de esta actividad, era importante concretar los detalles sobre la realización de la actividad. Partiendo de este hecho, aunque me llevó un cierto tiempo redactarlo por escrito, preparé para cada grupo un conjunto de preguntas y notas explicativas a partir de las cuales los grupos podían entender que esperaba de cada uno de ellos y en qué consistía el trabajo que debían tener preparado para el día de la sesión pública en la que tendría lugar la exposición oral.

5. Determinación de las habilidades y competencias que se desea trabajar

En la planificación escrita que preparé para cada grupo, también indiqué con detalle el tipo de habilidades y competencias que debían trabajar los grupos, señalándoles asimismo cómo iba a evaluar su esfuerzo y su trabajo (trabajo en grupo, sentido crítico, manejo del lenguaje jurídico, aplicación de las normas de DIP, búsqueda de jurisprudencia aplicable al caso concreto).

6. Apoyo en otro tipo de herramientas

No quiero dejar de poner de manifiesto la utilidad de herramientas complementarias que fomenté entre los grupos de trabajo. Les invité a utilizar audiovisuales o las redes sociales para la comunicación de cada grupo con vistas a la mejor y más coordinada realización de su trabajo colectivo. También les sugerí que presentarían su trabajo utilizando -si procedía- aplicaciones informáticas como el "Powerpoint" para una mejor puesta en escena o presentación de los trabajos de cada grupo el día de la sesión pública.

7. Sesión pública del taller

El taller o sesión pública protagonizada por todos y cada uno de los grupos de trabajo se efectuó en varias etapas.

a) *La difusión de un audiovisual.* Habiendo creado los grupos en una sesión preparatoria previa de trabajo en la que éstos habían quedado constituidos y en la que se asignaron los roles, comenzamos la sesión pública con la difusión de un audiovisual sobre el conflicto del Congo. Consistió en la emisión de un documental. Era una manera rápida y efectiva, de contextualizar al alumno y apelar a su curiosidad por el asunto a tratar. Lo ideal era que el material no fuera demasiado largo (50

minutos) para no perder demasiado tiempo en la sesión del aula y para no provocar el aburrimiento de los estudiantes.

b) *La puesta en escena de las exposiciones orales de los grupos y debate subsiguiente.* Se asignó a cada grupo un espacio limitado de tiempo no excesivamente largo (20 minutos) para que expusiera sus aportaciones jurídicas relacionadas con el trabajo asignado. No se trataba tanto de una simulación de roles, -ya que no estábamos reproduciendo el modo de proceder del Consejo de Seguridad, de la Corte Internacional de Justicia o de la Corte Penal-, sino que se trataba más bien de una labor de síntesis. Perseguí que los grupos hicieran un balance o evaluación del trabajo de determinados organismos internacionales en el caso concreto del conflicto de la RDC. Al final de las exposiciones, se abrió un nutrido y acalorado debate en el que los estudiantes tuvieron la oportunidad de contrastar puntos de vista, opiniones e incluso de proponer soluciones.

c) *La organización de una actividad complementaria opcional: una mesa redonda constituida por especialistas en Derecho Internacional Público y por un testigo directo del conflicto objeto de estudio.* Como colofón al taller protagonizado por los estudiantes, organicé una mesa redonda a la que invité a varios expertos o personas conocedoras de primera mano del conflicto en cuestión. Volví a asignar los mismos temas que habían trabajado los estudiantes a estos expertos. Esta vez las aportaciones vertidas tenían una perspectiva diferente. Esta iniciativa les indujo a escuchar de una forma más proactiva a los participantes de la mesa redonda ya que los estudiantes conocían de antemano los elementos jurídicos de base. La ocasión les brindó la posibilidad de contrastar la opinión de los expertos con las indagaciones que ellos mismos habían trabajado anteriormente. Deliberadamente, busqué entre los tres invitados a alguna persona ajena al mundo del Derecho que había conocido la realidad de la RDC *in situ*. Su testimonio resultó revelador y muy aleccionador.

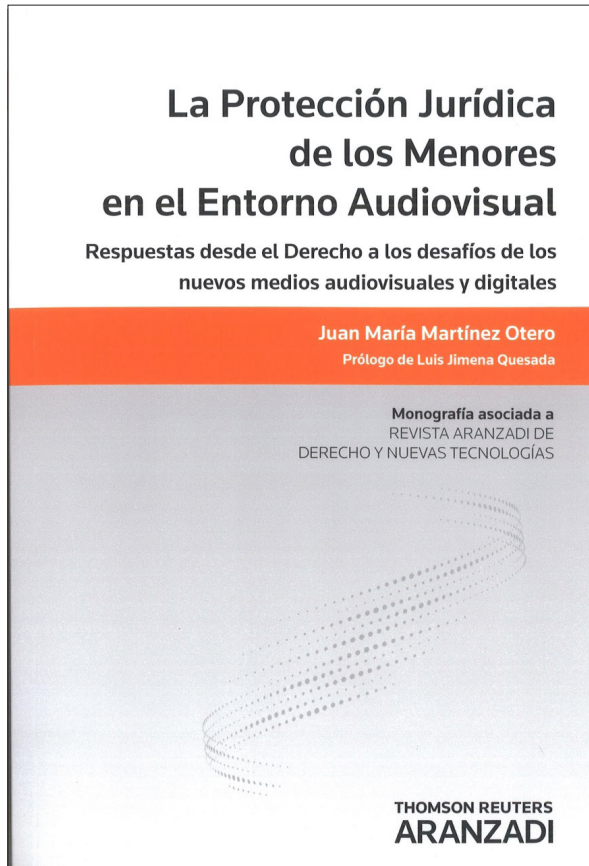
IV. CONSIDERACIONES FINALES

Para concluir, con total modestia, debo decir que la experiencia cosechó un éxito rotundo entre los estudiantes. Gozó de su pleno agrado y despertó un gran interés y curiosidad por ellos. Incluso, me pidieron poder invitar a personas ajenas a nuestro taller para que tuvieran la oportunidad de escuchar la mesa redonda. Tanto fue el interés que había conseguido cautivar entre ellos. La demostración más clara de ello fue que, si bien en un principio la mesa redonda había sido programada para que durara 120 minutos, en la práctica, se prolongó durante 120 más, gracias a la participación y el interés de todos los asistentes de aquella actividad.



RECENSIONES





Juan María Martínez Otero. *La protección jurídica de los menores en el entorno audiovisual. Respuestas desde el Derecho a los desafíos de los nuevos medios audiovisuales y digitales*. Cizur Menor (2013): Thomson Reuters Aranzadi. Monografía asociada a la "Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías".

La obra analiza *in extenso* la regulación orientada a proteger a los menores de edad en el ámbito de los medios de comunicación. El tema no carece de importancia, y conviene recordar que junto con el honor, la intimidad y la propia imagen, la protección de la juventud y la infancia es uno de los cuatro límites expresos que el Constituyente quiso mencionar en el art. 20.4º, al abordar los límites que cabía imponer a la libertad de expresión y el derecho a la información. Si bien los tres derechos mencionados han merecido abundante atención por parte de la jurisprudencia y la doctrina, la protección de los menores no ha sido objeto hasta el momento de estudios rigurosos y sistemáticos desde tribunas jurídicas.

La obra comienza con una descripción de los diversos riesgos a los que los más pequeños se enfrentan en el complejo entorno audiovisual: abuso de su imagen

en televisión, identificación en el curso de un proceso judicial, acceso a contenidos inapropiados para su edad, mal uso de sus datos personales, acoso o suplantación de identidad en las redes sociales, y un largo etcétera. Para esta aproximación, se ofrecen resultados de las investigaciones más significativas efectuadas en el panorama nacional en relación con el uso de las nuevas tecnologías por los menores de edad.

Descrito este contexto, el autor aborda las diferentes respuestas que a cada uno de estos peligros ofrece el ordenamiento jurídico español, subrayando los aspectos positivos y aportando propuestas concretas de cara a superar los negativos. Quizá una de las aportaciones más significativas del presente estudio sea la sistematización del complejo entramado de normas existentes en la materia, ofreciendo un esquema de estudio racional y ordenado, tarea de no pequeña dificultad habida cuenta de la pluralidad de instancias reguladoras y de normas de aplicación en la materia.

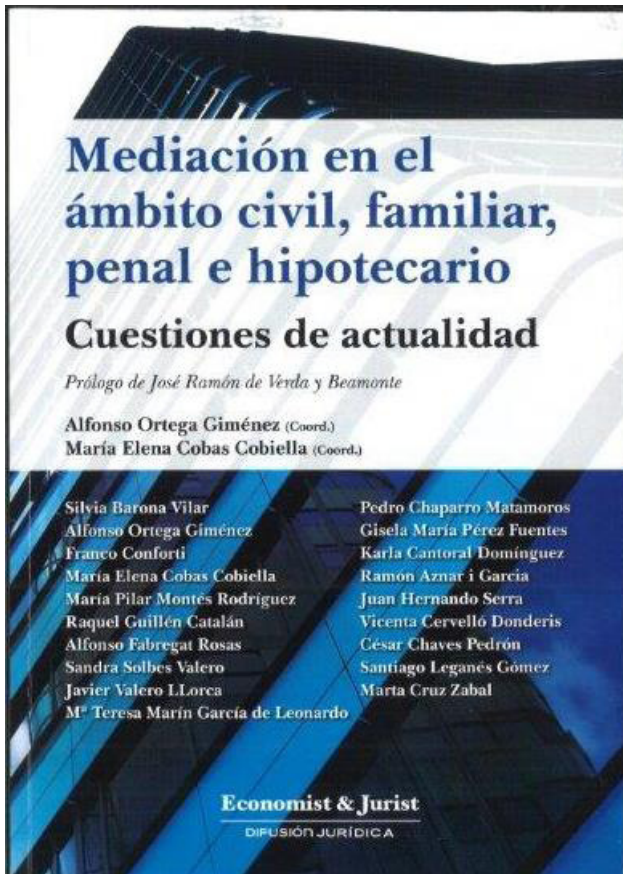
El estudio desciende de la normativa internacional a la comunitaria, deteniéndose extensamente en la normativa nacional, y ofreciendo una cata de la normativa autonómica (valenciana, catalana, andaluza, navarra y madrileña). Respecto del ordenamiento jurídico estatal, se distinguen las normas aplicables a todos los medios de comunicación –normas civiles, penales, procesales y de protección de datos– y las normas aplicables a cada manifestación comunicativa –televisión, publicidad, cinematografía y vídeo, videojuegos, telefonía móvil e Internet.

El análisis de la normativa vigente se complementa con cumplidas referencias a las principales iniciativas de autorregulación, lo que permite obtener una visión particularmente rica y completa del objeto de estudio. A la hora de hablar de la normativa autonómica, el autor realiza una valiosa reflexión sobre el papel de las autoridades audiovisuales para proteger los derechos de los ciudadanos en el entorno mediático, y lamenta la ocasión perdida de establecer en España el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, que ha sido sustituido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Como conclusión, cabe señalar que estamos ante un estudio riguroso, actualizado e incisivo, que profundiza en un aspecto particularmente importante de la normativa audiovisual: la debida protección de la juventud y la infancia como límite de los derechos comunicativos.

Pedro Chaparro Matamoros

Becario de Investigación (FPU) del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia



Alfonso Ortega Giménez y María Elena Cobas Cobiella (coordinadores). *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de Actualidad*. Madrid (20123): Economist&Jurist, Difusión Jurídica.

Estamos ante un libro de gran interés, sabiamente coordinado por dos brillantes profesores universitarios, María Elena Cobas y Alfonso Ortega, los cuales han reunido un elenco de reconocidos autores de distintas disciplinas, gracias a cuyas contribuciones el lector dispone de una obra que ofrece una visión general y completa de la mediación y en la cual se combina el rigor científico con la utilización de un cuidado lenguaje, claro y conciso, que evidencia un conocimiento práctico de la realidad sobre la que se escribe.

Es indudable que los sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito del Derecho Privado y, más concretamente, la mediación, están de moda, a lo que, sin duda, no es ajena la publicación de la reciente Ley 5/2012, de 6 de julio, sobre la materia, con ocasión de la cual ve la luz esta magnífica obra colectiva, que tengo el placer de reseñar.

La Exposición de Motivos de dicha Ley destaca, entre las ventajas de esta institución, “su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre las partes”; y ello, respecto a los clásicos procedimientos judiciales o arbitrales.

Estas palabras dejan entrever una de las razones principales por las que el Estado aborda la regulación de la mediación, con el fin de fomentarla como medio de resolución de conflictos en materias civiles y mercantiles que son susceptibles de disposición por los particulares en el ejercicio de su autonomía privada.

Mucho me temo que no es que el Estado haya descubierto la bondad del principio de la autonomía de la persona en un ámbito tradicionalmente encomendado a la actividad jurisdiccional. Más bien parece que los poderes públicos han tomado conciencia de la dificultad de sostener adecuadamente un sistema en el que la creciente y progresiva judicialización de numerosos aspectos de la vida privada ha terminado por ralentizar el funcionamiento de los Tribunales de Justicia, para cuyo correcto funcionamiento se necesitan ingentes recursos económicos en un momento en que, como consecuencia de la actual crisis económica, se hace más patente la escasez de los mismos y la necesidad de asignarlos de la manera lo más eficiente posible.

En la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, se explica, así, que la mediación contribuye a concebir los Tribunales “como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia”.

Pero la mediación es también un sistema de resolución de conflictos que entronca con el valor superior de la “libertad” y con el principio “del libre desarrollo de la personalidad”, consagrado en el art. 10.1 de la Constitución española, una de cuyas manifestaciones es, sin duda, la posibilidad de que los particulares puedan realizar una composición autónoma de sus propios intereses, eligiendo el cauce jurídico que tengan por conveniente, tal y como prevé el art. 1255 del Código Civil español, precepto que consagra la autonomía de las personas para elegir el tipo contractual que mejor se ajuste a sus necesidades y regulen su contenido en el modo que estimen más conveniente, con respeto, claro está, a la ley, a la moral y al orden público.

La mediación refuerza y amplía el principio de autonomía de la persona más allá del estricto ámbito de la creación de las relaciones jurídicas entre particulares, propiciando que quienes libremente las crearon sean quienes, por sí mismos, resuelvan los conflictos que posteriormente surjan entre ellos con ocasión de las

mismas. Eso sí, auxiliados “con la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto”.

El carácter voluntario de la mediación, sancionado como principio básico por el art. 6 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, es, desde mi punto de vista, un indudable acierto, salvaguardando, además, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sancionado en el art. 24 de la Constitución.

No puedo dejar de referirme aquí a una reciente y breve experiencia legislativa italiana, tendente a imponer el recurso obligatorio a la mediación, como presupuesto previo para poder ejercitar la acción judicial ante los Tribunales.

El art. 5.1 del Decreto Legislativo de 4 de marzo de 2010 (número 28), desarrollando el art. 60 de la Ley de 18 de junio de 2009 (número 29), sobre mediación orientada a la conciliación de las controversias civiles y mercantiles, establecía que quien pretendiera ejercitar en juicio una acción relativa a las materias enumeradas en el precepto (condominio, derechos reales, divisiones hereditarias, pactos familiares, comodato, arrendamiento, incluido el de industria, resarcimiento del daño derivado de circulación de vehículos de motor, de responsabilidad médica, o de difamación, contratos de seguro, bancarios y financieros) estaba obligado preliminarmente a acudir a un procedimiento de mediación (o conciliación), sin lo cual no podía posteriormente interponer la reclamación en la vía judicial, siendo la cuestión apreciable de oficio por el Juez que conociera del procedimiento.

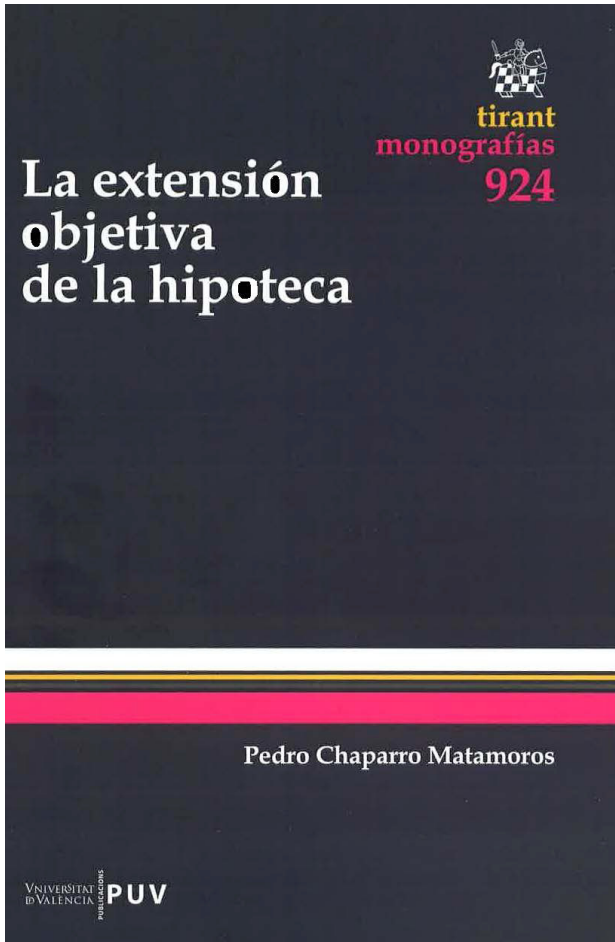
Tal previsión reglamentaria, que fue objeto de valoraciones muy dispares, ha sido declarada inválida por la Sentencia de la Corte Constitucional de 6 de diciembre de 2012, por incurrir en un exceso de delegación, de modo que en Italia el recurso a la mediación vuelve a ser voluntario.

Con acierto, la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, afirma que “La figura del mediador es, de acuerdo con su conformación natural, la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes [...] El mediador ha de tener, pues, una formación general que le permita desempeñar esa tarea”.

Pero, además, todos los estudiosos y prácticos del Derecho necesitamos acercarnos a la mediación con una mirada libre de prejuicios, para lo cual se imponen trabajos científicos que, como esta obra, estudien con rigor la institución y pongan de manifiesto todas sus potencialidades.

José Ramón de Verda y Beamonte.

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia



Pedro Chaparro Matamoros: *La extensión objetiva de la hipoteca*. Valencia (2014): Tirant lo Blanch, Tirant Monografías.

Una monografía como la aquí presentada se hacía totalmente necesaria en una época como la actual, en la que el aumento de las ejecuciones hipotecarias ha obligado a replantearse determinadas cuestiones de la hipoteca, entre otras y muy especialmente la extensión objetiva, que puede afectar muy negativamente a los intereses del deudor hipotecante. La obra que tengo el placer de presentar aborda todas las cuestiones que plantea la extensión objetiva, de una forma sorprendentemente comprensible, a la vez que rigurosa, y ello pese a la dificultad intrínseca de la institución.

En el primero de los capítulos, el autor aborda las cuestiones generales que plantea la extensión objetiva de la hipoteca, así como los conceptos clave que se requiere conocer para realizar una lectura con provecho de la obra. Particular

interés reviste el objeto de la hipoteca, que no es, como se pudiera pensar, el bien inmueble sobre el que se constituye la misma, sino el derecho real enajenable (muy especialmente, el de propiedad) que se ostenta sobre dicho bien inmueble (que suele ser una finca o un solar).

El segundo de los capítulos lo dedica el autor a hablar de la denominada 'extensión legal o natural de la hipoteca'. En el comentario al art. 110.1º de la Ley Hipotecaria (LH, en adelante) pueden hallarse, seguramente, las aportaciones y reflexiones más interesantes de la obra. Dicho precepto prevé que la hipoteca se extiende, por mor de la ley, a una serie de mejoras, de las que se excluyen aquellas que consistan en "nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere". El problema se produce a la hora de delimitar, precisamente, qué hay que entender por "nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere"; por ejemplo, ¿son nuevos edificios los que se estaban levantando al tiempo de constituirse la hipoteca? Ésta y otras cuestiones son resueltas de forma exhaustiva por el autor en este capítulo. Con todo, hay que tener en cuenta que las reflexiones que se aportan allí tienen un interés principalmente teórico, pues, como bien advierte el autor, de un tiempo a esta parte los contratos de préstamo hipotecario son contratos predispuestos en los que es habitual encontrar, como una cláusula de estilo, el pacto (o mejor dicho, la imposición al adherente) de que la hipoteca se extiende objetivamente también a las nuevas construcciones.

El capítulo tercero se refiere al no menos interesante tema de la acuñada como 'extensión convencional de la hipoteca'. El art. 111 LH recoge una serie de elementos (bienes muebles colocados permanentemente en la finca hipotecada, frutos y rentas vencidas y no satisfechas) que considera, en principio, excluidos de la extensión legal de la hipoteca, salvo "pacto expreso o disposición legal en contrario". Extensión convencional que, en línea con lo anteriormente señalado, no se limita a los supuestos contemplados en el art. 111 LH, sino que también puede referirse a los supuestos que quedan excluidos de la extensión legal prevista en el art. 110.1º, como son las mejoras consistentes en agregaciones de terrenos y en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere.

Como acertadamente explica el autor, la exclusión *ab initio* de estos elementos del gravamen hipotecario responde a la sencilla razón de que no tienen el carácter de parte integrante de la finca. No obstante, en la práctica el pacto es frecuente, como forma de asegurarse el acreedor hipotecario una mayor garantía para su crédito.

Por último, el capítulo cuarto de la obra se refiere a los arts. 112 y 113 LH, que contemplan lo que se ha dado en denominar la 'extensión de la hipoteca frente al tercer poseedor'. O, quizás, sería más acertado hablar de la no extensión de la hipoteca frente al tercer poseedor; pues el art. 112 LH consagra dicha regla, si bien

con alguna excepción. Para el autor, el fundamento de este límite de la extensión objetiva es claro: se trata, de algún modo, de restringir el ámbito expansivo de la hipoteca en relación con el tercer poseedor, para evitar que aquélla se extienda a los elementos incorporados al bien inmueble hipotecado y pueda perjudicar a un tercero totalmente ajeno a un negocio jurídico (como es la constitución de la hipoteca) en el que no intervino. Por otra parte, el autor critica la técnica legislativa empleada por el precepto al introducir confusiones innecesarias, pues: a) habla al tiempo de “tercer poseedor” y de “nuevo dueño” (con la consiguiente duda de si tercer poseedor lo es únicamente el tercer adquirente o cualquiera que pueda resultar poseedor del bien inmueble hipotecado con base en otro derecho real distinto del de propiedad); y b) utiliza una doble negación para referirse a las mejoras introducidas por el tercer poseedor que quedan excluidas de la hipoteca, complicando aún más la interpretación del precepto.

Como conclusión, se puede decir que estamos ante una obra amena, que combina la teoría con numerosos ejemplos jurisprudenciales. La juventud del autor no le impide, desde luego, abordar con rigor los entresijos de una institución ya de por sí compleja como lo es la hipoteca.

Salvador Carrión Olmos

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Invitación

La invitación para publicar en cualquiera de las secciones de la Revista Boliviana de Derecho está abierta a autores nacionales y extranjeros, siendo el requisito imprescindible, que el contenido de los artículos esté relacionado con las ramas del Derecho y sea de interés para la doctrina jurídica boliviana o iberoamericana.

II. Envío de artículos, fechas de recepción y aceptación

1. Los trabajos deberán enviarse mediante archivo electrónico en CD, al Director de Iuris Tantum – Revista Boliviana de Derecho (Calle Tumusla N° 77, Santa Cruz, Bolivia) ó a los correos electrónicos:
revistabolivianadederecho@hotmail.com, orlandoparada.vaca@gmail.com
2. Las fechas para la recepción de los trabajos a ser publicados en los números de julio y diciembre de cada año, serán hasta el 7 de enero y 15 de junio, respectivamente.
3. La fecha de aprobación de trabajos para su publicación en los números de julio y diciembre no excederá el 31 de marzo y 30 de septiembre, respectivamente.
4. La aceptación de un trabajo para su publicación, supone que los derechos de copyright (Derechos de Autor), en cualquier medio y por cualquier soporte, quedan transferidos a la Fundación Iuris Tantum, editora de la revista.

III. Sistema de arbitraje

Una vez recibido el artículo, el Consejo Editorial decidirá en un lapso no mayor a los cinco días, si el mismo cumple con los requisitos básicos para su publicación. En caso afirmativo, el artículo será enviado a evaluación de expertos temáticos.

Cada artículo será evaluado por expertos temáticos externos a la revista, quienes no conocerán el nombre del autor del texto (sistema de doble revisión "a ciegas"). El evaluador tendrá un período de dos semanas para comunicar su dictamen al Comité Editorial. El nombre del evaluador será reservado.

Los posibles dictámenes son:

1. Se aprueba la publicación del artículo.
2. Se aprueba la publicación del artículo, con observaciones a corregir.
3. Se rechaza la publicación del artículo.

Si el dictamen del revisor observa algunas correcciones, el autor tendrá un plazo de quince días para realizarlas.

El que un artículo sometido a evaluación sea aprobado, no implica su inmediata publicación. La decisión final para la publicación de un artículo corresponde al Consejo Editorial de la Revista.

Una vez que se decida respecto del dictamen de publicación o rechazo del artículo, el autor recibirá notificación directa y por escrito informándole de la decisión final.

IV. Normas editoriales

A) Respecto al autor

- Deberá incluirse una corta biografía del autor, de no más de 50 palabras (incluyendo sus grados académicos más relevantes, ocupaciones y cargos actuales, y publicaciones principales). Adjuntar el currículum académico detallado, no olvidando la inclusión del correo postal, correo electrónico, dirección, teléfono y fax.
- Será responsabilidad del autor adjuntar todos los datos en su reseña personal.

B) Respecto al artículo

- Todo artículo propuesto para ser publicado en *Iuris Tantum* – Revista Boliviana de Derecho debe ser original e inédito.
- Los artículos deben escribirse en idioma español.
- Debe especificar el conflicto de interés o, cuál la importancia de escribir sobre el tema elegido.
- Buena redacción, ortografía y organización.
- Se deberá anteponer un resumen del trabajo, de no menos de 50 y no más de 70 palabras.

- Cada artículo debe tener una traducción al inglés del resumen, así como del título.
- Las palabras claves de los artículos deben ser extraídas utilizando un Tesauro Normalizado. Éstas deben incluirse en español e inglés.
- El artículo deberá ir acompañado de un Sumario, que se incluirá al inicio del mismo (redactado en minúsculas, salvo la letra que encabece cada uno de los epígrafes) y de una bibliografía, que se incluirá al final del mismo, utilizando el sistema de citas propio de la revista.

V. Formato de Texto

- El artículo debe contener un máximo de mínimo de 30 páginas y un máximo de 50 páginas, salvo razones fundadas, que justifiquen una extensión superior:•
- Papel blanco, tamaño carta o A4
- Utilizar una sola cara del papel
- Tipo de letra: Times New Roman
- Tamaño de letra: 12 puntos
- Tinta negra
- Interlineado doble espacio
- Alineación todo a la izquierda, excepto citas mayores a las 40 palabras.
- Sangría al inicio de cada párrafo, se deben dejar cinco espacios.
- Tres niveles de títulos:
 1. Uno principal escrito en negrillas, mayúsculas, y centrado (14 pts)
 2. Uno secundario escrito en negrillas Tipo oración (12 pts)
 3. Uno terciario en negrillas Tipo oración
- Incisos: Números: 1º)

VI. Notas a pie de página

- Se utilizarán para descargar el texto de notas bibliográficas, de referencias de jurisprudencia y de opiniones o comentarios incidentales, así como para ampliar las ideas expresadas en el texto, en cuya redacción de empleará un estilo ágil, claro y conciso.
- Deben ir numeradas correlativamente con números arábigos.

VII. Citas

Todas las citas de autores y resoluciones judiciales deberán realizarse en nota a pie de página, nunca en texto.

VIII. Referencias bibliográficas

- **Material consultado en Internet.-** Debe respetar el siguiente orden:
Autores.- Los documentos de la World Wide Web que indican que son “mantenidos”, generalmente se refieren al autor con el apelativo de Maintainer (Maint), aunque también puede usarse más genéricamente Editor (De).
Fecha de visita al documento (año, mes , día).
Título que puede ser tomado de la barra superior del navegador.
Tipos de documento.- Indicar si son html, consultas en bases de datos, imágenes en formato .gif, .jpg u otro, archivos de sonido o de video, archivos FTP, etc.
Información acerca de la publicación, la que comienza con <http://www...>
- **Material consultado en Internet.-** La jurisprudencia se citará según sea habitual en el país de origen de cada escritor, con su respectiva referencia.

IX. Otras secciones de la Revista.

- **Cuestiones jurídicas:** Se trata de una sección que incluye artículos breves, sin adscripción temática clara o con un impacto reducido a una determinada área geográfica.
Su estructura y requisitos formales son exactamente iguales que los de los artículos insertados en la Sección de Doctrina.
- **Crónicas jurisprudenciales:** Se trata de una exposición sistemática de la jurisprudencia existente sobre una determinada materia, cuya extensión debe oscilar entre 20 y 30 páginas (a doble espacio). En ellas se acompañará, al igual que respecto de los artículos, un sumario, el CV breve del autor, un resumen y palabras clave, en español e inglés. Deberá también adjuntarse, en su caso, una relación bibliográfica de las obras utilizadas.
- **Comentarios.-** Se trata de análisis de textos legales novedosos o de especial importancia, cuya extensión debe oscilar entre 20 y 30 páginas (a doble espacio). En ellos se acompañará, al igual que respecto de los artículos, el CV breve del autor, un resumen y palabras clave, en español e inglés. Deberá también adjuntarse, en su caso, una relación bibliográfica de las obras utilizadas.
- **Comentarios jurisprudenciales.-** Se trata de comentarios de sentencias especialmente relevantes, cuya estructura es la siguiente: Supuesto de hecho, Doctrina y Comentario.

- **Reseñas bibliográficas.-** Extensión máxima 3 páginas y el texto debe ir acompañado de la portada del libro en digital, ISBN y la editorial que lo publica.
- **La espada de Damocles.-** Extensión máxima de 5 páginas, excluyendo la fotocopia o el escáner de la resolución judicial o administrativa criticada. La Revista Boliviana de Derecho, otorgará el derecho a réplica.

