REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO

Publicación de circulación nacional.
Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho

Editorial: Fundación Iuris Tantum
Santa Cruz de la Sierra - Bolivia
Pasaje Tumusla 77
Telf. +591 3 3375330
Correo Electrónico:
orlandoparada.vaca@gmail.com
revistarbd@gmail.com
info@revistaboliviandederecho.org
www.revistaboliviananadederecho.org
también en **facebook**. https://www.facebook.com/revistaboliviananadederecho
y **twitter** https://twitter.com/Vyjsantacruz

Coordinación General: Nahir Coimbra Peña
Diagramación General: Elias On - elias.on@live.com

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)
• ESCI (ISI-Thomson Reuters)
• ANVUR (Agencia Nacional de Evaluación del sistema universitario y de investigación en Italia)
• e-revist@as (Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España)
• REDALYC (Red de Revistas Científicas de América Latina y El Caribe, España y Portugal) Expediente 156/2015A/E.

Depósito Legal: 4-3-18-06
ISSN: 2070-8157
© Derechos Reservados de los Autores

Impreso en Bolivia - *Printend in Bolivia*

SUMARIO

27

DOCTRINA

A) DERECHO PENAL

01/ Justicia penal desde la globalización y la postmodernidad hasta la neomodernidad. Silvia Barona Vilar (España).... 20

B) DERECHO DE LA PERSONA

02/ El derecho a la imagen en México: elementos de su configuración. Karla Cantoral Domínguez (México). 54

C) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

03/ El resarcimiento del quebranto inmaterial y su cuantificación. Carolina del Carmen Castillo Martínez (España)..... 78

D) DERECHO DE FAMILIA

04/ La solidaridad forzada de los regímenes disociativos en los supuestos de crisis conyugal. Pilar María Estellés Peralta (España)..... 100

E) DERECHO DE SUCESIONES

05/ El administrador testamentario ¿venganza póstuma? Federico Arnau Moya (España)..... 134

F) DERECHO DE CONSUMO

06/ La resolución de la venta de bienes de consumo. María Jesús Monfort Ferrero (España).... 158

07/ Deber de transparencia material en la contratación de préstamos hipotecarios con consumidores en el ordenamiento jurídico español. M. Natalia Mato Pacín (España)..... 188

G) DERECHO TRIBUTARIO

08/ Por partida doble: blanqueo y delito fiscal. A propósito de la inaugurada línea jurisprudencial del Tribunal Supremo de Cuba sobre la tributación por ganancias delictivas. Dayan Gabriel López Rojas (Cuba).. 220

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

09/ Mediación y arbitraje en derecho administrativo español. Carla Esplugues Barona (España).....248

10/ Las capturas de pantalla como medio de prueba en el proceso civil. Nadia Paola Ávila Gonzales (Bolivia)..... 272

11/ Derecho de separación por falta de reparto de dividendos: aplicación en el ordenamiento español mediante el artículo 348 bis LSC y propuestas de futuro. Juan José Gonzalo Domenech y José Bonmatí Sánchez (España)..... 296

12/ La provincia como institución local supramunicipal en España. Vicenta Tasa Fuster (España)..... 324

13/ Análisis crítico de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Javier Martínez Calvo (España). 352

14/ Múltiple filiación en Argentina: Ampliando los límites del parentesco. Emiliano Litardo, Sofía Novillo Funes, Iñaki Regueiro De Giacomi y Gabriela Spinelli (Argentina) 372

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

A) DERECHO DE LA PERSONA

15/ Validez del matrimonio contraído por un contrayente con alzhéimer. Comentario a la STS de España, núm. 145/2018, de 15 de marzo. José Ramón de Verda y Beamonte (España). 396

B) DERECHO DE FAMILIA

16/ Luces y sombras acerca de los procesos matrimoniales como cauce para liquidar el régimen de separación de bienes. Comentario a la STS de España, núm. 94/2018, de 20 de febrero. Adrián Arrébola Blanco (España)..... 410

C) DERECHO DE SUCESIONES

17/ La indignidad para suceder mortis causa por incumplimiento de los deberes paterno-filiales. Comentario a la STS de España núm. 235/2018, de 23 de abril. Mikel Mari Karrera Egialde (España). 420

D) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

18/ El cumplimiento en España de las sentencias y dictámenes de los órganos de control del cumplimiento de los derechos humanos establecidos en tratados internacionales. Comentario a la STS de España núm. 2747/2018, de 17 de julio. Valentín Bou Franch. 434

E) DERECHO TRIBUTARIO

19/ Retroacción de actuaciones ordenada por el Tribunal Económico-Administrativo y el plazo para dictar la nueva liquidación. Comentario a la STS de España, núm. 851/2018, de 23 de mayo. Fernando Hernández Guijarro (España). 458

NOVEDADES LEGISLATIVAS

20/ Derecho internacional privado, últimas reformas legislativas y nuevas competencias de los notarios (y de otros operadores jurídicos no jurisdiccionales) en España. Alfonso Ortega Giménez (España). 472

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

21/ El derecho a una investigación efectiva en la jurisprudencia del TEDH. Elena de Luis García (España)..... 494

22/ Interpretación del derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia europea e interamericana. Juana Sánchez Ramos (México).....516

23/ Conflicto entre el derecho de la comunidad de propietarios a la instalación del servicio de ascensor en la propia comunidad y el derecho a la propiedad privada de comuneros y terceros ajenos. Bernardo Sifre Aviñó (España). 538

PANORAMA

24/ La promoción de la justicia restaurativa en materia penal por Naciones Unidas a través de sus congresos internacionales. Mar Aranda Jurado (España)..... 552

RECENSIONES

25/ José Ramón de Verda y Beamonte, Persona y Familia. Escritos Selectos, en Colección de Derecho Comparado (dir. C. Lepin Molina), Hammurabi, Santiago de Chile, 2018, 497 páginas, por Salvador Carrión Olmos..... 578

26/ Pedro Chaparro Matamoros: Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 519 páginas, por José Ramón de Verda y Beamonte.....588

27/ Carlos Tur Faúndez, Smart contract. Análisis jurídico, Editorial Reus, Madrid, 2018, por David López Jiménez. 597

FUNDACIÓN IURIS TANTUM

DR. ORLANDO PARADA VACA
Presidente

DIRECCIÓN GENERAL

DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARÍA

DR. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

CONSEJO EDITORIAL

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

Msc. CLAUDIA J. PARADA ALGARAÑAZ
Profª Universidad Católica Boliviana "San Pablo", Bolivia

DR. ALEX PARADA MENDÍA
Profª Titular de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

DRA. VIRGINIA PARDO IRANZO
Profª Titular de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

DRA. ROSA MOLINER NAVARRO
Profª Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO:

DR. ÁNGEL A. BLASCO PELLICER
Magistrado del Tribunal Supremo y 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
Catedrático de Derecho Privado, LUMSA, Palermo, 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

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 Ayudante Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia, España

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

Derecho Internacional Privado
DR. ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ
Profesor Contratado Doctor de 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 Tecnología
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
DR. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, 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 CARAPEZZA FIGLIA
Catedrático de Derecho Civil, LUMSA, Palermo, Italia Derecho del Trabajo

Derecho del Trabajo
DR. EDUARDO TALÉNS VISCONTI
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo, Universidad de Valencia, España

CONSEJO DE REDACCIÓN

DR. GIOVANNI BERTI DE MARINIS
Profesor Investigador en Derecho Privado, Universidad de Perugia, Italia

D. DIEGO ELOY GARCÍA GARCÍA
Graduado en ADE-Derecho, Universidad de Valencia, España

D. FRANCESCO LA FATA
Doctorando en Derecho, Universidad del Sannio, Italia

D. GONZALO MUÑOZ RODRIGO
Graduado en Derecho, Universidad de Valencia, España

D. VALERIO ROTONDO
Doctorando en Derecho, Universidad del Molise, Italia

rBD
FUNDACIÓN IURIS TANTUM
REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO
AÑO XIV - Nº27
ENERO/2019
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.

FINES, TÉRMINOS Y CONDICIONES DE USO DE RBD

1. Generalidades.

Este sitio web (www.revistabolivianadederecho.com), es propiedad de la "Fundación Iuris Tantum", entidad boliviana sin ánimo de lucro, con domicilio en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.

El uso de este sitio web implica la aceptación y el cumplimiento, por parte del usuario del sitio web, de todas y cada una de las presentes Condiciones de Uso, especialmente, del compromiso de no realizar aquellas conductas que más abajo se detallan como prohibidas. El mero acceso y/o utilización del sitio web, de todos o parte de sus contenidos y/o servicios significa la plena aceptación de las presentes condiciones generales de uso.

La "Fundación Iuris Tantum" podrá establecer limitaciones y/o condiciones adicionales para el uso y/o acceso al sitio web y/o a los contenidos, las cuales deberán ser observadas por los usuarios en todo caso.

2. Usos permitidos.

La utilización permitida del presente sitio web atiende a fines exclusivos de investigación y documentación jurídica, sin que se permita la explotación privada o comercial de ninguna de las obras que forman parte de los distintos números de la Revista Boliviana de Derecho, ya sean ordinarios o extraordinarios. Queda prohibido el uso de cualquier sistema o software automatizado para extraer datos de esta página web para fines comerciales (adquisición de datos o "screen scraping").

Ante el uso indebido y no autorizado de la presente página web, la Fundación Iuris Tantum se reserva el derecho a ejercitar las acciones que considere oportunas, incluso a instar procedimientos judiciales sin previa notificación.

3. Modificaciones de los términos y condiciones de uso.

La Fundación Iuris Tantum se reserva la facultad de modificar en cualquier momento, sin previo aviso, las condiciones generales de uso del sitio web.

4. Obligaciones del usuario.

El usuario deberá consultar y respetar en todo momento los términos y condiciones establecidos en las presentes condiciones generales de uso del sitio web. Asimismo, deberá cumplir las especiales advertencias o instrucciones contenidas en el sitio web y a obrar siempre conforme a la ley, a las buenas costumbres y a las exigencias de la buena fe, teniendo en cuenta la naturaleza gratuita del servicio del que disfruta.

5. Cláusula de limitación de responsabilidad.

La Fundación Iuris Tantum no asume responsabilidad alguna respecto a los posibles daños y perjuicios causados por el uso de este sitio web o de cualquier otro al cual se haya accedido a través de un enlace inserto en el presente sitio web.

6. Propiedad intelectual e industrial.

El presente sitio web se reserva todos los derechos sobre los contenidos, información, obras, textos, gráficos, diseños, logos, marcas, símbolos, signos distintivos, datos y servicios que ostente.

En ningún caso se entenderá que se concede licencia alguna o se efectúa renuncia, transmisión, cesión total o parcial de dichos derechos, ni se confiere ningún derecho de explotación sobre dichos elementos, sin la previa autorización expresa y por escrito de la Fundación Iuris Tantum o de los titulares de los derechos correspondientes.

7. Cláusula de legislación aplicable, jurisdicción competente y notificaciones.

Las presentes condiciones se rigen y se interpretan de acuerdo con la legislación boliviana.

Todas las controversias o diferencias con relación a la interpretación, aplicación, cumplimiento y ejecución del presente contrato, renunciando expresamente a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles, se resolverán en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial (CCAC) de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz (CAINCO), conforme a los siguientes medios: Como primer medio de solución se establece la Conciliación, la cual se regirá de acuerdo al Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO, vigente al momento de la presentación de la conciliación. Si la controversia no ha sido resuelta a través de la conciliación o persistiera parte de ella, como segundo medio se aplicará el arbitraje institucional a efectuarse en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), al que se encomienda la administración del arbitraje conforme al Reglamento vigente a la fecha en que se presente la solicitud de arbitraje. El presente acuerdo implica la renuncia expresa a iniciar cualquier proceso judicial.

En materia penal se someten a los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia).

Todas las notificaciones, requerimientos, peticiones y otras comunicaciones que el usuario desee efectuar a la Fundación Iuris Tantum deberán realizarse por escrito y se entenderá que han sido correctamente realizadas cuando hayan sido recibidas en la siguiente dirección.revistarbd@gmail.com

EDITORIAL

IMPUGNACIÓN DE TESTAMENTO POR CAMBIO SOBREVENIDO EN LAS CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES

Un problema que a veces se plantea en la práctica es el provocado por la circunstancia de que, al tiempo de la apertura de la sucesión, el instituido heredero ya no mantiene una relación familiar con el testador. No habría ninguna duda acera de cuál habría de ser la solución, si el causante hubiera condicionado la institución a la persistencia de la relación familiar en el momento de su muerte o, si rota esta, hubiese revocado su testamento, pero la experiencia enseña que esto no siempre tiene lugar. Cuando no hace ninguna de estas dos cosas, se plantea un problema interpretativo de su voluntad: ¿hubiera querido que quien al tiempo de otorgar testamento era su cónyuge o conviviente "more uxorio" conservase los derechos hereditarios que en tal testamento le atribuyó, si posteriormente el matrimonio se hubiera disuelto por divorcio o si la unión de hecho se hubiese extinguido?

Afirmar la validez de la institución hereditaria, con el simple argumento de que el causante pudo revocar el testamento y no lo hizo, produce honda insatisfacción, pues se concilia mal con la regla de que la voluntad del causante es la ley de la sucesión. Sin embargo, considerar que la institución es inválida, argumentando que, de haber sabido el causante que el instituido no sería ya su cónyuge o conviviente "more uxorio", no lo habría llamado a sucederle, choca con otra regla, cual es la de que la única voluntad relevante para ordenar la sucesión "mortis causa" de una persona es la expresada en testamento.

La cuestión ha sido examina recientemente por el Tribunal Supremo español, el cual ha aplicado analógicamente el art. 767 CC para declarar la ineficacia del testamento en favor de quien en el momento de la apertura de la sucesión ya no era cónyuge o conviviente de hecho del testador.

a) La STS núm. 539/2018, de 28 de septiembre, rec. nº 811/2016, revocando la sentencia recurrida, ha declarado, así, la ineficacia del testamento otorgado en favor

de quien al tiempo de la apertura de la sucesión ya no era cónyuge del testador, por haberse disuelto el matrimonio por divorcio.

En ella se afirma que, "A diferencia de lo que sucede en otros derechos, no existe en el Código civil una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en máximas de experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea. Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante de la doctrina, esta sala considera que, ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el art. 767.I CC, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto. Por ello, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz".

Respecto del caso concreto por ella enjuiciado, en el que la testadora había instituido heredero "a su esposo D. Esteban", entiende que el empleo del término "esposo", "para referirse al instituido no puede ser entendido como una mera descripción de la relación matrimonial existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación del instituido, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención del término 'esposo' revela el motivo por el que la testadora nombraba a Esteban como su heredero, sin que haya razón para pensar que, de no ser su esposo, la testadora lo hubiera instituido heredero. Producido el divorcio después del otorgamiento del testamento, la institución de heredero quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión".

b) La STS núm. 531/2018, de 26 de septiembre, rec. nº 162/2016, aplica la misma doctrina, confirmando, esta vez, la sentencia recurrida, para declarar la ineficacia del testamento en favor de quien en el momento de la apertura de la sucesión ya no era conviviente de hecho del testador, por haberse extinguido la convivencia "more uxorio".

En este caso, el causante había otorgado testamento en el que disponía de un legado a favor de "su pareja Doña Cecilia". Se considera también que "El empleo de la expresión 'su pareja" para referirse a la demandante no puede ser entendido como una mera descripción de la relación afectiva existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación de la favorecida, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención a 'su pareja' revela el motivo por el que el testador ordenaba un legado a favor de Cecilia, "sin que haya razón

para pensar que, de no ser su pareja, el testador la hubiera favorecido con un legado. Producida la extinción de la relación de pareja después del otorgamiento del testamento -lo que la sentencia recurrida declara como hecho probado-, la disposición testamentaria a favor de Cecilia quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión".

La solución a la que llegan las sentencias parece correcta, pero es discutible la aplicación, aunque sea por analogía, del art. 767 CC, según el cual "La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa".

Este precepto es interpretado por la doctrina dominante como un supuesto de error, entendiendo que la expresión "causa falsa" se refiere a un "error-vicio", es decir, a una falsa representación mental de la realidad (en el momento de la conclusión del negocio jurídico) sobre la causa determinante de la disposición testamentaria, que vicia la voluntad del testador y, en consecuencia, provoca su invalidez. Sin embargo, en el supuesto resuelto por las sentencias no hay una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento del legatario: el heredero y la legataria eran, respectivamente, cónyuge y conviviente "more uxorio" al tiempo del fallecimiento del causante (el testador no yerra sobre estos extremos); lo que existió es un error de previsión sobre circunstancias sobrevenidas, que sólo de manera forzada puede ser considerado una situación análoga a la prevista en el art. 767 CC: en definitiva, no son casos de causa falsa o de error-vicio, sino supuestos reconducibles a la teoría de la presuposición.

José Ramón de Verda y Beamonte.

DOCTRINA

JUSTICIA PENAL DESDE LA GLOBALIZACIÓN Y LA POSTMODERIDAD HASTA LA NEOMODERNIDAD

CRIMINAL JUSTICE FROM GLOBALIZATION AND POSTMODERNITY UNTIL NEOMODERNITY

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 20-53

* Realizado en el marco del Proyecto de excelencia de la Generalitat Valenciana *Prometeo 2018/111 (Claves de la Justicia Civil y Penal en la sociedad del miedo).*

Silvia
BARONA
VILAR

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de junio de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: Desde la Modernidad, etapa de esperanza, de garantías, de conquistas, de fortalecimiento del Estado y de un protagonismo en materia de Justicia, hemos ido evolucionando con una gran dosis de eficiencia –fruto de la globalización- de desencanto, desilusión y recelos hacia "el otro" –fruto de la postmodernidad- pareciendo avizararse una nueva etapa, la neomodernidad, que debe retornar a los valores de respeto y defensa de las personas, a la minimización del expansivo sistema penal fruto de un periodo regresivo de derechos y garantías, para volver la mirada a las personas, al otro, al reconocimiento de los demás, lo que exige, también en materia de Justicia, mucha empatía, mucha solidaridad y mucha renuncia. En esta etapa de la neomodernidad debe estar presente la lucha contra el inmovilismo y la búsqueda y retorno a la persona, como eje del ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE: Justicia penal posmoderna; globalización; justicia penal neomoderna.

ABSTRACT: The age of Modernity has widely been considered an age of confidence, guarantees and social conquests. Also, it is an age for the strengthening of the State and, consequently, of its leading role in the area of Justice. However, the situation has evolved steadily in recent times. The quest for efficiency –very much linked to the phenomenon of globalization- in the framework of a society growingly characterized by a mix of negative ideas and feelings -disenchantment, disappointment, distrust towards "the other"- which are direct consequence of postmodernity is taking us to the new stage of neo-modernity, an age of hope. This stage should mean the return to former values and principles. It should give place to the respect and protection of the people and to the recognition of their human being condition and rights. This will have, for sure, an impact in the area of Justice. A lot of empathy, a lot of solidarity and giving up will be necessary to reach the goals of neo-modernity. In this new era of neo-modernity the fight against immobility and the search and return to the person must be present as axis on which the legal system stands.

KEY WORDS: Posmodern criminal justice; globalization; neomodern criminal justice.

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DE LA JUSTICIA PENAL EN LA MODERNIDAD. DE DÓNDE PARTIMOS.- 1. De la modernidad.- 2.- El pensamiento jurídico moderno y su incidencia en la Justicia penal.- II. GLOBALIZACIÓN Y POSTMODERNIDAD.- 1.- Breves referencias a la globalización y al neoliberalismo; 2.- El desencanto individual y social y la aparición de la postmodernidad.- III. RASGOS DE LA JUSTICIA PENAL DESDE LA GLOBALIZACIÓN Y EN LA POSTMODERNIDAD.- 1. Expansión del Derecho Penal y el Derecho Penal simbólico.- 2.- Liquidez y liquidación en el proceso penal.- IV. Y LLEGÓ LA NEOMODERNIDAD. ¿Y AHORA QUÉ?. CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO DE LA JUSTICIA PENAL EN LA MODERNIDAD. DE DÓNDE PARTIMOS

Para referirnos a los rasgos que en la actualidad caracterizan la Justicia Penal de la etapa histórica en la que nos encontramos, la neomodernidad, y a la evolución social, política, económica, sociológica y también jurídica, resulta de interés comenzar con los postulados de lo que supuso la consagración de la Justicia penal en la etapa de la modernidad; un modelo de Justicia penal que vino consagrándose como paradigmático y que ha ido mutándose como consecuencia de un devenir global que fluye a velocidad inusitada y que ha ido diseñando un escenario absolutamente complejo e inquietante, en el que parece encontrar un lugar privilegiado el Código Penal.

1. De la modernidad

Se afirma que la construcción de la modernidad se produjo a partir de los Siglos XIV y XV cuando comenzó a presenciarse el ocaso de la Edad Media, momento transicional que se ubica entre el federalismo y el capitalismo, y en el que, amén de numerosas transformaciones, emerge una nueva clase social, la burguesía, que asumió un rol fundamental en la sociedad del momento, asentándose en un núcleo urbano –la ciudad-, alrededor de la cual se gestó el desarrollo económico, demográfico, político, social y jurídico. Se dice que la Edad Moderna (que comprende desde el descubrimiento de América en 1492 hasta la Revolución francesa en 1789) fue el periodo en el que se gestaron los grandes cimientos del Estado, entendido como estructura política de poder y desde el

• Silvia Barona Vilar
Catedrática de Dº Procesal en la Universitat de Valencia, Doctora honoris causa por la UAGRM (Bolivia), Örebro (Suecia), e Inca Garcilaso (Lima, Perú), además de ser profesora honoraria en la Universidad de Vigo y Miembro de Honor de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal; es autora de 20 libros de autoría única, 18 libros como editora y directora, 467 capítulos de libro, más un centenar de artículos de revista (nacionales e internacionales). Dirige el Grupo de Excelencia MedArb (Valencia), ha sido Directora de 18 tesis doctorales, está en posesión de la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort, y es Cónsul de la Lonja de Valencia. Correo electrónico: Silvia.Barona@uv.es

que se diseñó un modelo de Justicia propio, paradigmático. Cimientos que fueron consagrados en los siglos XIX y XX con la consolidación de la era contemporánea.

Fue un periodo que presenció en lo político un claro endurecimiento en Europa a través de la aparición del absolutismo y que casó a la perfección con la persecución religiosa propulsada por la Inquisición. Un gran paralelismo Iglesia-Estado favoreció en el seno de la conformación de la Justicia penal la vinculación de la idea de pecado con la de delito, e influyó visiblemente en el *modus operandi* procesal el sistema canónico inquisitivo. Las reacciones contra la represión y los abusos estuvieron presentes, siendo especialmente destacable la figura de Lutero que, por ello, fue excomulgado en 1521, siendo importante por las traducciones de la Biblia del latín al alemán, lo que, gracias a la imprenta, supuso una propagación mayor del protestantismo.

Es por ello que puede afirmarse que la construcción de la modernidad se debió a una ebullición de ideas y pensamientos: el Humanismo, receptor de un movimiento cultural e intelectual vivido especialmente en Francia e Inglaterra desde finales del Siglo XVII, la Ilustración, un momento absolutamente trascendental para el pensamiento, en cuanto suponía el abandono del tiempo en tinieblas vivido por la humanidad en periodos anteriores y especialmente en el Medievo, para favorecer la apertura hacia nuevas ideas en lo económico, en lo político, en el pensamiento, en la ciencia y en lo social, amén de obviamente en lo jurídico. Aparecieron grandes pensadores (John Locke, *"padre del liberalismo clásico"* y al que se le atribuye una gran participación en la teoría del contrato social, influyendo en Voltaire y Rousseau, o de Hobbes, a través de su gran obra, *Leviathan*, publicada en 1651) y grandes obras que diseñaron el "contrato social", en el que los ciudadanos ceden parte de su libertad al poder estatal a cambio de la seguridad que ofrece el poder estatal a los ciudadanos. Esta fue una de las grandes ideas que permitieron sostener la evolución hacia una nueva etapa, hacia el modernismo[1]. Fueron paulatinamente desapareciendo las monarquías absolutas europeas y generándose el declive de la concepción que había presidido tiempos anteriores del derecho divino de los reyes.

2. El pensamiento jurídico moderno y su incidencia en la Justicia penal

El despotismo ilustrado influyó en la visión del individuo por encima de la colectividad, desvalorizando la fe religiosa, exaltándose la razón humana como elemento nuclear, y proclamando que la educación es el único camino para el progreso humano. Emerge un mundo que se desprendía de supersticiones, de fanatismo y de intolerancia, y al que se incorporaba el método científico y racional,

1 HUDSON, B.: *Justice in the Risk Society. Challenging and Re-affirming Justice in Late Modernity*, Sage Publications, London, 2003, pp. 4-5.

método que necesariamente afectó al Derecho en general y, muy especialmente, al sistema probatorio en materia penal en particular. Es el contexto en el que aparece la noción diversa de Estado. Antes había, pero muy debilitado[2]. El Estado fuerte influyó en la conformación del Derecho y en los modelos procesales y sus protagonistas. En este escenario se concibió el monopolio del Estado de penar y configuró las penas, aflictivas, intimidantes y ejemplarizantes, como una expiación del delito.

Contra la crueldad de las respuestas penales se posicionó César Beccaria (1738-1794), quien publicó *De los delitos y las penas*, combatiéndolas, y propulsando la necesidad de configurar proporcionalidad de las penas en relación con la gravedad de los hechos, la seguridad jurídica y la abolición de la crueldad; y Howard, que publicó *The states of prison of England and Wales* (considerado el evangelio de la reforma penitenciaria), exponiendo la terrible situación en la que se encontraban las prisiones.

En ese escenario hay un retrato innegable: Durante los Siglos XVI, XVII y XVIII se consagra ese modelo vinculado al aparato público, al Estado, y uno de sus elementos, la ley, lo favorece. Los Estados elaboran sus propias leyes, configuran las normas de sus propios procesos y deciden la forma y magnitud de la respuesta a las conductas que consideran las más reprochables socialmente. Esto favorece la aparición de lo que Sbriccoli denominó la justicia hegemónica[3], o lo que denominamos nosotros el *paradigma de justicia*. Se aprueban las leyes nacionales, y entre ellas las que regulan el nuevo modelo de justicia penal, sus estructuras, sus instituciones y sus protagonistas. Y un dato esencial es la codificación napoleónica, y la configuración del modelo procesal penal mixto (elementos del viejo sistema francés con algunas manifestaciones positivas del sistema inglés)[4]: una fase previa al juicio, de instrucción y de naturaleza inquisitiva, dirigida por el *juge d'instruction*, y una segunda, el juicio adversarial ante un tribunal diverso que no había tomado parte en la investigación y que, en los supuestos graves, actuaba bajo la forma del Jurado. La influencia de este Código francés fue tremenda, dado que el derecho napoleónico se aplicaba en los territorios conquistados, sin que la liberación de los invasores franceses supusiera la rehabilitación de las normas anteriores.

2 Sobre estas cuestiones puede verse Barona Vilar, S.: *Proceso penal desde la Historia. Desde sus orígenes hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; así como Barona Vilar, S.: *Justicia penal, globalización y digitalización*, Thomson-Reuters, Santiago de Chile, 2018.

3 Sbriccoli, M.: "Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale", en AA.VV.: *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziaire e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna. Kriminalität und Justiz in Deutschland und Italien. Rechtspraktiken und gerichtliche Diskurse in Spätmittelalter und Früher Neuzeit* (dir. Bellarba, M.; Schwerhoff, G.:; Zorzi, A.), Bologna, Ed. Società editrice il Mulino, y Berlin, Ed. Duncker&Humblot, 2001, pp. 361-362.

4 Esmein, A.: *History of Continental Criminal Procedure with Special Reference to France,* 1968, pp. 323, 393.

Ahora bien, el modelo de justicia penal hegemónica se confecciona sobre la base de dos elementos: por un lado, la visión paternalista y ética del Derecho Penal; y, por otro, el proceso penal, impregnado de la idea de orden público y de una construcción del mismo *desde y hacia* lo público. Se trataba de evitar un proceso penal represivo, cruel, irracional e injusto, que generaba inseguridad jurídica. Acentuaron la función del proceso penal no como instrumento de penar, sino como medio de defensa de los individuos frente al poder punitivo del Estado[5].

En suma, la modernidad configuró un modelo paradigmático de Justicia penal que se basó en los siguientes rasgos[6]:

1. El Estado asume el papel protagónico en la Justicia. Estado entendido como Estado-nación consolidado en un territorio, con una estructura administrativa, unos poderes y una posición internacional determinada.

2. Las constituciones modernas supusieron un impulso para el reconocimiento de derechos, que comportaban el reconocimiento de valores esenciales en un estado social y democrático de derecho como la igualdad, la proclamación de todos como *ciudadanos con derecho a tener derechos,* como señalaba Hannah Arendt[7], el reconocimiento constitucional a la tutela, que, por otra parte, se despliega en las leyes ordinarias a través de mecanismos para hacer realidad aquéllos, regulando medios, límites, sujetos, formas, tiempos, y sanciones por incumplimiento o extralimitación que, indudablemente, van a tejer ese paradigma de Justicia que se identifica con el derecho a la tutela judicial efectiva, la garantía del *Access to Justice*, el derecho al *due process*, etc.

3. El Derecho Penal se justifica desde el equilibrio que debe existir en la prevalencia de unos derechos sobre otros, lo que vendrá a justificarse en el fundamento del *ius puniendi* estatal, o lo que es lo mismo vendrá consolidado por las funciones que puedan atribuirse a la pena y por la concurrencia de unas bases o principios que deberán respetarse: el principio de legalidad, el principio de responsabilidad penal o de culpabilidad (principio de personalidad, principio del acto, dolo o culpa y el principio de imputación personal), principio de lesividad o de protección de bienes jurídicos (para que una conducta determinada se configure como delito, primero debe existir un daño a un bien jurídico legalmente protegido), principio de subsidiariedad o lo que es lo mismo la consideración del Derecho Penal como la *ultima ratio,* principio de proporcionalidad de la pena, la

5 Alonso Romero, M.P.: *El proceso penal en Castilla (Siglos XIII-XVIII)*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 323.

6 Barona Vilar, S.: "Justicia integral y *Access to Justice*. Crisis y evolución del *paradigma*", en AA.VV.: *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia* (coord. Barona Vilar, S.), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016.

7 Arendt, H.: *The Origirns of Totalitarianism*, Schockem Books, New York, 2004, p. 372; y también *Men in dark times*, New York, 1968, p. 81.

prohibición de la analogía en materia penal, el principio de igualdad de trato y la necesaria consideración de la humanidad de las penas.

Todos estos principios destilan grandes dosis de ideología, y, por ende, el modelo de Estado que se tenga va a ejercer un enorme papel en el modelo de Justicia penal. Un modelo con un Derecho Penal codificado y con una estructura y un instrumento para su aplicación al caso concreto que también están codificados, a saber, se regulan en los códigos procesales penales y en las leyes orgánicas del poder judicial las estructuras de tutela a través de la organización jurisdiccional, así como el proceso y sus garantías –algunas de las cuales también se encuentran en el texto constitucional, la Carta magna política del Estado-.

4. El modelo procesal penal, los protagonistas en la persecución del hecho, los jueces y magistrados y sus garantías para serlo, el o los procedimientos que se regulan en la norma procesal, las partes del proceso, la actividad probatoria, y un largo etcétera, se integran en las normas procesales que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva penal. Se fue abandonando la vinculación de la culpabilidad o no del acusado con Dios, dándose paso a la naturalización del proceso penal como un instrumento para determinar si se cometió el hecho y si existe un culpable al que aplicar la pena, empero también ofrecer un cauce de garantías para quien no es culpable de los hechos, fruto de una función deductiva que debía realizar el juez en la sentencia. Se conformaron los principios del sistema procesal penal, la oralidad, el principio de oficialidad y el ejercicio de la acción se incorporaron, con dos ideas esenciales: la finalidad del proceso penal de condenar y penar a quien es culpable, pero también la de proteger a quien es inocente[8]. Y con todo, el proceso se equilibró entre los dos pilares de seguridad y libertad. Por un lado, el proceso es permeable a la necesidad de garantizar la seguridad, la defensa de los intereses públicos, que llevan a que se persiga aquellos comportamientos que quiebran las reglas sociales; si bien, por otro, el respeto a la libertad exige la debida protección de quien se enfrenta en un proceso a la sociedad, garantizándole sus derechos de defensa y la tutela judicial efectiva. El proceso comenzaba a convertirse en un derecho de los ciudadanos, los imputados dejaban de estar "cosificados" - se convertían en sujetos con garantías y derechos-, y se abandonaba la consideración del proceso como un medio para el ejercicio de la represión y la venganza social (o política).

Con todo, la Justicia penal se construye desde una visión protectora del Estado, consecuencia evolutiva del originario pensamiento político de la Revolución francesa, y del pensamiento social asentado en el Siglo XX. El modelo paradigmático de Justicia penal a lo largo del Siglo XX fue aquel en el que se había obtenido,

8 Ignor, A.: *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846. Von Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz*, Ferdinand Schöningh ed, Paderborn, 2002, p. 27.

alcanzado y superado un modelo autoritario, inquisitivo y patriarcal, para dar paso a una noción de Justicia en la que los ciudadanos jugaban el rol nuclear de la tutela. El Estado asumía los costos de la Justicia como derecho fundamental y el objetivo político de mejorarla, favorecerla, renovarla y garantizarla a todos por igual. Una Justicia asentada en la concepción social de *Access to Justice,* propia del momento histórico-político que se vivió.

II. GLOBALIZACIÓN Y POSTMODERNIDAD

Podemos considerar que desde las últimas décadas del Siglo pasado y en el desarrollo de más de tres lustros en el Siglo XXI hemos ido presenciando la conformación de una nueva era. Esta nueva etapa ha venido influida –ora como evolución ora como reacción- por la consolidación agresiva del capitalismo, por los imparables avances tecnológicos y por la necesidad de expansión del flujo comercial mundial. Esa nueva etapa es la era de la globalización. Una etapa de la Historia con valores nuevos (eficacia y eficiencia se maximizan), con protagonistas nuevos fruto de los flujos económicos, las inversiones, el consumo, el poder de los *lobbies* económicos y los *holdings* financieros y bancarios, y con una incidencia en el sistema jurídico innegable, en el que aparece la impronta de la *soft law* y su aceptación en la mayor parte de los países. El resultado es indiscutible: la economía ha engullido a la política o, dicho de otro modo, el "mercado" sustituye al "Estado". El Derecho se armoniza, los protagonistas cambian, los ordenamientos jurídicos se integran de forma multinivel, manteniéndose las normas nacionales, las normas supranacionales y las normas internacionales. Y esto, cada vez más, afecta, alcanza no solo al mundo de la Justicia civil[9], sino también de la Justicia penal.

1. Breves referencias a la globalización y al neoliberalismo

La globalización no es un fenómeno estanco, que surge de forma espontánea y sin justificación, sino que es consecuencia de una sucesión de acontecimientos provenientes del pasado, con dimensiones individuales y sociales, que han ido propiciando una transformación de la vida, de la sociedad, de la economía, de los medios, los valores, la política y también el Derecho.

En la globalización convergen el modelo económico neoliberal, que ofrece un nuevo modelo no solo económico, sino un nuevo rol del Estado (¿residual, minimalista?), y que propicia unas políticas económicas supranacionales e internacionales, con un modelo jurídico que transforma el papel de sus protagonistas, apareciendo "otros" que asumen un rol decisor en las políticas económicas, sociales y jurídicas, y los mecanismos de intervención de los mismos,

9 Puede verse, Barona Vilar, S.: "Retrato de la Justicia civil en el Siglo XXI: ¿caos o una nueva estrella fugaz?", *Revista Boliviana de Derecho*, enero 2018, pp. 416-446.

presentando un mundo cambiado y cambiante. En suma, un pensamiento diverso, un pensamiento económico neoliberal como corriente económica y también política capitalista, que esencialmente defiende una extensa liberalización de la economía y el libre comercio, anudados a un necesario decrecimiento del gasto público y una minimización de la intervención del Estado en la economía. Es un pensamiento económico que supera el liberalismo –en eso todos están de acuerdo-, aun cuando no existe posición unánime a la hora de formular una definición exacta y con unas coordenadas aceptadas del mismo[10]. Sí se percibe que encontró sólidos cimientos para su justificación en la crisis y hundimiento económico de la década de los años treinta -probablemente su germen se encuentra en ese momento-, si bien fue posteriormente vinculado esencialmente a la Escuela de Chicago (Friedrich von Hayek); una escuela que se centraba fundamentalmente en la reducción de la intervención estatal en la economía, un freno al poder económico y político del sindicalismo y la construcción de un modelo de economía individualista y de competencia, abandonando la colaboración y comunitarismo económico.

Si el protagonismo del Estado había sido remacable en la construcción de la modernidad, el pensamiento neoliberal de la globalización propicia una mutación del Estado, que paulatinamente viene asumiendo el *modus operandi* de la empresa privada, esto es, dirigido a la maximización y optimización de beneficios[11], lo que aboca en una clara demolición de las conquistas sociales. Cada vez más los gobiernos de los Estados comparten protagonismo con otros actores con un papel fundamental en el mundo global, las organizaciones internacionales y los organismos interregionales, que operan en diversos ámbitos y con instituciones con capacidad decisoria supranacional. Se ha roto el esquema Estado-nación-soberanía-decisión, de modo que ha florecido una suerte de institucionalización de la política global. Estas transformaciones económicas, políticas y sociales no solo presentan un escenario mundial diverso, sino que han inspirado reformas administrativas, institucionales, valores y una nueva cultura jurídica. De ahí que Friedman afirmara: "la convergencia refleja la independencia económica; pero algo más…la cultura jurídica difícilmente puede permanecer inmune. Cuando las sociedades tienen experiencias similares y están expuestas a un mundo único de transportes y comunicaciones, sus sistemas jurídicos también, necesariamente se aproximan unos a otros"[12].

10 Se dice que la denominación "neoliberalismo" se debe al alemán Alexander Rüstow, que lo empleó en un coloquio realizado en 1938. En ese momento la concepción neoliberal implicaba la intervención del Estado, si bien éste es el que debía dar prioridad al sistema de precios, al libre emprendimiento y la libre empresa, pero desde y con el Estado. Se entendía en ese momento que el liberalismo había fracasado y había de asumir políticas públicas que lo superaren para evitar otra situación como la producida en la Gran depresión.

11 Hobsbawm, E.J.E.: *Guerra y paz en el Siglo XXI*, Barcelona, Ed. Crítica, 2007, p. 134.

12 Friedman, M.: *Is There a Modern legal Culture?*, *Ratio Iuris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 3, núm. 2, 1994, p. 126.

Esto no significa que el derecho nacional haya desaparecido por la aparición-sustitución de un sistema jurídico supranacional (al menos no todavía), sino que se armonizan o integran (que en ciertos casos es una fagotización, debido al imperialismo legal que indudablemente existe), en aras de una aproximación que favorezca el tráfico económico y la seguridad jurídica global. Prueba de ello hemos asistido a una actividad irrefrenable por parte de los legisladores nacionales –cambios que formaban y forman parte de la hoja de ruta de los políticos- que nos han llevado a legislaciones de emergencia, a una permanente irreflexión previa, y que convive en determinados sectores con una suerte de desregularización o de *soft law* exigida desde instancias supranacionales y a las que quedan sometidos los Estados; un precio que en muchas ocasiones viene exigido en aras de la economía internacional. Todo se mide desde parámetros económicos de *eficacia y eficiencia*. Y, por otro lado, ha supuesto la aparición del pensamiento "neoliberal", que inspira todas las políticas públicas, tanto las económicas como las sociales[13] y, por supuesto, incorpora también enormes incertidumbres en materia de Justicia.

Paralelamente la complejidad social, el desconcierto, el desencanto y la reducción o minimización de las políticas sociales propulsa un aumento de la criminalidad y una política criminal mucho más involucionista y endurecida, como lo muestra la aparición de penas ya prácticamente restringidas (como la pena de muerte o la cadena perpetua), se alargan las penas privativas de libertad, se limitan las posibilidades de sustitución de éstas por otras, y se interviene mediante medidas de seguridad basadas en el ominipresente principio precautorio o de prevención maximalista. Y paralelamente los medios técnicos y tecnológicos permiten *mantener a los ciudadanos sometidos a una vigilancia constante –con cámaras en lugares públicos, escuchas telefónicas, acceso a datos personales y a ordenadores, etc-*; todo ello, lejos de favorecer la consolidación del Estado y el respeto a sus normas, ha propiciado una auténtica, palmaria e indiscutible pérdida de las libertades de los ciudadanos[14].

Ahora bien, conectado todo ello con la idea anterior de que el neoliberalismo no es uniforme sino que propicia diversas corrientes, desde las que se aboga por la reducción del papel del Estado en la vida pública, destaca la corriente del Ordoliberalismo, que considera que el Estado no debe reducir la actividad, sino su autoridad, tal como defiende el padre de esta corriente Walter Eucken[15], que defendía la interdependencia entre el Estado y el orden económico, el principio de la *Interdependenz der Ordnungen*, de modo que sin un sistema de libre

13 Es por ello que algunos autores le denominan como "economización de lo social" (*Ökonomisierung des Sozialen*). Puede verse, ROSE, N.: "Tod des Socialen? Eine Neubestimmung der Grenzen des Regierens", AA.VV.: *Gouvernementalität der Gegenwart. Studien zur Ökonomisierung des Sozialen* (coord. BRÖCKLING, KRASMANN Y LEMKE) Suhrkamp, Frankfurt, 2000, pp. 72-109.

14 HOBSBAWM, E.J.: *Guerra y paz en el Siglo XXI*, cit., pp. 49-50.

15 EUCKEN, W.: *Die Grundlage der Nationalökonomie,* 1960, p. 303.

competencia no puede surgir ningún Estado funcionalmente capaz y sin un Estado funcionalmente capaz no puede existir competencia. O lo que es lo mismo, se necesita del Estado, de su "hacer", incluso para "dejar de hacer lo que se estaba haciendo" o "hacerlo de manera diversa", esto es, no actúa desde un "no hacer" en el campo político, social y económico, sino que "hace", pero lo que hace es por aplicación mimética de la "tiranía del mercado" que le obliga a hacer, pierde su autoridad, pero se requiere de su actividad.

En suma, el rol del Estado va a ser un eje fundamental de la ideología neoliberal. Hay quien defiende un *residualstaat*[16] y hay quien habla del Estado *atópico*[17]. Un Estado con una pírrica fuerza, que cede ante el dominio del mercado y ante instancias supranacionales e internacionales que han mermado su capacidad decisoria. Ahora bien, se ha convertido en pieza central y eje necesario para alcanzar los objetivos neoliberales. La posición del Estado en la sociedad global no lo es solo a efectos políticos, que también, sino que se manifiesta claramente en las consecuencias de su mayor o menos intervención en la configuración y organización del Derecho y del ordenamiento jurídico. Lógicamente, el papel del Estado en el Derecho es absolutamente necesario.

2. El desencanto individual y social y la aparición de la postmodernidad

Fue considerándose que la modernidad había finalizado o que la evolución anterior implicaba una nueva etapa de la Historia, algo en lo que no ha existido unanimidad. Para unos la modernidad había muerto, y estábamos ante la postmodernidad; para otros, la situación de la modernidad inacabada es lo que llevaba a esa consideración de periodo de modernidad tardía. Ahora bien, ciertamente la sociedad occidental fue presentando paulatinamente síntomas de decadencia; una decadencia que ha propulsado una crisis de la modernidad. Y en esa crisis un dato fundamental: el cambio de los operadores políticos y sociales y en ellos la transformación del papel del Estado a medida que fue avanzando el Siglo XX y nos adentramos en el Siglo XXI. En suma, un cambio de protagonistas y, sobre todo, de las funciones que éstos asumen en la nueva sociedad.

Comienza a surgir una visión crítica de la modernidad; una visión que se asumió por una corriente denominada postmodernidad, desde la cual se defendía que el modelo de sociedad de la ilustración se había agotado[18] y que el capitalismo al

16 Biebricher, TH.: "Neoliberalismus und Staat –ziemlich beste Feinde", en aa.vv.: *Der Staat des Neoliberalismus*, Nomos, 2016, p. 9.

17 Sobre el concepto de "atopia" aplicado a la consideración de sociedad atópica puede verse Wilke, H.: *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Frankfurt, 2001, quien construye el concepto desde su consideración de la "deconstrucción de la utopía", pp. 7 a 62. El sentido y significado de Estado atópico a nuestro parecer puede casar muy bien con lo expuesto sobre el Estado minimizado, residual pero Estado a la postre que no desparece pero que queda claramente "deubicado" o "deslocalizado" (sin lugar), significado que tiene el término griego *atopia*.

18 Lefebre, H.: *Introduccion a la modernidad*, Tecnos, Madrid, 1971.

que se había visto abocada la sociedad había pervertido el discurso ético y político de la sociedad ilustrada, en aras de una preponderante inspiración económica en todos los ámbitos de la vida, en lo personal y en lo social. Y especialmente habían venido favoreciendo la sobrevaloración de lo efímero, de lo estético en derecho, la era de lo que Lipovetsky denominó como "del vacio[19]", o si cabe de lo cosmético y nihilista.

En este periodo hay un dato importante que lo caracteriza: el valor de lo cultural en la sociedad, así como la propulsión de la intelectualidad. Se favoreció el acceso a la cultura, a la formación, a la Universidad y cambiaron los parámetros de actuación de la transmisión de todo ello. Tan es así que la simbiosis del neoliberalismo económico y los valores de la globalización se anudaron a esa nueva visión posmoderna, especialmente favorecida por los medios masivos de difusión, los grandes monopolios de la información, el Internet y cuantos espacios virtuales permiten acabar con fronteras, con barreras, en gran medida inspirados y perfumados desde la lógica del mercado, el favorecimiento de la competencia y del consumo y con ello la conversión de la cultura en una industria, tal como exponía Habermas[20]. Un camino favorecido por la ideología neoliberal propulsada por el fenómeno de la globalización, pero que desencadenó igualmente un desencanto, que tan bien supieron exponer los grandes pensadores de la Escuela de Frankfurt. Algunos de ellos vinieron a defender la necesidad del resurgimiento del bien común.

Así, hablar de postmodernidad nos lleva a vincularla a un grupo académico que se gestó a partir del año 1923; fecha en la que se creó en Frankfurt el denominado Instituto para la Investigación Social, creado por la Universidad de Frankfurt, a partir del cual comenzó a formularse el pensamiento postmoderno en la denominada *Escuela de Frankfurt*[21]. Una visión crítica en sus trabajos, una presentación de la decadencia social de la modernidad, una elaboración de una teoría crítica del marxismo, hicieron del grupo de autores que en ella se implicaron el punto de partida de la corriente postmoderna. En unos casos, justificándolo, y en otros, desde una posición crítica ante esta sociedad en movimiento. Especialmente críticos se mostraron frente a temas como la politización de la ley penal, la inflación penal, contra el derecho penal simbólico y el derecho penal de riesgo, contra la flexibilidad de las viejas categorías de la causalidad, de hecho, de la culpa, y muy especialmente contra el abuso de la prevención en el derecho penal, al considerar que el paradigma preventivo introduce el derecho penal en un sistema de producción y conservación de la seguridad, reduciéndolo a un instrumento del

19 Lipovetsky, G.: *L'ere du vide- Essais sur l'individualisme contemporain*, Gallimard, FolioEssais, 1989.

20 Habermas, J.: *El discurso filosófico de la modernidad*, Barcelona, Taurus, 1991.

21 Son numerosos los miembros de la misma, destacando a estos efectos Wolfgang Naucke, Winfried Hassemer, Klaus Lüderssen, Cornelius Prittwitz, Ulfrid Neumann, Felix Herzog, P.A. Albrecht, etc.

riesgo, eliminándose de este modo las diferencias entre culpabilidad y peligrosidad y entre derecho penal y derecho procesal[22].

En suma, se identifica la postmodernidad con la idea del desencanto, la renuncia a las utopías y, en suma, se ve como una suerte de negación de la modernidad, que si bien para unos, es algo así como la necesidad de la destrucción de cuanto supuso la modernidad, para otros, de lo que se trata es de replantear el proyecto de la modernidad, como sostiene Habermas: "la modernidad representa una exaltación del presente, una aceleración en la historia y una discontinuidad en la vida cotidiana" y continua… "El proyecto de la modernidad fue el de aprovechar el desarrollo de las esferas de la ciencia, de la moralidad y del arte en beneficio de la humanidad". Habermas sostiene que la modernidad es un "proyecto inacabado"[23].

Desde la visión postmoderna, aun cuando ésta no lo sea unidimensional, se consideran como notas propias de la sociedad postmoderna: el objetivo primordial es la producción y el consumo, el culto a la ironía, el desorden, el relativismo, la búsqueda de lo lúdico, alejamiento de la actitud existencial, la búsqueda del parecer y no del ser, con dosis de desencanto, deslegitimación y deconstrucción; y con una masiva información que favorece relaciones e intercambios a todos los niveles (personal, comercial, político, cultural, etc), amén de potenciar hasta la extenuación el elemento "consumo", la oferta consumista, la incorporación del sujeto "consumidor", la propaganda que lo favorece, etc. Se muestra un mundo cosmético, efímero, líquido, vacuo, ofreciéndose un buen germen para que triunfe el proyecto económico del pensamiento neoliberal en el que es el mercado el que se erige como el elemento nuclear que puede llegar a conducir a la sociedad, por seducción.

Las consecuencias derivadas de este pensamiento son más que evidentes: cada vez mayor desigualdad, los ricos son más ricos y los pobres, más pobres, se camina irreparablemente hacia una desaparición de la clase media, y con ello se va truncando lenta, pero imparablemente, el ideario liberal moderno de la libertad, la igualdad y la fraternidad. Se maximiza el imperio económico de unos pocos, en detrimento de los valores sociales y de la justicia, la igualdad y la identidad de los pueblos. Y todo ello se une a una excesiva información, alguna contrastada, y la mayoría no contrastada, pero valorada por su naturaleza de instantaneidad o transmisión en tiempo real. Se vive una sociedad sin líderes, con una desvalorización de la política, pérdida de poder de las grandes Iglesias y crecimiento de las Iglesias cercanas, con grandes oradores que se aproximan a quienes necesitan ser escuchados. Se ha perdido el derecho a la intimidad, y la

22 Hassemer, W.: "Sicherheit durch Strafrecht", en *Straverteidiger,* 2006, pp. 321 y ss.

23 Habermas, J.: "Modernity: An Unfinished Project: lecture on receiving the Adorno Prize, Frankfurt, Septiembre 1980", en AA.VV: *Habermas and the Unfinished Project of Modernity* (coord. P. D'Entreves; S. Benhabib), Cambridge, Polity Press, 1996.

vida de los otros se nos muestra diariamente como el *Show* de Truman, jugando un papel trascendental e imprescindible las redes sociales (quien no está en las redes sociales no está en el mundo) y por supuesto algunos canales de televisión. En suma, desencanto, melancolía por la pérdida de sensibilidad hacia el ser humano y por presenciar un nuevo orden mundial, en el que el fanatismo, la xenofobia, la islamofobia, la aporofobia[24] van calando en la población, radicalizándose posturas y defendiendo un abismo cada vez mayor entre el primer mundo y los que no lo son, entre los ricos y los pobres.

III. RASGOS DE LA JUSTICIA PENAL DESDE LA GLOBALIZACIÓN Y EN LA POSTMODERNIDAD

En esta sociedad global y postmoderna la Justicia penal asume un rol protagónico. Y presenta un escenario en sede penal y procesal penal bien diverso.

1. Expansión del Derecho Penal y el Derecho Penal simbólico

Una sociedad compleja arrastra una criminalidad más compleja[25]. Las respuestas se han endurecido globalmente, con un avance hacia el *más y más derecho penal*, más expansión y más derecho penal simbólico, empapando a la sociedad de una idea de que el derecho penal es un *sanalotodo*[26], y frustrando las expectativas de quienes siguen viendo más violencia, más delitos, más inseguridad, más miedo y más segregación.

Y ello por cuanto hemos ido fomentando el peor miedo que podemos sentir, que es el vivir en una sociedad del miedo a la gente[27]. Y en ese escenario, hemos construido un nuevo paisaje de la Justicia penal en la que se ha magnificado la idea de seguridad y tras ella, cada vez más control, más represión, más regresión del Derecho Penal. Un Derecho Penal paradójicamente con menos dosis de Estado y cada vez más Derecho Penal "gendarme". La respuesta política es la de más "control"; un control que la sociedad no solo acepta, sino que exige[28]. Las patologías de la sociedad las hemos trasladado al modelo de Justicia penal[29].

24 Término acuñado por Cortina, A: en su obra *Aporofobia: el rechazo al pobre*, Paidós, Barcelona, 2017.

25 Puede verse "Límites del Derecho Penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal", *Revista Penal*, La Ley, julio 2008, pp. 126-127. Con anterioridad, Sieber, U.: "Grenzen des Strafrechts" en Albrecht/Sieber: *Perpektiven der strafrechtlichen Forschung Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institut fur auslandisches und internacionales Strafrecht*, 2004, pp. 35-79.

26 Maier, J.B.: "Estado democrático de derecho, Derecho Penal y procedimiento penal", en AA.VV.: *¿Tiene un futuro el Derecho penal?* (coord. J.B. Maier, G. Córdoba), Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2009, pp. 117-122.

27 Williams, M.C.: "Securitization and the liberalism of fear", 2011, p. 455.

28 Garland, D.: *The culture of control: Crime and Social Order in Contemporary Society,* Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 172.

29 Rodenstedt, A.: "Sicherheit schaffen und die Angst vor dem anderen in Rinkeby, Schweden", en Häfele, J.; Sack, F.; v. Eick, V. y Hillen, H.), *Sicherheit und Kriminalprävention in urbanen Räumen. Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen*, Springer, Wiesbaden, 2017, p. 111.

Surge lo que Garland denominó la *cultura del control* (especialmente del control del crimen), una cultura en la que el efecto expansivo del control es imparable e insaciable, y que se ha ido modulando en torno a tres conceptos fundamentales: a) la reprogramación del modelo penal del estado del bienestar, aun cuando a nuestro parecer se aproxima más a la "desmantelación" del mismo; b) la aparición de la criminología del control, y c) un estilo económico de razonamiento[30].

Presenciamos una serie de componentes propios de la Justicia penal global: la profusa implementación del principio precautorio que permite restringir y condenar, por sí acaso (*if*). Un principio que supone adelantar medidas a la verosímil, aunque incierta, actuación que dañe los bienes colectivos, ante posibles riesgos que afecten a los mismos[31]. Un principio que favorece las estrategias de "expulsión" y de "exclusión". Paralelamente aparecen conceptos como *Smart city* o de *Green creative city*[32], ciudad perfecta, estructurándose la ciudad por clases sociales (urbanizaciones, construcciones), económicas, raciales, etc, un nuevo modelo de sociedad urbana, en las que emergen las manifestaciones de "tolerancia cero"; políticas que se fueron fundamentando en la denominada teoría de los cristales rotos (*Broken Windows*), que se desarrolló en la Universidad de Stanford por Philip Zimpardo[33]. Se defiende la ley, el orden y la seguridad ciudadana, la *quality of life policing*[34], la tranquilidad ciudadana y la paz pública. Como apunta Mir Puig, la búsqueda de la seguridad ciudadana no ha de buscarse por el Derecho Penal, sino a través de una Política social adecuada. Es indudable que es un camino más complejo, más largo, pero también es el único que conduce a soluciones a largo plazo. *No se trata de ponerle un parche doloroso al presente, sino de que el mal de hoy sirva de acicate para construir un futuro mejor*[35].

Este paisaje favorece una política criminal "de urgencia", que inspira los proyectos legislativos, que se asientan en un eje esencial: la neutralización o minimización del riesgo, sirviendo éste como noción técnico-jurídica en la conformación de la culpa, la causalidad, la imputación etc[36]. Y todo ello ha propiciado una imparable expansión del Derecho Penal, que acoge manifestaciones del derecho penal del

30 Garland, D.: *The Culture of Control*, cit., p. 175.

31 Foster, C.E.: *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals*, Cambridge, CIP, 2011, p. 18.

32 Müller, A.L.: "Green creative City", Konstanz, UVK, 2013.

33 Explica la denominada *das Disorder-Modell* y sus efectos Häfele, J.: "Disorder, (Un)-Sicherheit, (In)-Toleranz", en Häfele, J.; Sack, F.; Eick, V.; Hillen, H.(coord.): *Sicherheit und Kriminalprävention in urbanen Räumen. Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen*, Springer, Wiesbaden, 2017, pp. 193-196.

34 Chapell, A.T.; Monk-Turner, E.; Payne, B.K.: "Broken Windows or Window Breakers. The influence of Physical and Social Disorder on Quality of life", en Holsinger, K.; Sexton, L.: *Toward Justice. Broadening the Study of Criminal Justice*, New York, Routledge, 2017, pp. 257-261.

35 Mir Puig, S.: *Estado, pena y delito*, Ed. B. de F., Montevideo, 2006, p. 52.

36 Donini, M.: "La sicurezza como orizzonte totalizante del discorso penale", en AA.VV.: *Sicurezza e Diritto penale* (coord. Donini, M. y Pavarini, M.), Bononia, Uni. Press, 2011, Bolonia, pp. 22-23.

enemigo, con una sublimación de la prevención y la seguridad[37], produciéndose adelantamientos a la punibilidad en el derecho material, ampliación de conceptos preventivos de vigilancia, deconstrucción de garantías, la difuminación de categorías jurídicas clásicas y la formación de un nuevo derecho de la seguridad, entre otras. Una clara aceptación del involucionismo penal que debe ponerse en relación con la aparición y difusión, como señala Mir Puig, del neoliberalismo político neoconservador[38], con un modelo de control social mucho más duro, bajo el paraguas del discurso político del involucionismo penal y el ultrapunitivismo para acallar la colectividad indignada, las políticas de *tolerancia zero,* que conviven muy bien con la política de las etiquetas de los monstruos[39] (terrorista, reincidente, criminal de carrera, depravado sexual, pedófilo, etc), prevaleciendo la idea de que es preferible privar de libertad de por vida a un delincuente conocido, que arriesgar la vida o la propiedad de la víctima inocente[40]. Y así se da paso al derecho penal "simbólico", que se presenta como instrumento de protección de los bienes jurídicos económicos, no individuales sino colectivos, que pervierte el sistema de justicia penal, contribuyendo al engaño de la sociedad[41]. Un engaño que, por otra parte, como apunta Carbonell[42], solo llevará a la frustración, amén por supuesto de su nueva y mayor deslegitimación, y una consecuencia atroz, cual es la de una evidente trivialización de la libertad.

Todo ello convierte el derecho penal en "derecho de la seguridad[43]. Se erosiona el estado de derecho[44], pasando a convertirse en Estado de prevención[45], con políticas legislativas de excepción–las leyes del miedo- y una profusa demanda de *securitization*. Hemos asistido a la suspensión de derechos en aras de la "seguridad

37 La constitución de este derecho penal del enemigo es, según Hassemer, una desviación ilegítima del derecho penal orientado a la prevención (*Die Lehre vom Feindstrafrecht ist der Bastard des präventiven Strafrechts)*, en Hassemer, W.: "Sicherheit durch Strafrecht", en *Strafverteidiger*, 2006, p. 328.

38 Mir Puig, S.: "Evoluzione política e involuzione del diritto penale", en AA.VV.: *Democrazia e autoritarismo nel dirito penale* (coord. Stile, A.M.) Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 118.

39 Simon, J.: *Governing through Crime*, 2007, cit., p. 77.

40 Garland, D.: *The Culture of Control,* cit., p. 192.

41 Hassemer, W.: "Rasgos y crisis del Derecho penal moderno" (trad. Larrauri; Mainecke), ADPCP, 1992, pp. 235 y ss. Kuhlen, L.: "La autocompresión de la ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio* (coord. Muñoz Conde, F), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 76, se refiere en esta obra al *derecho penal simbólico-engañoso*, que favorece la manipulación política de la gente.

42 Carbonell Mateu, J.C.: "Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad", en AA.VV: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. 1, Universidad de Castilla La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001, p. 19.

43 Puede verse, entre otros, Sieber, U.: "Der paradigmenwechsel vom Strafrecht zum Sicherheitsrecht", en AA.VV.: *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel* (dir. Tiedemann, Sieber, Stzger, Burchard y Brodowski) Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 351-372.

44 Persak, N.: "Using "Quality of Life" to legitimate Criminal Law Intervention: Gauging Gravity, Defining Disorder", en *Liberal Criminal Theory. Essays for Adreas von Hirsch* (A.P. Simester, A. Du Bois-Pedain y U. Neumann), Hart Publishing, Oxford, 2014, p. 244.

45 Donini, M.: "La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale", en *Sicurezza e Diritto Penale*, (a cura de Donini, M.; Pavarini, M.DONINI, M.), Bologna, Bononia University Press, 2011, pp. 14-15.

nacional", o el "orden público"[46], la emergencia nacional, y la creciente derogación de derechos de segunda y de tercera generación en aras de la prevención del crimen. Así, el modelo penal del estado del bienestar, proporcionado, *ultima ratio,* garantista, ha cedido ante un modelo neopunitivista, ultrapunivista, *prima ratio,* limitante de derechos, reductor del proceso, omnipresente, que se mueve, inspira y actúa desde los parámetros de la economía global a la que estamos sometidos y en el que el principio de subsidiariedad penal o de derecho penal mínimo, como apuntaba Ferrajoli[47], ha muerto. Vivimos una verdadera "inflación" penal[48], un poder punitivo absoluto, nacional e internacional, una fascinación por el derecho penal[49], que justifica el castigo como necesidad, en especial para la víctima a la que se exhibe por su dolor, mediatizando la reacción, la fuerza y el castigo. Se han permitido violaciones de derechos de determinadas minorías, justificando el modelo del Derecho Penal preventivo, y de dos velocidades, para los "otros", mucho más represivo y menos garantista, y para nosotros, más *soft.* Desgraciadamente esto alimenta un "discurso de odio".

En estos momentos en que hay deficit de legitimación democrática, en que la credibilidad en la justicia penal está bajo mínimos y en el que se presenta la misma difusamente como ineficiente, no podemos ser meros espectadores[50]. Habrá que empezar a luchar contra el "imposibilismo" del cambio, trabajando para recuperar, por un lado, la confianza en quienes son los sujetos de tutela, los ciudadanos, así como las funciones y los límites del derecho penal.

2. Liquidez y liquidación en el proceso penal

El intenso interés de los políticos por el Derecho Penal no es equiparable al que muestran por el proceso penal. Cierto que la modernidad insufló al proceso penal de garantías, de derechos, de reconocimientos. Se acabaron los métodos medievales de persecución de hechos reprochables, para incorporar un sistema de garantías[51]. Se fue poco a poco consagrando en los textos constitucionales el derecho a la tutela judicial efectiva o el *Access to Justice* y con él, se proclamaban el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al proceso en un plazo razonable, a no confesarse culpable y a guardar silencio, el derecho al proceso con

46 Entendido en el sentido de una regla mínima de pacífica convivencia y de paz social, tal como apunta Insolera, G.:"Sicurezza e ordine pubblico", en en AA.VV.: *Sicureza e Diritto Penale* (coord. Donini y Pavarini), Bononia, Uni Press, Bolonia, 2011, p. 203.

47 Ferrajoli, L.: *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, 2ª ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 19.

48 Maier, J.B.:"Inquisition oder Kompostion?", en *Festschrift für Claus Roxin zum 70 Geburtstag am 15. Mai 2001*, ed. Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi/Schünemann, De Gruyter, 2001, p. 1215.

49 Maier, J.B.: "Estado democrático, Derecho penal y procedimiento penal", en Maier/Córdoba: *¿Tiene futuro el Derecho penal?,* Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2009, p. 117-122.

50 Fiore, C.: "Relazione introduttiva", en AA.VV.: *Democrazia e autoritarismo nel dirito penale* (coord. A. M. Stile) Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2011, pp. 46-47.

51 Ferrajoli, L.: *Il paradigma garantista*, cit., pp. 129.

todas las garantías, e incluso se constitucionalizaban principios como la publicidad, la oralidad, etc. Se fue construyendo el proceso del estado de derecho desde un equilibrio entre la seguridad y la libertad.

Ahora bien, frente al proceso penal de garantías, sólidamente consolidado, la inestabilidad y falta de asideros se han instalado en las múltiples reformas procesales de los últimos tiempos, con carácter global. Se ha ido diseñando un proceso penal cada vez menos garantista, con minimización del proceso, que pasa igualmente por el sacrificio de principios, derechos y garantías en aras de la eficiencia del modelo. O, lo que es lo mismo, para algunos se liquida el proceso penal; para otros, discriminadamente, se aplica otro proceso minimalista y suave, reiterando el criterio de *nosotros* y *ellos*, de *amigos* y de *enemigos*.

Hemos venido asistiendo a una reducción de la intervención del Estado, mediante la incorporación de modelos multinivel que vienen de la mano de los movimientos interregionales (como sucede con la Unión Europea) o internacionales (por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional). Además, hemos asistido a un reparto de papeles entre los viejos protagonistas del proceso (jueces y fiscales) con un imparable rol de la Policía, que ha venido ocupando espacios importantísimos en la investigación y persecución de hechos delictivos. Su protagonismo viene de la mano de la expansión del derecho penal preventivo, que exige cada vez más investigadores capacitados para hacer frente a la sofisticación de la delincuencia, y a la prevención de la misma, y esto ha modificado las coordenadas del derecho procesal, y sus actores[52]. La policía asume nuevas técnicas de control del sospechoso que afectan a su persona o a sus derechos (por ejemplo, el de comunicación), es agente provocador, emplea bases de datos personales en la investigación, e interviene a través de sus servicios de inteligencia en la actividad de la investigación (terrorismo, cibercriminalidad, bandas organizadas, etc), alterando el equilibrio político-constitucional de los poderes represivos[53]. Esta situación propicia un nuevo debate sobre las funciones en la investigación de la policía, el fiscal y el juez. Los asideros del sistema de justicia penal actual ya no son los jueces, ni siquiera los fiscales; es la Policía. Y no solo lo son *de facto,* sino que además generan ese sentimiento de "abrigo" en la sociedad que vivimos.

Por su parte ha resurgido la víctima. Su protagonismo es una realidad legislativa innegable. Y no sólo las víctimas directas, sino también las indirectas[54], e incluso las potenciales. Esa nueva visión ha dado soporte a la aparición de normas en los

52 Orlandi, R.: "Dialogo di un processualista italiano con la scuola di Francoforte", en AA.VV.: *Sicureza e Diritto Penale* (coord. Donini y Pavarini), Bolonia, Bononia, Uni Press, 2011, pp. 94-95.

53 Orlandi, R.: "Dialogo", cit., p. 97.

54 Garland, D.: *The Culture of Control,* cit., p. 11. Este autor habla de "retorno" de la víctima.

diversos ordenamientos jurídicos[55] que, atendiendo a su seguridad, sus miedos, la necesidad de atención que merece, han ido incorporando un tratamiento propio –tanto en sede penal como en sede procesal-, y favoreciendo la toma de decisiones y adopción de medidas pertinentes (pre- e intraprocesalmente). Esta aparición de las víctimas no es neutra. Afecta al proceso penal, a la función del derecho penal y a las decisiones de política criminal. Ahora bien, esa intervención de las víctimas no debe considerarse como una inversión de la función preventiva, general o especial, por la restaurativa, dado que se produciría una quiebra absoluta del sistema de justicia penal de la modernidad, como de hecho está sucediendo en algunos casos. Así, toda cautela es poca. En el debate público se mantiene un discurso pro-víctima, en aras de la adopción de políticas de seguridad, y que emplea el reiterado mensaje de que todos somos potenciales víctimas de los delitos[56]; un mensaje político y público que casa perfectamente con conceptos como la prevención y la seguridad.

Sin embargo, frente al cada vez más rollizo y hermoso derecho penal, el proceso penal se presenta en la hoja de ruta política y legislativa en un segundo nivel, en un segundo plano, juega en segunda división[57]. Hemos asistido a reformas procesales que han incorporado nuevos protagonistas al proceso, nuevos métodos de investigación sofisticados, fruto de los avances de la ciencia, la técnica, la tecnología; normas de discriminación positiva en favor de la mujer (delitos de violencia de género); instrumentos de consenso reductores del proceso, nuevos procedimientos, rápidos, ágiles, incluso similares a la "justicia del mazo" americana, etc. Reformas que venían de la exigencia de adaptación del proceso penal a la sociedad del Siglo XXI, si bien en su mayoría favoreciendo el desequilibrio entre la seguridad y la libertad, a favor de la seguridad, justificado en la agenda política internacional, olvidando que la seguridad no es otra cosa que una libertad equilibrada[58], y no al revés. Y en suma en la mayor parte de los casos buscando el "menos proceso". Para ello las normas se suceden de forma inconexa, a toda velocidad, tratando de reducir tiempos de los procedimientos. Hay una lema en todas estas reformas, *la procedura debe avanzare velocemente*[59].

Para alcanzar este objetivo las técnicas empleadas son de doble naturaleza: reformular los procedimientos existentes y la creación de nuevos, muy abreviados

55 Gómez Colomer, J.L.: "Víctima del delito y Europa", en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 2015, núm. 17; pp. 100-129. Idem, *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Pamplona, Aranzadi, 2015.

56 Simon, J.: *Governing through Crime*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 110. También, Muñoz Conde, F.: "Las reformas de la Parte Especial del Derecho penal español en el 2003: de la "tolerancia cero" al "Derecho penal del enemigo", en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 3, 2005.

57 Barona Vilar, S.: "Proceso civil y penal ¿líquido? en el Siglo XXI", en AA.VV.: *Justicia Civil y Penal en la era global* (coord. S. Barona Vilar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 48.

58 Albrecht, P.A.: *Die vergessene Freiheit*, 2 ed, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006, p. 25.

59 Naucke, W.: "La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza en AA.VV.: *Sicureza e Diritto Penale* (coord. Donini y Pavarini), Bononia, Uni Press, Bolonia, 2011, p. 86.

y rápidos, para "ganar" tiempos, si bien alterando o limitando no solo tiempos sino también derechos y garantías. Y para ello se han introducido plurales manifestaciones de la oportunidad: pactos, acuerdos, que favorecen ora los contenidos de las sentencias que deban dictarse, ora las decisiones de archivo, con la aquiescencia de todos los operadores jurídico-penales. Esas salidas del proceso no son sino manifestaciones del principio de oportunidad en materia penal y el fomento de los acuerdos entre acusado (y su defensor) y Fiscalía. Incluso se está incorporando de forma generalizada los métodos restaurativos que permiten conjugar la reparación a las víctimas con la resocialización del imputado y la prevención que favorece a la sociedad.

Ese escenario procesal no se presenta, sin embargo, de forma uniforme sino de dos velocidades, distinguiendo entre *nosotros* y *los otros*. Para unos, los nuestros, aplicamos la minimización procesal, grandes dosis de celeridad, incluso de instantaneidad a través de la permisibilidad de acuerdos, pactos, conformidades, que potencien la reducción del proceso con bonificaciones en la sentencia. Y, paralelamente, para los "otros", el régimen procesal es diverso: con incomunicaciones en privación de libertad, restricciones en el ejercicio del derecho de defensa, extensión de la duración de la detención o prisión provisional, adopción de medidas preventivas (órdenes de no acudir, de no acercarse, de no salir, etc), cauciones más elevadas, medidas que favorecen la segregación durante la pendencia del proceso, y que tienen igualmente proyección en la sentencia, con sanciones más severas, manteniendo el rigor propio de la pena, cercenando la flexibilidad del régimen penitenciario, entre otras. Se trasgrede el derecho a la presunción de inocencia, máxime cuando lo que prevalece es la amplia proyección del principio *in dubio pro securitate*[60].

IV. Y LLEGÓ LA NEOMODERNIDAD. Y AHORA QUÉ

Tras el desencanto de la postmodernidad, la crisis económica, el desempleo de los jóvenes, la pérdida de empleo de los adultos, los desahucios, y un largo etcétera abocaban a un frustrante presente y a un desilusionante futuro. La sociedad mostraba el endurecimiento de la mirada humana, la percepción permanente de un constante cambio, el nihilismo y la vacuidad, las grandes diferencias entre los ricos y los pobres, mostraron una sociedad llena de soledades, con enormes dosis de desasosiego y desencanto. Y todo ello, en suma, propiciaba desconfianza y falta de respeto hacia el otro, incredulidad y no respeto de las normas, y, como consecuencia de todo ello, una comunidad de supervivencias individualistas, egoístas, conformistas, amén de la aparición de una profusa criminalidad, nueva criminalidad, mayor criminalidad y más compleja criminalidad.

60 Prittwitz, C.: "La concorrenza diseguale tras sicurezza e libertà", en AA.VV.: *Sicureza e Diritto Penale* (coord. Donini y Pavarini), Bononia, Uni Press, Bolonia, 2011, p. 116.

Poco a poco, sin embargo, la sociedad globalizada, y bajo el paraguas del pensamiento economicista, ha ido tímida pero ya visiblemente evolucionando. Un evento político marco una quiebra en ese desencanto postmoderno fue la llegada a la presidencia de los EEUU de Obama. Una chispa de cambio, de posible transformación, de esperanza hacia una sociedad más solidaria y más justa, se avizoraba en el contexto internacional. Algunos giros sociales y sociológicos parecían presenciar una nueva etapa de la historia, que seguía estructurada e inspirada en los intercambios y flujos económicos, empero con ciertos guiños a algunas conductas más sociales. Todo y que, sin embargo, irrumpían con una enorme fuerza las redes sociales que parecían convertir el mundo en una sociedad global de información. Será muy probablemente éste último el rasgo que va a imperar en la sociedad neomoderna, aquella que ha pretendido rescatar algún componente social e introducirlo en la agresiva sociedad posmoderna neoliberal que se había venido construyendo con la introducción en el planeta de la globalización.

Podríamos, entre otros, fijar desde los estudios sociológicos, una posible radiografía de la sociedad neomoderna, señalando algunos rasgos que permiten retratarla:

1. Por un lado, es absolutamente palmaria la consolidación de la transformación dinámica de la producción capitalista, con ingentes intercambios en los instantáneos intercambios y flujos económicos que se han ido expandiendo sin fronteras, de manera que los grandes volúmenes de tráfico jurídico económico llevan el sello internacional.

2. Conectado con el anterior, ha emergido un nuevo componente social: el consumo de masas, apareciendo las grandes superficies (hipermercados, malls, franquicias, etc). Y con él se diseñan los patrones del consumo, marcan "tendencia", con un sistema logístico de tal envergadura que han ido paulatinamente aniquilando al comercio minorista. Y uno de los factores más destacables es el nivel de adquisición de productos de consumo *on line*, que ofrece soluciones sin límites temporales y con condiciones altamente favorables al consumidor. El reclutamiento de las masas laborales que trabajan en los grandes centros logísticos es el componente del paisaje económico mundial innegable, y que por supuesto se cubre de una disminución proteccionista de derechos y garantías para los que en él se hallan inmersos.

3. Todo lo anterior ha generado un irrefrenable movimiento del culto al edonismo, al cuerpo. Se ha incorporado como elemento de nuestra existencia el deporte, que tiene magníficos aportes para la salud, aun cuando arrastra el componente negativo de ser un desequilibrador del culto a la mente, o o que es lo mismo, se consume ejercicio y deporte en detrimento de la lectura, de la compra de libros y del fomento de la cultura.

4. Unos de los rasgos más destacados y destacable de la neomodernidad es la incorporación en nuestras vidas de las redes sociales. Por un lado, han permitido interconectar las diversas partes del mundo entre sí, si bien ha supuesto la construcción de un mundo sin control de la privacidad. Lo verdaderamente trascendente es estar en el mundo del Facebook, Instagram etc. Exponente de esta sociedad es la proliferación de los *realities* televisivos. Todo ello conecta a la perfección con los rasgos anteriores y genera esa suerte de "masa", entendida en palabras de Ortega y Gasset como "todo aquel que no se valora a sí mismo por razones especiales, sino que se siente como todo el mundo, y, sin embargo, no se angustia, se siente a sabor al sentirse idéntico a los demás"[61]. Lo importante es no ser identitario sino formar parte de esa masa.

Esto se acerca mucho a la aparición de lo que Habermas denominaba como *cultura de masas* (Habermas). Se ha generado una "re-feudalización" de la esfera pública, en la que percibimos las ideas, el pensamiento acrítico, el ocio, el consumo promovido por las nuevas industrias culturales, la publicidad comercial y desde los medios de comunicación nos transforman de público culto en público consumidor de cultura de masas, en público acrítico. No se construye una respuesta individual crítica a la publicidad recibida, y la esfera de lo privado ha sido invadida por los medios de comunicación, las nuevas tecnologías y también (a nuestro parecer) las redes sociales[62]. Al *sistema* Habermas opone los potenciales de racionalización buena, comunicativa, del mundo de la vida; hay que buscar una salida a la "jaula de hierro", -jaula de hierro es un sistema basado en la eficiencia tecnológica, esto es, la proliferación de medios técnicos al servicio de la racionalidad instrumental y del control social como fines-, que construye los imperativos del sistema, la economía y la burocracia, que ahogan a los individuos y a la sociedad.

5. Muy probablemente en conexión directa con los dos rasgos anteriores, asistimos a la era de la tecnologización. Necesitamos de las máquinas para leer, para trabajar, para comunicarnos, para informar al mundo mundial de nuestra existencia. Nos sentimos frustrados si no miramos el móvil, si no recibimos mensajes, si no podemos usarlo en determinados actos o actividades; hemos ido generando una dependencia de las tecnologías. Y esa tecnología se presenta bajo dos dimensiones: por un lado, como complemento de nuestra vida, para hacerla más sencilla y fácil (el robot complementa la actividad humana), favoreciendo avances de la medicina, operaciones quirúrgicas menos incisivas, diagnósticos en tiempo real, tratamientos

61 Ortega y Gasset, J.: *La rebelión de las masas*, 39ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1966, p. 70.

62 Habermas, J.: *Problemas de legitimación del capitalismo tardío,* Cátedra, Madrid, 1973. Habla de la identificación del individuo con la propaganda y la manipulación informativa, o lo que es lo mismo la aparición de la sociedad de masas. Se refiere igualmente al "cambio de paradigma", en el que se ha dado una mudanza, un giro en la filosofía del lenguaje y en el que se ha dado paso a la inspiración democrática radical del pragmatismo norteamericano a través del concepto de comunidad de comunicación (influido por Charles S. Peirce, fundador de la semiótica o teoría de los signos, y por Karl-Otto Apel, filósofo neokantiano que introdujo el pragmatismo estadounidense en Alemania (en *Teoría de la acción comunicativa*, publicada en 1981).

de enfermedades graves, etc, así como una manera de favorecer el desarrollo complementario de determinados trabajos (en agricultura, en fabricación, etc); por otro, caminamos ya de la mano de la inteligencia artificial y con ello hacia la era de la *robotización*, lo que puede incidir en la reestructuración del mercado laboral[63], favoreciendo la sustitución del hombre por la máquina lo que comporta pérdida de puestos de trabajo y una clara situación de inseguridad laboral (nada es para siempre y hay una aceptación de trabajos poco rentables, los famosos *mini-jobs* que son aceptados con la resignación de que mejor éstos que nada). De este modo, la neomodernidad se encuentra en la era de la transformación digital de la economía o el denominado 4.0. o cuarta revolución industrial, que va a presentar un paisaje en el que asistiremos con todas las consecuencias a una sustitución masiva del hombre por la máquina.

Y este desarrollo técnico, científico y tecnológico no solo muestra transformaciones en el mundo económico y laboral, sino también se expande en la ecología y en la demografía social, surgiendo en el paisaje que vivimos la presencia de coches, suburbios, necesidades de tiempo para los desplazamientos, tecnología de la información, etc. Y todo ello nos genera un estrés continuado, una falta de tiempo para uno mismo y para los demás, propiciando sensaciones de frustración, angustia, intervención de psicólogos y psiquiatras que nos ayuden a gestionarlas, y cuando no, derivan en depresiones o suicidios. Y lógicamente la trascendencia en las relaciones jurídicas personales, profesionales y sociales en general es clara.

6. En el ámbito social hemos asistido a un incremento inicial del papel de la mujer en el mundo laboral, aun cuando sin alcanzar la igualdad laboral entre el hombre y la mujer (incluido el salario), de modo que se observan muchas situaciones en las que la mujer es relegada a puestos de menor calidad y cantidad, apareciendo mucha cosmética en la presentación de la integración de la mujer en el mundo laboral; se ha producido igualmente el incremento de los divorcios y las familias rotas, la disminución del tamaño de las familias, etc.. Todo ello, con claras consecuencias jurídicas.

Ahora bien, en la última década de forma algo más visible se asiste a una participación de la mujer no solo en la vida laboral sino en la vida pública, en la política, en los cargos de gestión, aun cuando la ratio sigue siendo absolutamente

63 Una reestructuración que se ve afectada por los grandes acontecimientos económicos. Destaca a este respecto la crisis del petróleo de 1970 y como desde entonces hasta aquí se ha ido produciendo en numerosos lugares del planeta un fenómeno de precarización laboral al encontrarnos con un cambio que va del paisaje que desde la segunda guerra mundial se mostró de la seguridad de los trabajos de por vida, a la exigencia de que los trabajadores cambien, necesidad de ir adquiriendo nuevas capacidades y aptitudes para los puestos de trabajo, más posibilidad de ser trasladados o recolocados, la incorporacion de los trabajos de media jornada o los mini-jobs con pocos beneficios y bajo salario, especialmente afectando a las mujeres en los mismos. Puede verse, Crompton, R.: *Woman and Work in Modern Britain*, Oxford University Press, Oxford, 1997, pp. 31-35.

desequilibrada. Y es precisamente en esta etapa de la neomodernidad que asistimos a manifestaciones contra un derecho patriarcal que viene regulando de forma universal las relaciones jurídicas, y las sanciones ante el incumplimiento de las reglas jurídicas; asistimos en algunos lugares a una toma de conciencia de esta realidad indiscutible y comienza a generarse una opinión extendida y una lucha sin igual y sin fronteras por alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres.

E igualmente se ha ido conquistando espacios sociales, pero también jurídicos de respeto y reconocimiento de derechos de ciudadanos especialmente vulnerables a los que la sociedad y los ordenamientos jurídicos habían dado de lado: los inmigrantes trabajadores de clase baja, los homosexuales, los transexuales, personas dependientes por discapacidades o por enfermedades, los pertenecientes a razas o comunidades o etnias muy deprimidas históricamente, entre otros. Ha sido en estos últimos lustros cuando se ha propulsado la igualdad de todos y todas, cuando se ha avizorado cambios en ciertos lugares del planeta que han tendido la mano, ya a través de las organizaciones no gubernamentales o ya a través de los movimientos impulsados por la sociedad civil, para alcanzar reformas legales que favorezcan la igualdad de todas las personas ante la ley.

Si durante décadas de postmodernidad y neoliberalismo percibimos una etapa de lo que Hannah Arendt denominaba *tiempos de oscuridad*[64]o Bauman consideraba como unos años con un *mundo de vida moribunda y muertos vivientes*, un mundo en el que *lo improbable se ha vuelto inevitable, y lo extraordinario es ya rutina. Todo es posible (ineludible, de hecho) toda vez que la vida y la muerte han perdido la distinción que las dotaba de significado y han pasado a ser igualmente revocables y sujetas a un "hasta nuevo aviso"*[65], la neomodernidad abre una brisa de esperanza, de cambio, o al menos la percepción de esa necesidad de sobre todo volver a los valores del humanismo, a la conciencia del otro, a la necesidad de reconocer el esfuerzo –a diferencia de la cultura del pelotazo y la riqueza pronta y a cualquier precio-.

Tímida pero imparablemente comienzan a resurgir los valores humanistas de la modernidad, si bien sin obviar las situaciones que la globalización ha gestado, el mundo es global y ya no se piensa localmente sin efectos globales. Aparece la etapa de la neomodernidad. En ella hay atisbos de cambio en la búsqueda del reduccionismo del mercantilismo extremo que tanta fragilidad causó al planeta, y es por ello que se aboga por una nueva concepción democrática, con más libertad individual pero también con una absoluta necesidad de solidaridad; o lo que es lo mismo se enfrenta al individualismo y egoísmo que se presentó como rasgos característicos de la etapa posmoderna.

64 Arendt, H.: *Men in Dark Times*, pág.VIII (traducción castellana), Barcelona, Gedisa, 1990.

65 Bauman, Z.: *Vida líquida*, Paidós, Barcelona, 2006, p. 89.

Rasgos de esta nueva etapa son la conciencia ecológica, la nueva búsqueda de los espiritual en corrientes orientales o cósmicas, el respeto a la diversidad, la valorización de minorías étnicas, la defensa de la igualdad real entre hombres y mujeres, y todo ello sin perder el dato de que la persona es ciudadana del mundo, un mundo que sigue interconectado a través de los medios de comunicación y las redes sociales, que han cambiado la manera de concebir las relaciones jurídicas personales, profesionales, de consumo, etc.

Lógicamente estos flashes de esa nueva realidad social, política, económica, etc presentan un Estado débil, que sigue estando, pero que encuentra un contrapeso extraordinario en la sociedad civil neomoderna y con ella resurgen lemas nuevos como el de la búsqueda del bien común, favoreciéndose que todo venga inspirado en nuevos principios, nuevos fundamentos, nuevos paradigmas. También se hace sentir en el mundo del Derecho, y por ello también en el mundo de la Justicia. Los viejos paradigmas de la Justicia penal estatal, nacional, analógica y pública, con unos sujetos muy vinculados al Estado, dan paso a una Justicia supranacional y en algunos casos internacional, a unos protagonistas diversos, a un mundo digital y a nuevas maneras de criminalidad y de respuesta de la sociedad ante la misma. El pensamiento economicista de la globalización vino pausiblemente a endurecer la Justicia, a hacerla más aséptica, más cruda, más desigual, más cosmética, más vacua y más líquida[66]. Más y más derecho penal y una farsa en la concepción de un modelo procesal penal estéticamente perfecto, pero complejamente realizable. Hemos asistido a cambios sucesivos, transformadores, de principios, de instituciones, hemos presenciado procesos de capacitación de los operadores jurídico-procesales, si bien la realidad es que el modelo se ha ido endureciendo cada vez más para unos, y beneficiándose para otros, como una suerte de comercialización o de la aplicación más o menos dura según el mejor postor.

En estos momentos, el reto de la neomodernidad es grande, es conseguir mantener elementos del presente –incluso algunos que nos gustaría no existieren- con elementos del pasado para construir un futuro mejor, más solidario, más igualitario y más justo. Ese reto de la neomodernidad es algo así como *deconstruir* la sociedad global desde una mirada más humana. Eso ¿supone una vuelta al control por parte del Estado? ¿necesitaremos devolver al estado el poder de regulación de la sociedad y de protagonista de la función tuitiva de los derechos y libertades individuales amén de los objetivos sociales y ecológicos?

66 Sobre la noción de *líquida* he mantenido en algunos de los últimos trabajos su aplicación, desde la teoría de Zygmunt Bauman, a la justicia penal líquida igualmente. Puede verse Bauman, Z.: *Vida líquida*, cit.; Barona Vilar, S.: "Justicia penal líquida (Desde la mirada de Bauman)", *Revista de Pensamiento Teoría y Derecho,* Valencia, Tirant lo Blanch, dic. 2017; y Barona Vilar, S.: "De la sociedad líquida a la justicia penal líquida", *Revista Ius Puniendi,* noviembre-diciembre 2017, núm. 5.

Desde el pensamiento de la neomodernidad se hace necesario volver al Estado, siquiera otorgándole un mayor protagonismo, para que no solo ejerza el control de los intereses sociales, sino para que ejercite de nuevo su papel de garante de los mismos. El "cuánto" debamos volver al Estado es lo que puede ser discutible. En cualquier caso, se hace imprescindible acabar con la infalibilidad del mercado, la necesidad de trabajar para laminar el capitalismo furibundo basado en la especulación y el dinero pronto, y que tantos efectos nocivos ha propiciado en las sociedades, en las personas, y en el derecho, propulsando un ultrapunitivismo como panacea de solución de todos los malos de la sociedad. Se vuelve a hablar de incorporar valores, se hace referencia a las *compliance*, a los códigos de buenas prácticas, a la responsabilidad social empresarial, etc.

Para ello se requiere la lucha contra el "imposibilismo" del cambio, no siendo, como apuntaba en su día Fiore[67], meros espectadores del teatro al que asistimos, y deberemos trabajar para recuperar, por un lado, la confianza en quienes son los sujetos de tutela, los ciudadanos, así como las funciones y los límites que hay que rescatar y delinear finamente del derecho penal. Hay que continuar en la búsqueda de la retrotopia baumaniana, de modo que frente a la cosmética, el nihilismo, la desesperanza, el individualismo, la intolerancia y el fanatismo que la globalización, el neoliberalismo, el postmodernismo y la sociedad actual nos ofrece, hay que luchar por una sociedad con futuro, con un futuro prometeico ilusionante y contructivo, en un mundo esperanzado donde la solidaridad, el respeto y la igualdad sean la base de esa nueva construcción social, y donde los valores positivos de la realidad global y postmoderna, incluida la digitalización, la tecnología, la movilidad, y un largo etcétera sirvan para visualizar un mundo integral e integrado, menos controlado y securizado y más libre.

No puede negarse la realidad global y digital actual, pero ésta puede venir anudada algunos de los grandes postulados de la modernidad que la hicieron "una gran etapa de la humanidad", todo y que se encamine hacia una sociedad mejor, donde el orden y la seguridad se anuden a la idea de solidaridad y del bien común, a sabiendas de que la visión economicista que se ha esparcido por todos los ámbitos del planeta continuará presente, si bien puede a su vez conjugarse con elementos como la redistribución de bienes y servicios, la necesidad de favorecer las políticas de igualdad sobre todo frente a las de diferencia. Asistimos a un momento en que tras buscar la riqueza en tiempo record y sin demasiado esfuerzo, bajo el *todo vale*, se propulsan valores como el esfuerzo, la responsabilidad, alejando esa absurda sociedad líquida baumaniana que tanto desastre humanitario ha venido generando. Ahora bien, es cierto que se va a incorporar, asentar y solidificar como uno de los valores de este nuevo momento histórico la idea del orden, vinculado

67 Fiore, C.: Relazione Introduttiva", en *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di Alfonso Maria Stile, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2011, pp. 46-47.

a la de seguridad y en gran medida fomentados desde un miedo, pavor que se ha inoculado en la sociedad.

Todo ello favorece una necesidad de protección social. Esa idea de protección en la modernidad vino desplegada por el Estado. En la actualidad el Estado neomoderno no es como el estado moderno. Se está renovando su legitimidad política cierto, pero existe unos protagonistas superiores al Estado un gobierno supranacional e internacional que gobierna, impone soluciones, controla, dispone, lidera y genera una suerte de orden social planetario que siquiera desde un punto de vista de justificación política plantea no pocos problemas. Y lo peor, es que ese manejo venga de la mano de cuatro grandes potencias o mejor de sus dirigentes, apareciendo la era Trump-Putin-Xi Jinping-Kim Jong-, que pretenden manejar la política, la economía, la cultura y la vida.

Lo inquietante es imaginar la evolución de este orden social no democrático que maneja, dispone e impone. Una criminalidad organizada, un terrorismo internacional, un orden impuesto desde no se sabe qué instancias y una laminación de identidades está propiciando estructuras procesales, normas supranacionales, endurecimiento del sistema penal y de las consecuencias jurídicas, disminución de garantías y un largo etcétera, que aviva xenofobias, temores, segregaciones, sectarismos, homofobias, y un largo etcétera con un descontento y desencanto social que debe vencerse.

Mucha imaginación, mucho más liderazgo, más política y menos economía muy probablemente sean los adobos que deberían incorporarse a la sociedad de la neomodernidad en la que nos encontramos. Necesitamos, allende la innovación tecnológica y técnica, una innovación ideológica y social. Solo así será posible vencer esta situación absurda en la que cada vez más el derecho y la Justicia pasa por una expansión de la legislación penal, una aplicación del derecho en pie de guerra, de la respuesta más violenta y agresiva que existe en el mismo. Algo llevamos haciendo mal desde hace muchas décadas. Es el momento del cambio desde abajo, desde la educación, desde los valores de respeto al otro. Solo desde la mirada del otro seremos capaces de crecer hacia una sociedad mejor, más vivible y más humana.

Y ya, para finalizar, el gran delirio como procesalista sería alcanzar un momento de reflexión, un alto en el camino, desde instancias internacionales, supranacionales y nacionales, de la *cuestión penal*, para ser coherente entre la respuesta "fácil" que se halla en los discursos políticos y que tienen una enorme proyección en la Política criminal, con un claro *más y más penal*.

Lejos de ser derrotista, creo en la posibilidad de hacer una buena liposucción al derecho penal y alimentar menos pero con mayor calidad al proceso penal; solo la valoración reflexiva puede parar esta frenética inflación legislativa que ha inundado

los ordenamientos jurídicos de Europa, para valorar en qué erramos para que cada vez haya un enorme y rollizo derecho penal, más y más involucionismo en la respuesta penal, y menos y menos proceso penal, generando una enorme insatisfacción en los ciudadanos. Y todo ello, como bien nos dejó escrito Bauman, de la mano del diálogo, del trabajo por opciones creativas, asumiendo que las utopías han acabado y que lo que ahora procede es diseñar un mundo mejor que pueda integrar lo bueno de lo nuevo –que lo hay, sin lugar a dudas-, rechazando lo malo de lo nuevo; un mundo que necesita de un instrumento esencial, el diálogo (habla de la *capacidad para dialogar)*, y sostiene que es imprescindible hacer uso de este instrumento de comunicación para poner fin a la dicotomía que preside la realidad contemporánea, la división entre "nosotros" y "ellos"; esto es, la cultura de la confrontación y búsqueda del otro, al que visualizamos de forma hostil para justificar fronteras, muros, reforzar identidades, separaciones, normas discriminatorias, etc[68].

CONCLUSIÓN

El fortalecimiento del Estado en la modernidad supuso la consolidación de un modelo de Justicia vinculado al Estado, en cuanto a su diseño, regulación, control y aplicación, con unos protagonistas dependientes e incorporados al aparato del Estado. La globalización ha insuflado de nuevos horizontes a la Justicia. Han caído fronteras, se han aproximado los ordenamientos jurídicos y los modelos de Justicia vienen influidos por organismos supranacionales e internacionales, consecuencia de un Estado débil y atópico. La percepción del miedo, del pánico, de la sensación de falta de protección por el Estado ha ido diseñando una sociedad de riesgos, de controles, de restricciones de derechos y libertades, de prevención, de endurecimiento penal y de proceso penal de dos velocidades. Descontento y desilusión han acompañado a la postmodernidad que poco a poco ha ido generando voces disidentes que buscan asideros, esperanzas y lucha contra el desasosiego que los años iniciales del Siglo XXI han presentado.

Una nueva etapa, la neomodernidad, parece presentar síntomas de búsqueda de valores, de volver a algunos de los componentes de respeto y defensa de la humanidad, que tanto se alcanzaron en la modernidad. Nuevos retos se presentan y se requiere mucha dosis de empatía, de solidaridad y de respeto a los demás. Nuevos componentes que avizoran posibles y mejores cambios también en el seno de la Justicia. Todos ellos acompañan a nuevos rasgos en la sociedad del Siglo XXI: la conciencia ecológica, la nueva búsqueda de los espiritual en corrientes orientales o cósmicas, el respeto a la diversidad, la valorización de minorías étnicas, la defensa

68 Bauman, Z.: *Retrotropía*, Barcelona, Ed. Paidós, 2017: *Debemos prepararnos para un largo periodo que estará marcado por más preguntas que respuestas, y por más problemas que soluciones… Nos encontramos (más que nunca antes en la Historia) en una situación de verdadera disyuntiva: o unimos nuestras manos o nos unimos a la comitiva fúnebre de nuestro propio entierro en una misma y colosal fosa común.*

de la igualdad real entre hombres y mujeres, y todo ello sin perder el dato de que la persona es ciudadana del mundo, un mundo que sigue interconectado a través de los medios de comunicación y las redes sociales, que han cambiado la manera de concebir las relaciones jurídicas personales, profesionales, de consumo, etc.

En esta nueva etapa, que llamamos neomodernidad, se debe trabajar para *deconstruir* la sociedad global desde una mirada más humana.

BIBLIOGRAFÍA

ALBRECHT, P.A.: *Die vergessene Freiheit*, 2 ed, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006.

ALONSO ROMERO, M.P.: *El proceso penal en Castilla (Siglos XIII-XVIII)*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamnaca,1982.

ARENDT, H.: *Men in Dark Times*, New York, 1968.

ARENDT, H.: *The Origirns of Totalitarianism*, Schockem Books, New York, 2004.

BARONA VILAR, S.: "Justicia integral y *Access to Justice*. Crisis y evolución del *paradigma*", en AA.VV.: *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia* (coord. S. BARONA VILAR), Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016.

BARONA VILAR, S.: "Justicia penal líquida", *Revista Teoría y Derecho*, diciembre, 2017.

BARONA VILAR, S.: "Proceso civil y penal ¿líquido? en el Siglo XXI", en AA.VV.: *Justicia Civil y Penal en la era global* (coord. S. BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

BARONA VILAR, S.: "De la sociedad líquida a la justicia penal líquida", *Revista Ius Puniendi,* noviembre-diciembre 2017.

BARONA VILAR, S.: *Justicia Penal, Globalización y Digitalización,* Thomson-Reuters, Santiago de Chile, 2018.

BARONA VILAR, S.: *Proceso penal desde la Historia. Desde sus orígenes hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

BARONA VILAR, S.: "Retrato de la Justicia civil en el Siglo XXI: ¿caos o una nueva estrella fugaz?", *Revista Boliviana de Derecho*, enero 2018

BAUMAN, Z.: *Modernidad líquida*, Fondo de Cultura económica, Buenos Aires, 1999.

BAUMAN, Z.: *Vida líquida*, Paidós, Barcelona, 2006.

BAUMAN, Z.: *Retrotropia*, Paidós, Barcelona, 2017.

Biebricher, Th.: "Neoliberalismus und Staat –ziemlich beste Feinde", en AA.VV.: *Der Staat des Neoliberalismus*, Nomos, 2016.

Carbonell Mateu, J.C.: "Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad", en AA.VV.: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. 1, Universidad de Castilla La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001.

Cortina, A.: *Aporofobia: el rechazo al pobre*, Paidós, Barcelona, 2017.

Crompton, R.: *Woman and Work in Modern Britain*, Oxford University Press, Oxford, 1997.

Chappell, A.T.; Monk-Turner, E.; Payne, B.K.: "Broken Windows or Window Breakers. The influence of Physical and Social Disorder on Quality of life", en Holsinger, K.; Sexton, L.: *Toward Justice. Broadening the Study of Criminal Justice*, Routledge, New York, 2017.

Donini, M.: "La sicurezza como orizzonte totalizante del discorso penale", en AA.VV.: *Sicurezza e Diritto penale* (coord. M. Donini y M. Pavarini), Bononia, Uni. Press, Bolonia, 2011.

Eucken, W.: *Die Grundlage der Nationalökonomie*, 1960.

Ferrajoli, L.: *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, 2ª ed., Ed. Scientifica, 2 ed., Napoli, 2016.

Fiore, C.: "Relazione introduttiva", en AA.VV.: *Democrazia e autoritarismo nel dirito penale* (coord. A. M. Stile) Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2011.

Friedman, M.: *Is There a Modern legal Culture?, Ratio Iuris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 3, núm. 2, 1994.

Garland, D.: *The culture of control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

Gómez Colomer, J.L.: "Víctima del delito y Europa", *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 2015, núm. 17, 2015.

Gómez Colomer, J.L.: *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

Habermas, J.: *Problemas de legitimación del capitalismo tardío,* Cátedra, Madrid,1973.

Habermas, J.: *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus, Barcelona, 1991.

Habermas, J.: "Modernity: An Unfinished Project: lecture on receiving the Adorno Prize, Frankfurt, Septiembre 1980", en AA.VV.: *Habermas and the Unfinished Project of Modernity* (coord. P. d'Entreves; S. Benhabib), Cambridge, Polity Press, 1996.

Häfele, J.: "Disorder, (Un)-Sicherheit, (In)-Toleranz", en Häfele, J.; Sack, F.; Eick, F.; Hillen, H. (coord.): *Sicherheit und Kriminalprävention in urbanen Räumen. Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen*, Springer, Wiesbaden, 2017.

Hassemer, W.: "Sicherheit durch Strafrecht", en *Straverteidiger*, 2006.

Hassemer, W.: "Stiamo andando verso un diritto penale del nemico?", en AA.VV.: *Democrazia e autoritarismo nel dirito penale* (A. M. Stile), Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2011.

Hassemer, W.: "Libertà e sicurezza alla luce della política criminale", en AA.VV.: *Sicureza e Diritto Penale* (coord. Donini y Pavarini), Bononia, Uni Press, Bolonia, 2011.

Hobsbwan, E.J.: *Guerra y paz en el Siglo XXI,* Ed. Crítica, Barcelona, 2007.

Hudson, B.: *Justice in the Risk Society. Challenging and Re-affirming Justice in Late Modernity*, Sage Publications, London, 2003.

Insolera, G.: "Sicurezza e ordine pubblico", en AA.VV.: *Sicureza e Diritto Penale* (coord. Donini y Pavarini), Bononia, Uni Press, Bolonia, 2011.

Kuhlen, L.: "La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal frenre a las exigencias de su tiempo", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio* (coor. Muñoz Conde, F.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Lefebre, H.: *Introduccion a la modernidad*, Tecnos, Madrid, 1971.

Lipovetsky, G. : *L'ere du vide- Essais sur l'individualisme contemporain*, Gallimard, FolioEssais, 1989.

Maier, J.B.: "Estado democrático de derecho, Derecho Penal y procedimiento penal", en AA.VV.: *¿Tiene un futuro el Derecho penal?* (coord. J.B. Maier, G. Córdoba), Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2009.

Mir Puig, S.: "Evoluzione política e involuzione del diritto penale", en AA.VV.: *Democrazia e autoritarismo nel dirito penale* (coord. A. M. Stile), Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.

Müller, A.L.: *Green creative City*, UVK, Konstanz, 2013.

Muñoz Conde, F.: (coord.): *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

Muñoz Conde, F.: "Las reformas de la Parte Especial del Derecho penal español en el 2003: de la "tolerancia cero" al "Derecho penal del enemigo", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 3, 2005.

Naucke, W.: "La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza", en AA.VV.: *Sicureza e Diritto Penale* (coord. Donini y Pavarini), Bononia, Uni Press, Bolonia, 2011.

Orlandi, R.: "Dialogo di un processualista italiano con la scuola di Francoforte", en AA.VV.: *Sicureza e Diritto Penale* (coord. Donini y Pavarini), Bononia, Uni Press, Bolonia, 2011.

Ortega y Gasset, J.: *La rebelión de las masas*, 39ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1966.

Persak, N.: "Using "Quality of Life" to legitimate Criminal Law Intervention: Gauging Gravity, Defining Disorder", en *Liberal Criminal Theory. Essays for Adreas von Hirsch* (A.P. Simester, A. Du Bois-Pedain y U. Neumann), Hart Publishing, Oxford, 2014.

Prittwitz, C.: "La concorrenza diseguale tras sicurezza e libertà", en AA.VV.: *Sicureza e Diritto Penale* (coord. Donini y Pavarini), Bononia, Uni Press, Bolonia, 2011.

Rodenstedt, A.: "Sicherheit schaffen und die Angst vor dem anderen in Rinkeby, Schweden", en AA.VV.: J. häfele, f. sack, v. eick y h. hillen), *Sicherheit und Kriminalprävention in urbanen Räumen. Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen*, Springer, Wiesbaden, 2017.

Rose, N.: "Tod des Socialen? Eine Neubestimmung der Grenzen des Regierens", AA.VV.: *Gouvernementalität der Gegenwart. Studien zur Ökonomisierung des Sozialen* (coord. Bröckling, Krasmann y Lemke) Suhrkamp, Frankfurt, 2000.

Sbriccoli, M.: "Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale", en AA.VV:: *Criminalità e giustizia*

in Germania e *in Italia. Pratiche giudiziaire* e *linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna. Kriminalität und Justiz in Deutschland und Italien. Rechtspraktiken und gerichtliche Diskurse in Spätmittelalter und Früher Neuzeit* (dir. M. Bellarba, G. Schwerhoff y A. Zorzi), Bologna, Ed. Società editrice il Mulino, y Berlin, Ed. Duncker&Humblot, 2001.

Sieber, U.: "Grenzen des Strafrechts" en Albrecht y Sieber: *Perpektiven der strafrechtlichen Forschung Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institut fur auslandisches und internacionales Strafrecht*, 2004.

Sieber, U.: "Der paradigmenwechsel vom Strafrecht zum Sicherheitsrecht", en AA.VV.: *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel* (dir. Tiedemann, Sieber, Stzger, Burchard y Brodowski) Nomos, Baden-Baden, 2016.

Simon, J.: *Governing through Crime*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

Wilke, H.: *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*, Shrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Frankfurt, 2001.

Williams, M.C.: "Securitization and the liberalism of fear", *Special issue on The Politics of Securization*, *Security Dialogue 42 (4-5),* p. 453, 2011.

EL DERECHO A LA IMAGEN EN MÉXICO: ELEMENTOS DE SU CONFIGURACIÓN

THE RIGHT TO IMAGE IN MEXICO: ELEMENTS OF ITS CONFIGURATION

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 54-77

Karla
CANTORAL
DOMÍNGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de junio de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: El derecho a la imagen en el sistema jurídico mexicano ha tenido en los últimos años una evolución en su tratamiento ante los órganos jurisdiccionales, en los cuales a partir del derecho comparado justifican sus decisiones con base en criterios del sistema norteamericano, obviando la forma de solución en otros países con sistemas jurídicos similares al de México. En este trabajo se analizan dos casos judiciales sobre el derecho a la imagen, con la intención de distinguir los mecanismos procesales de protección del derecho a la imagen para valorar su eficacia en la administración de justicia. Finalmente, se hacen algunas reflexiones sobre el panorama actual del derecho a la imagen, por lo que se insiste en la necesidad de dotar de rapidez los procedimientos establecidos en la normatividad para proteger los derechos de la personalidad en la era de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la imagen; derechos de la personalidad; daño moral; derechos de autor; administración de justicia.

ABSTRACT: The right to image in the Mexican legal system has had in recent years an evolution in its treatment before jurisdictional bodies, in which, based on comparative law, they justify their decisions based on criteria of the North American system, obviating the form of solution in other countries with legal systems similar to Mexico's. This paper analyzes two judicial cases on the right to the image, with the intention of distinguishing the procedural mechanisms of protection of the right to the image to assess its effectiveness in the administration of justice. Finally, some reflections are made on the current panorama of the right to the image, which insists on the need to quickly provide the procedures established in the regulations to protect the rights of the personality in the era of human rights.

KEY WORDS: Right to the image; personality rights; moral damage; copyright, administration of justice.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. DERECHO A LA IMAGEN COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y DERECHO DE LA PERSONALIDAD.- III. CARÁCTER DUAL DEL DERECHO A LA IMAGEN.- IV. PROTECCIÓN PROCESAL DEL DERECHO A LA IMAGEN: ¿VÍA CIVIL O ADMINISTRATIVA?- V. ESTUDIO DE CASOS SOBRE EL DERECHO A LA IMAGEN.- VI. PANORAMA DEL DERECHO A LA IMAGEN EN MÉXICO.-VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En México el derecho a la imagen sigue sin aparecer de forma expresa en la Constitución Federal, sin embargo, se tutela este derecho de la personalidad a partir de la protección a la dignidad de la persona, como base de los demás derechos humanos reconocidos de forma constitucional y convencional en diversos tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

El objetivo de este trabajo consiste en analizar los mecanismos procesales de protección del derecho a la imagen en el sistema jurídico mexicano para valorar su eficacia en la administración de justicia. Por ello, la hipótesis que se sostiene es la siguiente: La protección del derecho a la imagen en México es ineficaz debido al retraso en la administración de justicia, por lo que deben agilizarse los procedimientos establecidos en la normatividad y dotar de herramientas a los jueces para que puedan aplicar medidas especiales que permitan tutelar los derechos de la personalidad.

En el presente artículo se analizan dos casos judiciales sobre el derecho a la imagen, que nos permitirán demostrar el panorama que guarda la protección de este derecho en la actualidad y proponer algunos elementos en su configuración que permitan aproximarnos hacia un acceso a la justicia pronta y expedita.

II. DERECHO A LA IMAGEN COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y DERECHO DE LA PERSONALIDAD.

En México, la importancia de las normas constitucionales en todo el ordenamiento jurídico y su vinculación con el Derecho Civil se convierten en decisivas, a tal extremo que la distinción tradicional entre Derecho Público y

• Karla Cantoral Domínguez
Profesora investigadora de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, pertenece al Cuerpo Académico "Estudios de Derecho Civil" y coordina la Maestría en Estudios Jurídicos. Así mismo, pertenece al Sistema Nacional de Investigadores nivel I de CONACYT, es miembro regular de la Academia Mexicana de Ciencias. Correo electrónico: karlacantoral@gmail.com

Privado es prácticamente insostenible en un Estado democrático de Derecho que está relacionado a la dignidad de la persona, del que deriva el derecho a la imagen.

La constitucionalización del Derecho Civil se fundamenta en la protección de la persona y la familia[1]. Hace años se han realizado intentos desde un enfoque positivista con la defensa de un derecho de familia separado del Derecho Civil normativamente, ahora a partir de la constitucionalización del derecho civil en relación a la persona implica, entre otras cosas, que las instituciones típicamente civiles han pasado a alcanzar rango constitucional, como la teoría de los derechos de la personalidad[2], la familia, el matrimonio y la protección de los menores; se produce además una derogación de figuras jurídicas, propias del Derecho Penal, así como la promulgación de leyes especiales, que reforman sin duda el Código Civil; se manifiesta en el ámbito judicial una reinterpretación constitucional de las normas civiles[3].

En el caso de México se estaba produciendo un tránsito lento de incorporación de los derechos fundamentales de primera generación, que son precisamente, los tipos más cercanos en contenido a los derechos de la personalidad. Sin embargo, la reforma del artículo 1º y la incorporación del principio *pro homine*[4], ratifica la teoría de la constitucionalización del Derecho Civil en el ámbito de los derechos de la personalidad[5], de forma que a partir de una interpretación convencional se considera tutelado el derecho a la imagen en la Constitución Federal como derecho fundamental.

No obstante, coincidimos con Eduardo De la Parra cuando sostiene que el derecho a la propia imagen sólo se puede considerar como un derecho implícito en el régimen internacional de derechos humanos que tenemos en la actualidad[6].

1 Pérez Fuentes, G. M. y Cantoral Domínguez, K.: *Daño moral y derechos de la personalidad del menor,* Tirant lo Blanch, México, 2015, pp. 25-31.

2 Se pueden definir los derechos de la personalidad como categoría especial de derechos subjetivos que, fundados en la dignidad de la persona, garantizan el goce y respeto de su propia identidad e integridad en todas las manifestaciones físicas y propias del intelecto. Cfr. Pérez Fuentes, G. M.:Voz "Derechos de la personalidad", en Villanueva, E. (coord.): *Diccionario de Derecho de la Información,* 3ª ed., Editorial Jus-Fundación para la Libertad de Expresión-Bosque de Letras-Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública-UNAM, Instituto de Investigaciones-BUAP, t. I, México, 2010, pp. 563-572.

3 Maluquer de Motes y Bernet, C.: "Derecho civil constitucional", en Perlingieri, P.: *El Derecho Civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes,* traducido y coordinado por Luna Serrano, Agustín y Maluquer de Motes y Bernet, Carlos, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 537-566.

4 Mediante reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada el 10 de junio de 2011, se adicionó un segundo párrafo al artículo 1º, para quedar: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia."

5 En otros países al que no escapa México, la constitucionalización del derecho privado ha sido un proceso de intervención de los derechos fundamentales en escenarios donde ha predominado la autonomía de la voluntad, sobre la problemática suscitada al respecto, cfr. Calderón Villegas, J. J.: *La constitucionalización del Derecho Privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, Universidad del Rosario – Universidad de los Andes - Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2013.

6 De la Parra Trujillo, E.: *El derecho a la propia imagen*, Tirant lo Blanch – IPIDEC, México, 2014, p. 88.

En un primer momento los órganos jurisdiccionales vinculaban de forma indistinta el derecho al honor, intimidad e imagen, sin embargo, desde el año 2014 se ha desvinculado al distinguir la violación del derecho a la propia imagen de la violación de otros derechos como el honor y la intimidad[7].

Como refiere Margarita Castilla, el derecho a la imagen viene a asegurar a cada ser humano un monopolio de uso sobre la representación de los rasgos fundamentales de su aspecto físico que permiten su clara identificación[8].

El Poder Judicial de la Federación ha establecido que el derecho a la imagen debe entenderse como parte del derecho a la identidad, y como un derecho personalísimo que tiene todo individuo de decidir cómo se muestra a los demás, esto es, la potestad de disponer en el ámbito de su propia autoridad y en forma libre sobre su propia imagen[9].

Debemos tener presente las palabras del profesor De Verda, cuando nos dice que a través del derecho a la imagen se tutela un bien específico de la personalidad, la figura humana, en cuanto elemento de identificación del ser humano, y ello con independencia de que mediante su captación, reproducción o publicación se develen o no aspectos de la vida privada de la persona o se atente contra su reputación[10]. En ese sentido, es importante identificar las circunstancias de modo, tiempo y lugar sobre la forma de otorgar el consentimiento por parte del titular del derecho a la imagen y los fines para los cuales se expresa tal autorización.

III. CARÁCTER DUAL DEL DERECHO A LA IMAGEN

Desde el año 2014 se ha sostenido en la doctrina que el derecho a la imagen tiene una doble dimensión que se caracteriza por un aspecto positivo de actuación y que se manifiesta en las facultades que asisten al sujeto para autorizar el uso de su propia imagen o la reserva exclusiva del control de la captación, reproducción onerosa o gratuita de ésta. Pero también se manifiesta en un aspecto negativo, consistente en la facultad que ese mismo sujeto tiene de reprimir los usos no autorizados de dicha imagen, se manifiesta así el carácter erga omnes del derecho fundamental y personal[11].

7 Tesis: I.1o.A.83 A, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 11, Octubre de 2014, Tomo III, Materia(s): Administrativa, p. 2833

8 Castilla Barea, M.: *Las intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen*, Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 37.

9 Tesis: 2a. XXV/2016, Décima Época, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 31, Junio de 2016, Tomo II, Materia(s): Constitucional, p. 1206

10 De Verda y Beamonte, J. R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, enero 2017, pp. 54-111.

11 Pérez Fuentes, G. M. y Cantoral Domínguez, K.: *Daño moral y derechos de la personalidad del menor*, cit., p. 59.

Es hasta finales del año 2016 cuando la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que el "derecho a la propia imagen se delimita estableciendo tanto un *aspecto positivo* de este derecho consistente en la facultad de publicar o difundir su propia imagen; y correlativamente, este derecho cuenta con un *aspecto negativo*, consistente en la facultad de autorizar o de impedir la reproducción de su imagen"[12].

Por tanto, el derecho fundamental a la propia imagen es un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana, que no sólo protege la autonomía de las personas para decidir libremente la imagen con la que quiere mostrarse frente a la sociedad —una de cuyas manifestaciones es la "apariencia física"—, sino que además otorga poder de decisión sobre las representaciones o manifestaciones gráficas de esa imagen y los usos o finalidades que se pretenda dar a éstas. Así, en esta faceta el derecho fundamental a la propia imagen otorga a las personas una protección frente a los usos no consentidos de su imagen provenientes de terceros[13].

Cabe destacar que el derecho a la imagen es autónomo del derecho al honor y a la intimidad de las personas, con independencia de que un mismo hecho pueda originar la lesión a varios de estos derechos de la personalidad, por tal motivo el Poder Judicial de la Federación en una resolución dictada en el año 2009 comenzó por establecer la distinción entre los derechos a la intimidad, propia imagen e identidad[14]. Esta autonomía del derecho a la imagen nos permite estudiar los elementos de su configuración para poder protegerlo frente a una lesión a este derecho de la personalidad por parte de terceros.

IV. PROTECCIÓN PROCESAL DEL DERECHO A LA IMAGEN: ¿VÍA CIVIL O ADMINISTRATIVA?

Antes de explicar las vías procesales para la protección del derecho a la imagen, debe destacarse que la afectación a este derecho es independiente del derecho de autor de quien ha tomado una fotografía, elaborado un retrato o escultura de una persona[15], puesto que toda persona tiene el derecho de autorizar o no la captación y eventual difusión de su imagen personal. A continuación, se analizará el procedimiento en la vía civil a través del juicio de daño moral, así como en

12 Amparo directo en revisión 3619/2015, sentencia de 7 de diciembre de 2016, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

13 Amparo directo 24/2016, resolución de fecha 6 de diciembre de 2017, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 27.

14 Tesis: P. LXVII/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 7, bajo el rubro: "Derechos A La Intimidad, Propia Imagen, Identidad Personal Y Sexual. Constituyen Derechos De Defensa Y Garantía Esencial Para La Condición Humana".

15 Antequera Parilli, R.: *Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada*, Editorial Reus, Madrid, 2012, p. 542.

sede administrativa a través de la ley del derecho de autor y la ley del derecho de réplica. Sin embargo, en México existen diversas normativas que hacen referencia directa o indirecta al derecho a la imagen, tal es el caso de la Ley General de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes[16]; así como las leyes en materia de protección de datos personales de la República Mexicana[17].

1. Ámbito civil: daño moral

En el ámbito civil, encontramos el derecho a la imagen en los códigos civiles de algunos estados del país, entre los que se destacan Jalisco, Estado de México, Puebla y Quintana Roo, así también se encuentra en la ley especial de la Ciudad de México, de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen, en la normatividad antes mencionada el mecanismo procesal de protección a la imagen es a través del daño moral.

En el caso de Jalisco se encuentra protegido como derecho de la personalidad, por ejemplo, se establece que la exhibición o reproducción por cualquier medio de la imagen; de la voz o de ambas de una persona, sin consentimiento de ésta y sin un fin lícito, conforme a lo dispuesto por los Artículos 6º y 7º de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, es violatoria de los derechos de personalidad[18].

En el código civil de Quintana Roo se advierte el carácter dual del derecho a la imagen, es decir, el aspecto positivo del derecho en relación al físico y en segundo lugar, la defensa del mismo que incluye suspender la reproducción o exhibición mediante autoridad judicial, así el artículo 674 establece:

"Cuando la imagen de una persona o de su cónyuge, o persona que viva con ella como si fuera su cónyuge, sin serlo, sus ascendientes, descendientes ó colaterales dentro del cuarto grado se reproduzca o exponga sin un fin licito, la autoridad judicial ordenará suspender la reproducción o exhibición, sin perjuicio de la responsabilidad del autor o autores de la reproducción o exhibición"[19].

Se destaca este artículo porque se prevé la facultad al juez para que ordene la suspensión de la reproducción o exhibición de la imagen cuando sea sin un

16 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de diciembre de 2014, última reforma publicada el día 20 de junio de 2018.

17 Se define dato personal como cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable. Se considera que una persona es identificable cuando su identidad pueda determinarse directa o indirectamente a través de cualquier información. Cfr. Artículo 3 fracción IX de la Ley General de Protección de Datos Personales en posesión de sujetos obligados, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de enero de 2017.

18 Cfr. Artículo 31 del Código Civil del Estado de Jalisco, publicado en el periódico oficial el 25 de febrero de 1995, cuya última reforma se publicó el día 13 de septiembre de 2018.

19 Cfr. Artículo 674 del Código Civil para el Estado de Quintana Roo, aprobado en el salón de sesiones el 30 de septiembre de 1980, cuya última reforma se publicó el día 5 de abril de 2018.

fin lícito, es decir, que no se demuestre la autorización. Precisamente son los derechos de la personalidad como la imagen, los que han sido más desprotegidos por estar sometidos a un proceso largo y porque las medidas preventivas han sido muy cuestionadas al entrar en conflicto con la libertad de expresión, sin llegar a abordar un problema que cada día se hace más complejo, especialmente ante el uso de las tecnologías de información y comunicación.

En México a partir del Código Civil de 1928 se contempla la figura del daño moral de forma indirecta y genérica[20]. Si bien es de reconocerse la incorporación de la teoría del principio *pro homine* en la Constitución mexicana, es insuficiente para proteger la dignidad de la persona, toda vez que se requieren procedimientos ágiles y novedosos en nuestro sistema jurídico, esta tarea le corresponde al Derecho Civil, cuando se elevan a derechos fundamentales muchos derechos de la personalidad, sin dejar de observar las garantías esenciales del procedimiento que conduzcan hacia una eficaz administración de justicia.

La primera parte del camino transitó hacia la despenalización de los delitos contra el honor, como injurias, difamación y calumnias, en atención a las recomendaciones emitidas por la Organización de Estados Americanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de forma que en abril del año 2007 se aprobó la eliminación de estos delitos del Código Penal Federal, además en la exposición de motivos se establece que los jueces civiles son los que deben resolver mediante resolución judicial si los periodistas o comunicadores o alguna otra persona lesiona derechos a terceros o perturba el orden público al difundir información u opiniones[21].

Ahora, la meta a alcanzar debe ser la vía procesal en la protección efectiva del daño moral para la defensa de la dignidad humana. Lo importante en determinar la figura del daño moral es reconocer la fuente que lo produce, es decir la índole de los derechos afectados, y eso son a los derechos de la personalidad, tales como el honor y la imagen, entre otros.

Los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han transitado con una gran influencia anglosajona de la teoría de la intromisión ilegítima a través de la prueba objetiva a dictaminar por jurisprudencia la malicia efectiva como

20 En la primera etapa legislativa del daño moral en México, la figura se introdujo en el artículo 1916 con la siguiente definición: "Independientemente de los daños y perjuicios, el Juez puede acordar a favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquella muere, una indemnización equitativa a título de reparación moral que pagará el responsable del hecho. Esta indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1928. Cfr. Pérez Fuentes, G. M. y Cantoral Domínguez, K.: *Daño moral y derechos de la personalidad del menor*, cit., p. 84.

21 Pérez Fuentes, G. M.: "Derecho al honor en México a partir de las decisiones y recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en De Verda y Beamonte, J. R. (Coordinador), *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), España, 2015, p. 520.

elemento ponderativo, cuando se trata de figuras públicas. Este tránsito, lejos de garantizar el daño moral a partir de la reforma constitucional del artículo 1º, ha desmaterializado la figura que en el ámbito procesal puede proteger los derechos que permiten la realización de la persona y además se ha prestado a confundir dicha protección mediante el ámbito administrativo a través del derecho de réplica.

Además, como ha dicho la Corte, constitucionalmente no existe prohibición para que una misma materia tenga una doble protección[22], es decir, la materia civil puede regular la hipótesis normativa del derecho a la imagen en el ámbito de su competencia y, por su parte, el derecho de autor la puede instituir como una limitante para el propio autor del uso de la imagen de una persona sin su consentimiento, veamos a continuación el mecanismo de protección en el ámbito administrativo.

2. Ámbito administrativo: tutela a través del Derecho de Autor.

En el sistema jurídico mexicano se prevé como uno de los límites al derecho de autor, la tutela del derecho al uso de la imagen de una persona cuando otorga su consentimiento. El artículo 231 fracción II de la Ley Federal del Derecho de Autor estatuye:

"...Artículo 231.- Constituyen infracciones en materia de comercio las siguientes conductas cuando sean realizadas con fines de lucro directo o indirecto:

II. Utilizar la imagen de una persona sin su autorización o la de sus causahabientes; (…)"[23].

El Poder Judicial de la Federación considera que los alcances del término imagen de una persona que establece la Ley Federal del Derecho de Autor, debe ser entendido únicamente como la representación de ella a través de cualquier soporte material como la pintura, la escultura o la fotografía, entre otros, pero no como la opinión, concepto o idea que se tenga de una persona, pues su protección legal se circunscribe a la forma de expresión de las ideas una vez que han sido fijadas en soportes materiales por sus autores[24].

De ahí que el máximo tribunal de justicia de México concluyó que son válidas la protección y regulación del derecho a la imagen prevista en el artículo 231, fracción II, de la Ley Federal del Derecho de Autor, porque constitucionalmente

22 Amparo directo 48/2015, resolución de 27 de abril de 2016, dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

23 Ley Federal del Derecho de Autor publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996, última reforma publicada el 15 de junio de 2018.

24 Tesis: I.1o.A.82 A, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo III, Materia(s): Administrativa, p. 2832.

no existe prohibición para que una misma materia tenga una doble protección -en los ámbitos civil y del derecho de autor- y porque el derecho de autor no puede ser asimilado de forma únicamente enunciativa y limitativa, sino que, como cualquier otro derecho, no es absoluto, por lo que tiene su límite en los derechos de terceros, así como en el orden público y el interés social. Por ello, se debe valorar y sancionar la lesión que pudiera ocasionarse a la persona cuya imagen fue publicada sin su consentimiento, debido a que ésta también tiene derecho a la utilización de su propia imagen, y en su salvaguarda se encuentra facultada para combatir las infracciones en las que se incurran en su contra[25]. De ahí que la persona agraviada podrá optar por el mecanismo procesal que a sus intereses convenga.

Como supuesto de excepción el reglamento de la ley antes mencionada, dispone que no constituirá infracción en materia de comercio la utilización de la imagen de una persona sin la autorización correspondiente, cuando se realice con fines informativos o periodísticos o en ejercicio del derecho de libertad de expresión[26]. Además en el reglamento se establece el procedimiento para las infracciones en materia de comercio que debe seguirse ante conductas como el uso del derecho a la imagen sin consentimiento.

Cuando se trate del retrato de una persona, dice la ley federal del derecho de autor[27], que sólo puede ser usado o publicado, con su consentimiento expreso, o bien con el de sus representantes o los titulares de los derechos correspondientes. Sin embargo, la autorización de usar o publicar el retrato podrá revocarse por quien la otorgó quién, en su caso, responderá por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar dicha revocación. Cuando a cambio de una remuneración, una persona se dejare retratar, se presume que ha otorgado el consentimiento y no tendrá derecho a revocarlo, siempre que se utilice en los términos y para los fines pactados. Se establece como causa de excepción del consentimiento cuando la fotografía sea tomada en un lugar público y con fines informativos o periodísticos.

Como podemos observar, la ley autoral establece de forma genérica que se responderá por los daños y perjuicios que pueden ocasionarse con motivo de la revocación del derecho a la imagen, es decir, que podrán ser tanto daños materiales como morales.

25 Tesis: 2a. XXIV/2016, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 31, Junio de 2016, Tomo II, p. 1205.

26 Artículo 74 del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 22 de mayo de 1998, última reforma publicada el 14 de septiembre de 2005.

27 Artículo 87 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

3. Ambito administrativo: derecho de réplica

El derecho de réplica está protegido por la Convención Americana de Derechos Humanos[28], y desde el año 2007 reconocido como derecho fundamental en México. Como sostiene Ernesto Villanueva, este derecho representa el primer instrumento con que cuenta el ciudadano para acceder a los medios de comunicación a fin de hacer valer sus puntos de vista sobre hechos que afecten su vida e integridad[29].

En México, la Ley Reglamentaria del Artículo 6º párrafo primero de la Constitución en materia del derecho de Réplica, lo define como el derecho de toda persona a que sean publicadas o difundidas las aclaraciones que resulten pertinentes, respecto de datos o informaciones transmitidas o publicadas por los sujetos obligados, relacionados con hechos que le aludan, que sean inexactos o falsos, cuya divulgación le cause un agravio ya sea político, económico, en su honor, vida privada y/o imagen[30].

La ley antes mencionada, establece que la crítica periodística será sujeta al derecho de réplica, siempre y cuando esté sustentada en información falsa o inexacta cuya divulgación le cause un agravio a la persona que lo solicite, ya sea político, económico, en su honor, imagen, reputación o, vida privada. Además, en cuanto al procedimiento a seguir, es ante los sujetos obligados por la ley o ante la autoridad judicial competente, en este caso los jueces de Distrito, es decir, la ley del derecho de réplica solamente obliga a los medios de comunicación.

Ha precisado la Corte que el tipo de expresiones a los que alude la réplica son información, en contraposición a las ideas u opiniones[31], por lo que su carácter agraviante proviene de los hechos mismos y no de la formulación de juicios de valor que pudieran acompañar esa información. Por tal motivo, no debe confundirse el mecanismo procesal para reparar afectaciones a los derechos de la personalidad, es decir a través del daño moral, toda vez que el derecho de réplica es independiente de cualquier otra responsabilidad legal que se pudiera derivar de la difusión de información.

28 Al respecto véase artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

29 Villanueva, E.: Voz "Derecho de réplica", en Villanueva, E. (coord.), *Diccionario de Derecho de la Información,* 3ª ed., t. I, Editorial Jus-Fundación para la Libertad de Expresión-Bosque de Letras-Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública-UNAM, Instituto de Investigaciones-BUAP, México, 2010, pp. 546-554.

30 Cfr. Artículo 2 fracción II de la ley reglamentaria del artículo 6° párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia del derecho de réplica, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de noviembre de 2015, última reforma publicada el 30 de mayo de 2018.

31 Tesis: 1a. CLI/2017, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I, p. 494.

En el año 2017, el Poder Judicial de la Federación determinó que el derecho de réplica presenta una doble faceta[32], la primera, dirigida a garantizar la protección de la esfera jurídica de las personas frente a los abusos de los medios de comunicación en su labor informativa, y la segunda, tiene por objeto promover un alto nivel de responsabilidad en los medios de comunicación para que la información que circule en la opinión pública sea, al menos veraz. Por lo anterior, la información que se difunda en ejercicio del derecho de réplica debe tener como única finalidad corregir o aclarar la información falsa o inexacta que le dio origen. El derecho de réplica, lejos de ser una forma de censura es un mecanismo legítimo e idóneo para fomentar la responsabilidad en la difusión de la información, lo que resulta necesario para el ejercicio de la libertad de expresión[33].

Entonces el derecho de réplica es para que el titular del derecho a la imagen acuda ante el medio de comunicación o juez federal a solicitar la corrección o aclaración de la información falsa o inexacta que dio origen a una publicación, esta figura procesal en ningún momento condiciona a la presentación del juicio por daño moral.

V. ESTUDIO DE CASOS SOBRE EL DERECHO A LA IMAGEN

En el daño moral sería recomendable establecer un tipo de proceso fundamentalmente en caso de violación de los derechos de la personalidad caracterizado por su agilidad y eficacia, especialmente cuando se trata del derecho a la imagen, a continuación se presentan dos casos jurisdiccionales sobre el derecho a la imagen, uno por la vía civil y otro por la vía administrativa vía protección del derecho de autor para analizar la finalidad de cada procedimiento y defender la necesidad de replantear las etapas del juicio para alcanzar una adecuada impartición de justicia.

1. Amparo directo 24/2016

Este caso se origina con motivo del juicio ordinario civil por violación a la propia imagen que promovió en julio de 2011 una conductora de programas de televisión, debido a la publicación sin su autorización en dos revistas de fotografías relativas a su persona, mediante las cuales contextualizaban las fotos que se tomó en una playa, con contenidos de alto carácter sexual, dichas publicaciones fueron realizadas en los meses de mayo y junio de 2011[34].

32 Tesis: 1a. CLII/2017, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I, p. 494.

33 Tesis: 1a. CL/2017, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I, p. 493.

34 Amparo directo 24/2016, de fecha 6 de diciembre de 2017, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ministro ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Seguido el juicio en todos sus trámites, en octubre de 2012, se dictó sentencia definitiva en la que se determinó que la actora había probado parcialmente la acción y la empresa demandada no había acreditado sus excepciones.

En virtud de los recursos de apelación interpuestos por las partes, en abril de 2013, el Primer Tribunal Unitario en Materia Civil y Administrativa del Primer Circuito revocó la sentencia, toda vez que no se había agotado el procedimiento administrativo previo ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, por derechos de autor, el cual era un requisito de procedibilidad para la acción de daños y perjuicios por violación al derecho a la imagen. Cabe destacar que en ningún ordenamiento legal se establece que dicho trámite administrativo debe promoverse previamente antes de intentar la acción civil correspondiente.

Al ejercer su facultad de atracción la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en noviembre de 2014 determinó conceder el amparo para efectos de que el Tribunal Unitario dejara sin efectos la sentencia y dictara otra en la que no considerara que el procedimiento ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial constituía un requisito previo para la acción civil de reparación de daños por violación al derecho a la imagen.

En febrero de 2015, el Tribunal Unitario emitió una nueva resolución en la que absuelve a la parte demandada de la reparación del daño material y determinó solamente la responsabilidad por daño moral causado a la conductora de televisión. En contra de esta resolución se promovieron nuevos juicios de amparo, por lo que la Primera Sala solicitó ejercer la facultad de atracción para conocer de dichos amparos.

Fue hasta el seis de diciembre de 2017 cuando la Primera Sala emitió su resolución, en la que determinó conceder el amparo a la empresa que representa las revistas, para efectos de que el Tribunal Unitario dejara insubsistente la sentencia y en su lugar dictara una nueva en la que vuelva a analizar los agravios expuestos por las partes, tomando en cuenta los siguientes lineamientos:[35]

1. Que deberá abstenerse de considerar que cuando se publica una fotografía o imagen de una persona sin su consentimiento se vulnera un "derecho moral" que se ostenta sobre las imágenes publicadas en términos de lo dispuesto en la fracción I del artículo 21 Ley Federal del Derecho de Autor.

2. Que deberá abstenerse de sostener que la vulneración al derecho a la propia imagen de la conductora de televisión con motivo del ejercicio ilegítimo de la libertad de información realizado por la empresa demandada puede ser

35 Amparo directo 24/2016, pp. 64-65.

reparada de conformidad con el artículo 216 Bis de la Ley Federal del Derecho de Autor a través de una indemnización por concepto "daño moral";

3. Que deberá considerar que el artículo 216 Bis de la Ley Federal del Derecho de Autor sí permite reparar la violación al derecho a la propia imagen a través de una indemnización por "daño material", puesto que también se trata de un derecho inmaterial susceptible de explotación comercial cuya vulneración puede dar lugar a una reparación de este tipo de conformidad con la legislación autoral.

4. Que decida con *libertad de jurisdicción* lo que en derecho proceda.

De este caso se advierte que, al hacer el análisis de fondo, una vez más los ministros de la Corte invocan sentencias de tribunales norteamericanos, provenientes del derecho anglosajón, cuando el sistema jurídico mexicano proviene del derecho romano germánico, por lo que debe tenerse mucho cuidado al momento de hacer la comparación entre instituciones jurídicas.

Entre los elementos que fueron objeto de estudio en la resolución se encuentran:

La libertad de expresión y los derechos de la personalidad, en virtud de los lineamientos constitucionales que ha establecido la Corte para resolver primordialmente asuntos sobre responsabilidad civil, en este asunto se concluyó que la difusión de fotografías no está amparada por el derecho a la libertad de expresión.

Se valoró el interés público y el carácter de notoriedad pública que tiene la conductora de televisión. Se estableció el criterio de que por regla general siempre que se difunda la imagen de una persona se requiere el consentimiento de ésta, por lo que en principio no está amparada por la libertad de expresión; que el único supuesto que justifica la difusión de la imagen de una persona sin su consentimiento es la presencia de interés público en la difusión de la imagen[36], situación que en el presente caso no aconteció, puesto que no existió ningún interés público en la publicación de las fotografías.

La Suprema Corte entiende que los periodistas deben tener un margen de apreciación para evaluar si la publicación de la imagen de una persona sin su consentimiento es relevante al existir una conexión más o menos evidente con un tema o información que presente un interés público directo, que en el caso del periodismo de entretenimiento tiene que estar vinculado con la actividad profesional de la persona cuya imagen se difunde. Este argumento puede resultar

36 Amparo directo 24/2016, p. 30.

contradictorio a la función judicial, toda vez que el margen de apreciación deben aplicarlo los operadores jurídicos como los jueces, si bien los periodistas deben observar un código de ética en el que respeten aquellos límites que puedan causar daños en el honor, intimidad o imagen de las personas.

En otro apartado, la Primera Sala concluyó que la Ley Federal del Derecho de Autor no permite reparar las violaciones al derecho a la propia imagen través una indemnización por daño moral y al tratarse de un derecho inmaterial que puede explotarse comercialmente, la legislación autoral en cuestión sí contempla la posibilidad de reclamar daños materiales por vulneraciones al derecho a la propia imagen[37]. Este criterio se realizó bajo la premisa de que el derecho a la imagen no está previsto entre los derechos morales de autor que contempla la ley federal de la materia, lo que nos conduce a la vía civil como forma de reparación del derecho a la imagen, por ello la necesaria agilidad en su procedimiento para garantizar el derecho de acceso a la justicia.

En el asunto antes analizado hasta diciembre de 2017 no se había resuelto el fondo del asunto, es decir que habían transcurrido seis años desde que inició la controversia civil de reparación por daño al derecho a la imagen, de ahí que resulta necesario agilizar este tipo de procedimientos para asegurar la reparación integral del daño[38].

2. Amparo directo 48/2015

Este caso se origina en el año 2011 con motivo de las publicaciones sin autorización y con fines de lucro de una menor en un cunero de un hospital, hijo de personas que se dedicaban al medio de los espectáculos.

En junio de 2014 se presentó juicio de amparo ante la Sala Regional en Materia de Propiedad Intelectual del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en contra de la sentencia de veintitrés de abril de dos mil catorce dictada por la Sala Especializada en Materia de Propiedad Intelectual del referido órgano jurisdiccional, en el juicio contencioso administrativo a través de la cual reconoció la validez de la resolución contenida en el oficio de treinta y uno de julio de dos mil doce emitida por la Subdirección Divisional de Infracciones Administrativas en Materia de Comercio del Instituto Mexicano de la Propiedad Intelectual.

En julio de dos mil once, los actores en nombre y representación de su hija menor de edad, solicitaron al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial la

37 Idem, p. 45.

38 Sobre el cambio de paradigma en cuanto a la reparación integral del daño véase Pérez Fuentes, G. M.: "El nuevo paradigma conceptual de la reparación integral del daño en caso de responsabilidad civil, en Pérez Fuentes, G. M. (coord.): *Temas actuales de responsabilidad civil*, Tirant lo Blanch, México, 2018, pp. 21 – 70.

declaración administrativa de la infracción en materia de comercio prevista en la fracción II del artículo 231 de la Ley Federal del Derecho de Autor en contra de una empresa, por haber violado el derecho humano a la imagen de su hija al publicar en la revista su fotografía tomada del cunero de un hospital sin la autorización respectiva y con fines de lucro[39]. Aquí se valoró el derecho a la imagen en relación con el derecho de autor, en consecuencia se impuso una multa a la revista.

La empresa de la revista promovió una demanda de nulidad en la vía contenciosa administrativa al inconformarse con la multa que le fue impuesta, dicha demanda fue sustanciada por la Sala Especializada en Materia de Propiedad Intelectual del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, mediante sentencia dictada en abril de 2014 se confirmó la validez de la resolución en la que se impuso la multa.

En contra de la resolución mencionada, la empresa promovió juicio de amparo en el que sostuvo entre otros conceptos de violación, los siguientes:

"…La violación a las garantías previstas en los artículos 1°, 14, 16 y 28 de la Constitución al habérsele aplicado los numerales aludidos sin tomar en cuenta que se refieren a una figura jurídica de naturaleza civil y no Autoral, al imponérsele una sanción por el uso de la imagen de una persona por lo cual solicita que se le inapliquen los numerales en comento por inconstitucionales, cuando de ninguna forma pertenece a ese terreno y materia de aplicación de la propiedad intelectual, mucho menos al derecho de autor. Existe una intromisión de una autoridad especializada en materia Autoral en un tema civil y que debe estar regulado por un Juez Civil, debido a que el derecho de autor y la imagen de una persona son figuras distintas e independientes, en atención a su naturaleza y protección, por lo cual no existía una base legal que permitiera sostener que una figura de distinta naturaleza se encontrara regulada y sancionada por el Derecho de Autor, por no ser una obra protegida…"

Al realizar el estudio de fondo, la Segunda Sala de la Corte determinó que no era procedente conceder el amparo, porque la Ley Federal del Derecho de Autor tiene como finalidad e intención no únicamente la de proteger a un autor, sino también la de regular su conducta en relación con los diversos factores de producción que intervienen y se relacionan con él, en esa medida, el derecho a la imagen se encuentra relacionado con el ejercicio de derecho de autor al ser una limitante del mismo, por tanto es incorrecto determinar que es atinente solo a la materia civil.

39 Amparo directo 48/2015 de veintisiete de abril de 2016, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ministro ponente: José Fernando Franco González Salas.

En otro apartado de la resolución se valoró la prevalencia que tiene el interés superior del menor, en el que no se contaba con el consentimiento de sus padres para la publicación de las fotografías, por lo que debe ponderarse por encima de cualquier otro interés a fin de garantizar el derecho a la dignidad del infante.

Así concluyó la Corte que el derecho a la protección del uso de la imagen, previsto en la Ley Federal del Derecho de Autor, es un derecho que debe ser entendido como aquél que se aplica de forma reforzada tratándose de menores de edad, en razón de que lo se busca es proteger y salvaguardar su derecho a la imagen e intimidad frente a cualquier otro derecho que pudiera generarse el conflicto, por lo tanto, no se podría actualizar supuesto de excepción alguno si no se acredita que existe el consentimiento de los padres o de quien ejerza la patria potestad[40].

Además, aun cuando el acceso a un hospital podría ser público, en virtud de que se trataba de una menor y que no se demostró la existencia del consentimiento por parte de sus padres, por tanto, si era procedente la imposición de la multa impuesta con motivo de la publicación realizada en la revista.

VI. PANORAMA DEL DERECHO A LA IMAGEN EN MÉXICO

El derecho a la imagen tiene un doble componente[41], por una parte, constituye un derecho de la personalidad y por la otra, tiene un contenido patrimonial, que le permite a su titular negociar con terceros las condiciones económicas bajo las cuales autoriza la utilización de su imagen, sea o no con ánimo de lucro.

Por lo anterior, en atención al doble componente del derecho a la imagen, es que surge la posibilidad de intentar en materia de derechos de autor una acción administrativa y por otra parte, que se busque la interrupción del acto ilícito para la tutela del derecho a la imagen, aquí se justifica la necesidad de que los jueces puedan decretar medidas cautelares con carácter urgente para obtener una reparación integral de los daños ocasionados por el uso indebido de la imagen de una persona, con independencia de la acción intentada, si es civil o administrativa.

Como sostiene el profesor Antequera, mientras el derecho a la imagen como derecho de la personalidad se extingue con la persona, el de explotar económicamente su imagen, por el contrario, se transmite mortis causa[42]. En México un caso que duró varios años en litigio en relación a las regalías sobre la explotación de su imagen fue el que suscitó a partir del fallecimiento del actor

40 Amparo directo 48/2015, p. 56.

41 Antequera Parilli, R.: *Derechos intelectuales*, cit., p. 400.

42 Idem, p. 405.

cómico Mario Moreno Cantinflas[43], entre su hijo y su sobrino en donde se discutía el pago de regalías por la explotación de la imagen en treinta y nueve películas.

En la actualidad, se presenta una serie de desafíos en cuanto a la protección del derecho a la imagen, por ejemplo, ante el uso de las redes sociales en México, un estudio demuestra que Facebook sigue ocupando el primer lugar en relación a las demás redes sociales[44], seguido del uso de Whatsapp, plataformas en las que se puede subir y bajar múltiples imágenes y fotografías y que terceras personas pueden utilizar para fines distintos a los cuales se suben en la red, sin embargo, sigue siendo mínimo el número de casos que acuden ante los tribunales a solicitar la protección de sus derechos de la personalidad, tales como el honor, intimidad o imagen.

Otro elemento que se analiza en la configuración del derecho a la imagen, es que en la ley especial de responsabilidad civil de la ciudad de México, no se advierte la posibilidad de que ante casos de violación del derecho a la imagen el juez pueda dictar medidas cautelares, únicamente se da la posibilidad de que se ordenen medidas de reparación en el momento de que se dicte la sentencia correspondiente.

Los casos analizados muestran la falta de acceso a la justicia en cuanto a la tutela del derecho a la imagen, puesto que su tramitación duró más de seis años para que se dictara una sentencia que entrara al análisis de fondo de cada asunto.

También se puede observar que los casos analizados fueron promovidos por personas con proyección pública, toda vez que una de las demandantes era conductora de un programa de televisión y en el segundo juicio, los padres de la menor también trabajaban en el mundo del espectáculo, cuando la protección del derecho a la imagen como derecho de la personalidad está dirigida a todas las personas.

En cuanto al interés público, se realizó una ponderación del derecho a la imagen frente a la libertad de expresión, si las publicaciones eran con fines informativos o si se trataba de algún tema relevante para la sociedad, en ambos casos, no se encontró el interés público en las publicaciones.

Además, en ninguno de los casos analizados se otorgó el consentimiento para la difusión de las fotografías, por tanto, era procedente la reparación de daños y la

43 Flores Ávalos, E. L.: "Derecho a la imagen y responsabilidad civil", en Adame Goddard, J. (coord.): *Derecho Civil y Romano, cultura y sistemas jurídicos comparados,* Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2006, pp. 371-397.

44 Estudio sobre los hábitos de internet en México 2018, Asociación de internet, disponible en: https://www.asociaciondeinternet.mx/es/component/remosítory/Habitos-de-Internet/14-Estudio-sobre-los-Habitos-de-los-usuarios-de-Internet-en-Mexico-2018/lang,es-es/?Itemid=

condena a pagar una multa por la comercialización con dichas imágenes. Tampoco se demostró que se autorizara el uso de las fotografías para los fines utilizados por las revistas en sus respectivas publicaciones.

Los órganos jurisdiccionales admiten procedimientos de tutela del derecho a la imagen tanto en la vía civil por daño moral, como en la vía administrativa a través del límite establecido por la Ley Federal del Derecho de Autor, se presentan retos para los operadores jurídicos a partir de la aplicación del principio pro persona y de convencionalidad, por ejemplo, ante casos de violación del derecho a la imagen como dato personal o de la utilización de imágenes de personas fallecidas.

En octubre de 2017 fue presentada una iniciativa de reforma mediante la cual se proponía incorporar tres párrafos al artículo 1916 del Código Civil Federal, con el fin de establecer de forma específica que "será violación a la intimidad u honor de una persona sin distinciones de origen, género, discapacidad, condición social o de salud, religión, preferencias sexuales, actividad en el servicio público o alguna que atente contra la dignidad humana, cualquier manejo directo de su imagen, nombre o datos personales, así como cualquier manifestación insultante u ofensiva en los medios impresos o electrónicos que menoscabe su honra o reputación, sea contrario a sus derechos o que los ponga en riesgo", sin embargo dicha iniciativa fue turnada a comisiones y continua sin ser dictaminada, al contrario fue objeto de ataques mediáticos por considerarlo una forma de censura y que atentaba contra el derecho a la libertad de expresión, cuando la exposición de motivos explicaba que se buscaba hacer eficaz la protección de los derechos de la personalidad[45]. Esperemos que los legisladores mexicanos se den cuenta de la necesidad de proteger los derechos al honor, intimidad e imagen de las personas a través de procedimientos sumarios y que en sociedades democráticas como la de México no puede considerarse un atentado a la libertad de expresión, sino que deben coexistir tanto las libertades como los derechos de la personalidad.

VII. CONCLUSIONES

México se caracteriza por ser un país con buenas leyes pero con muy malas prácticas, debe fortalecerse el procedimiento de tutela de los derechos de la personalidad en la vía civil a través del establecimiento de plazos breves y que los operadores jurídicos puedan dictar medidas cautelares para proteger la dignidad de la persona y al momento de presentar la demanda se ordene la suspensión inmediata del hecho generador del daño y no tener que esperar que transcurran más de seis años hasta que la sentencia quede firme y se ordene la reparación

45 Córdova Hernández, J. del P.: Proyecto de decreto que reforma el artículo 1916 del Código Civil Federal, octubre de 2017, disponible en: http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/63/2017/oct/20171019-III.html#Iniciativa2

integral, porque durante el transcurso del juicio podría incrementarse la divulgación de la imagen y por ende el daño sería mayor al ocasionado en un primer momento.

El sistema jurídico mexicano proviene del sistema romano germánico, por tanto, debe tenerse mucho cuidado cuando se trata de resolver casos vinculados a los derechos de la personalidad, tales como el honor, la intimidad y la imagen, frente al ejercicio de la libertad de expresión, sobre todo cuando en la era de la constitucionalización del derecho civil los jueces están utilizando sentencias norteamericanas de origen anglosajón para justificar el sentido de sus resoluciones, obviando el acervo doctrinal, legislativo y jurisprudencial que abunda en países con el mismo sistema jurídico que México, como es el caso de España, Alemania, Italia, Argentina, Brasil, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

ANTEQUERA PARILLI, R.: *Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada*, Reus, Madrid, 2012.

CALDERÓN VILLEGAS, J. J.: *La constitucionalización del Derecho Privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, Universidad del Rosario – Universidad de los Andes - Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2013.

CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen*, Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

CÓRDOVA HERNÁNDEZ, J. DEL P.: *Proyecto de decreto que reforma el artículo 1916 del Código Civil Federal, octubre de 2017*", disponible en: http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/63/2017/oct/20171019-III.html#Iniciativa2

DE LA PARRA TRUJILLO, E.: *El derecho a la propia imagen*, Tirant lo Blanch – IPIDEC, México, 2014.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, enero 2017.

FLORES ÁVALOS, E. L.: "Derecho a la imagen y responsabilidad civil", en ADAME GODDARD, J. (coord.) *Derecho Civil y Romano, cultura y sistemas jurídicos comparados,* Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2006.

MALUQUER DE MOTES Y BERNET, C.: "Derecho civil constitucional", en PERLINGIERI, P.; *El Derecho Civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes,* traducido y coordinado por Luna Serrano, Agustín y Maluquer de Motes y Bernet, Carlos, Dykinson, Madrid, 2008.

PÉREZ FUENTES, G. M.: "El nuevo paradigma conceptual de la reparación integral del daño en caso de responsabilidad civil", en PÉREZ FUENTES, G. M. (coord.): *Temas actuales de responsabilidad civil*, Tirant lo Blanch, México, 2018.

PÉREZ FUENTES, G. M. y CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: *Daño moral y derechos de la personalidad del menor,* Tirant lo Blanch, México, 2015.

PÉREZ FUENTES, G. M.: "Derecho al honor en México a partir de las decisiones y recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en DE VERDA

y Beamonte, J. R. (coord.): *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

Pérez Fuentes, G. M.: Voz "Derechos de la personalidad", en Villanueva, E. (coord.): *Diccionario de Derecho de la Información,* 3ª ed., t. I, Editorial Jus-Fundación para la Libertad de Expresión-Bosque de Letras-Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública-UNAM, Instituto de Investigaciones-BUAP, México, 2010.

Villanueva, E.: Voz "Derecho de réplica", en Villanueva, E. (coord.), *Diccionario de Derecho de la Información,* 3ª ed., t. I, Editorial Jus-Fundación para la Libertad de Expresión-Bosque de Letras-Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública-UNAM, Instituto de Investigaciones-BUAP, México, 2010.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

Amparo directo 24/2016, de fecha 6 de diciembre de 2017, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ministro ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Amparo directo 24/2016, resolución de fecha 6 de diciembre de 2017, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 27.

Amparo directo 48/2015 de veintisiete de abril de 2016, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ministro ponente: José Fernando Franco González Salas.

Amparo directo 48/2015, resolución de 27 de abril de 2016, dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo directo en revisión 3619/2015, sentencia de 7 de diciembre de 2016, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Tesis: 1a. CL/2017, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I, p. 493.

Tesis: 1a. CLI/2017, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I, p. 494.

Tesis: 1a. CLII/2017, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I, p. 494

Tesis: 2a. XXIV/2016, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 31, Junio de 2016, Tomo II, p. 1205.

Tesis: 2a. XXV/2016, Décima Época, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 31, Junio de 2016, Tomo II, Materia(s): Constitucional, p. 1206

Tesis: I.1o.A.82 A, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo III, Materia(s): Administrativa, p. 2832.

Tesis: I.1o.A.83 A, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Libro 11, Octubre de 2014, Tomo III, Materia(s): Administrativa, p. 2833

Tesis: P. LXVII/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, Diciembre de 2009.

EL RESARCIMIENTO DEL QUEBRANTO INMATERIAL Y SU CUANTIFICACIÓN

THE REMEDY OF THE IMMATERIAL BREAKDOWN AND ITS QUANTIFICATION

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 78-99

Carolina
del Carmen
CASTILLO
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: Nuestro Derecho de Daños integra el presupuesto de que toda pretensión indemnizatoria por el resultado lesivo de una acción u omisión debe suponer la reparación integral de la consecuencia dañosa, en definitiva, la denominada restitutio in integrum, por cuya virtud la víctima merece ser resarcida en todos los extremos en que ha sido dañada. También, por consiguiente, en esa agresión infligida a "las creencias, a los sentimientos, a la dignidad de la persona o a su salud física o psíquica … (…). La zozobra, la inquietud, que perturban a una persona en lo psíquico" (SAP de Barcelona de 8 de febrero de 2006). En definitiva, en el indicado ámbito se trata de que quien ha padecido el daño se vea repuesto de cualquier perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona –salud, libertad, honor, entre otros- o de sus sentimientos o afectos más elevados. Prescindiendo de aquellas situaciones en las que el daño moral no presenta entidad suficiente para ser reclamado, sin duda, la razón esencial por la que el mismo no suele constituir objeto de un pleito es, precisamente, por su dificultad probatoria. En este trabajo se analizan las cuestiones más relevantes que se plantean en relación con la cuantificación del daño moral, de necesaria acreditación para poder integrar la pretensión sustanciada en un litigio.

PALABRAS CLAVE: Daño moral, resarcimiento, acción de indemnización, cuantificación del daño, acreditación del "quantum indemnizatorio", sistema de valoración de daños y perjuicios.

ABSTRACT: Our Right of Damage integrates the assumption that all compensation claims for the injurious result of an action or omission must involve the integral reparation of the harmful consequence, in short, the so-called restitutio in integrum, by virtue of which the victim It deserves to be compensated in all the extremes in which it has been damaged. Also, therefore, in that aggression inflicted on "the beliefs, the feelings, the dignity of the person or his physical or mental health ... (...). The anxiety, the restlessness, that disturb a person in the psychic "(SAP of Barcelona of February 8, 2006). In short, it is that the person who has suffered the damage is replenished from any non-pecuniary damage caused by the injury of a good of the person -health, freedom, honor, among others- or their feelings or higher affections. Regardless of those situations in which the moral damage does not present sufficient entity to be claimed, undoubtedly, the essential reason why it does not usually constitute the subject of a lawsuit is precisely because of its evidentiary difficulty. In this paper we analyze the most relevant issues that arise in relation to the quantification of moral damages, of necessary accreditation to be able to integrate the claim substantiated in a litigation.

KEY WORDS: Moral damage, compensation, compensation action, quantification of damage, accreditation of the "quantum indemnity", system of valuation of damages.

SUMARIO.- I. CONSIDERACIÓN GENERAL.- II. EL DAÑO MORAL: CONCEPTO. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL. DAÑO MORAL CONTRACTUAL Y DAÑO MORAL EXTRACONTRACTUAL.- III. LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL Y SU PROYECCIÓN APLICATIVA. IV. LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL.- IV. LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL.- 1. Previsión general: la norma del artículo 1902 del Código Civil.- 2. Reglas para la cuantificación del daño moral.- 3. El sistema de valoración de daños personales en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor: los factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte. La Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.- 4. La presunción de daño moral en el artículo 9.3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen.- 5. La reparación del daño moral causado a los autores en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.- 6. Resarcimiento del daño moral derivado de agresión contra la vida y la integridad física.- 7. Reparación del perjuicio moral en los delitos contra la libertad sexual.- 8. Consideración de la reparación del daño moral causado a las personas jurídicas.

I. CONSIDERACIÓN GENERAL

Nuestro Derecho de Daños integra el presupuesto de que toda pretensión indemnizatoria por el resultado lesivo de una acción u omisión debe suponer la reparación integral de la consecuencia dañosa, en definitiva, la denominada *restitutio in integrum*, por cuya virtud la víctima merece ser resarcida en todos los extremos en que ha sido dañada. También, por consiguiente, en esa agresión infligida a "las creencias, a los sentimientos, a la dignidad de la persona o a su salud física o psíquica … (…). La zozobra, la inquietud, que perturban a una persona en lo psíquico"[1]. En definitiva, se trata de que quien ha padecido el daño se vea repuesto de cualquier perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona –salud, libertad, honor, entre otros- o de sus sentimientos o afectos

1 SAP Barcelona, Sección 17ª, 8 febrero 2006 (ROJ: SAP B 2503:2016: ECLI:ES:APB:2016:2503 núm. de Resolución: 52/2016).

• Carolina del Carmen Castillo Martínez
Licenciada en Derecho por la Universitat de Valencia (1986) en la especialidad de Derecho Privado, con el mejor expediente académico de la promoción 1981-86. Premio Extraordinario de Licenciatura, promoción 1981-86, en la especialidad de Derecho Privado. Doctora en Derecho por la Universitat de Valéncia, con calificación "cum laude" (otorgada por unanimidad) con la Tesis Doctoral que llevó por título "Responsabilidad del deudor y responsabilidad del sujeto pasivo de la hipoteca", leída el 18 de septiembre de 1993. Magistrado-juez titular del Juzgado de instancia nº 4 de Castellón. Profesora Titular de Derecho Civil (excedente), actualmente Profesora Asociada de Derecho Civil en el Departamento de Derecho Civil de la Universitat de València, con docencia acreditada durante más de treinta años. Autora de diversos trabajos y estudios doctrinales en el muy variado ámbito de las diferentes materias propias de su área de conocimiento, constando publicadas seis monografías, más de cincuenta artículos doctrinales y numerosas colaboraciones en obras colectivas, así como colaboraciones en cursos y conferencias impartidas. Correo electrónico: carolina.castillo@uv.es

más elevados. Prescindiendo de aquellas situaciones en las que el daño moral no presenta entidad suficiente para ser reclamado, sin duda, la razón esencial por la que el mismo no suele constituir objeto de un pleito es, precisamente, por su dificultad probatoria. En este trabajo se analizan algunas de las cuestiones más relevantes que se plantean en relación con la constatación y cuantificación del daño moral en determinados ámbitos escogidos, de necesaria acreditación para poder integrar la pretensión sustanciada en un litigio.

II. EL DAÑO MORAL: CONCEPTO. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL. DAÑO MORAL CONTRACTUAL Y DAÑO MORAL EXTRACONTRACTUAL

La fijación de la indemnización procedente por los daños[2] ocasionados en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, así como las diversas cuestiones que dicha concreción plantea, constituye, en mi opinión, la cuestión medular sobre la que, a efectos prácticos, gravita la esencia del denominado Derecho de Daños, cuyo fundamento aparece justificado en la actualidad básicamente en su función resarcitoria y de búsqueda de la total indemnidad del perjudicado[3], si la misma fuera posible. Su consideración en orden a una sistematización de criterios ofrece, de entrada, el principal escollo constituido por el hecho de ser ésta una materia que, no estando reglada normativamente en una buena parte de su ámbito[4], aparece sometida con carácter general a la discrecionalidad judicial, circunstancia ésta determinante de la existencia de multiplicidad de criterios e impeditiva de su posterior revisión casacional[5].

2 Según se desprende de la norma general contenida en el artículo 1902 del CC, sin daño, material o moral, no nace la obligación de indemnizar. Y el mismo criterio se contiene en el artículo 110 del CP que fija el objeto de la responsabilidad civil derivada de delito en la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales. En todo caso, como señala la doctrina, se entiende que el concepto de daño incluye dos elementos, a saber: 1.º. El daño emergente o disminución de los valores patrimoniales que el perjudicado tenía en su haber; y 2.º. El lucro cesante, esto es, los beneficios o ganancias que se han dejado de obtener como consecuencia de haber sufrido un daño (vid., por todos, Roca Trías, E.: *Derecho de Daños. Textos y materiales*, Valencia, 1998, 2.ª ed., p. 124).

3 Cfr. Roca Trías, E.: *Derecho*, cit., pp. 25 y 26. Sobre la individualización de la indemnización por responsabilidad extracontractual y su distinción con otras fórmulas indemnizatorias de fundamento diverso, cfr. Díez-Picazo y Ponce De León, L.: *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, pp. 48- 63.

4 En el ámbito civil ni siquiera la norma general contenida en el artículo 1902 del CC contiene el más mínimo criterio en orden a la valoración del daño padecido por el perjudicado, que resulta atribuida, por consiguiente, al Juzgador de instancia. En el ámbito penal, y con referencia tanto a los daños materiales como a los morales, el artículo 115 del CP impone al órgano jurisdiccional el razonamiento en sus resoluciones de las bases sustentadoras de la cuantía de los daños e indemnizaciones a fijar en la propia sentencia o en el trámite de su ejecución.

5 Ciertamente, es regla conocida la de que el *quantum* indemnizatorio no es revisable en casación; tan sólo cabe si se impugnan los presupuestos jurídicos que conducen a su determinación (cfr., entre muchas otras, STS, Sala 1ª, 21 enero 2000. Civil (RJ 2000, 225). Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O´Callaghan Muñoz). Siguiendo los razonamientos de la STS, Sala 1ª, 10 febrero 2006 (ECLI:ES:TS:2016:1046A núm. Recurso: 1247/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán), la determinación de la cuantía por indemnización de daños morales debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento. La reparación del daño o sufrimiento moral va dirigida a proporcionar, en la medida de lo humanamente posible, una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes (SSTS 31 mayo 1983, 25 junio 1984, 28 marzo y 28 abril 2005, entre otras de las que la referida resolución cita).

Por otra parte, en el ámbito que nos ocupa, no podemos desconocer la circunstancia de que la cuantificación de la indemnización derivada de daño extracontractual necesariamente debe sujetarse a principios diversos en función de la clase de daño a resarcir, lo que determina, de manera ineludible, la consideración de la tipología de los daños indemnizables. Así, por ejemplo, el criterio de la reparación integral, que preside la reparación de los daños materiales, resulta difícil de extrapolar prácticamente a los daños de carácter corporal. Tal circunstancia no siempre ha sido tenida en cuenta por el legislador en los escasos ámbitos en los que nos ofrece regulación legal[6].

Por lo expuesto, fácilmente se concluye la imposibilidad de ofrecer argumentos homogéneos que nos permitan sistematizar en todo caso los criterios manejados por nuestros Tribunales en el establecimiento del *quantum* indemnizatorio procedente por daño extracontractual.

Sin duda, una de las cuestiones más interesantes que suscita el Derecho de Daños es la relativa a la responsabilidad dimanante del menoscabo o perjuicio padecido en el patrimonio moral de las personas[7]. Es también, no obstante, uno de los aspectos de más difícil tratamiento en el ámbito de la responsabilidad civil. En efecto, hace tan sólo unas décadas, en nuestro país la protección de los bienes integrantes de los derechos de la personalidad, de indiscutible legitimidad en orden a su defensa, no encontraba favorable acogida por parte de los Tribunales civiles[8] resultando que, desde la extendida consideración de que cualquier intento de traducción económica del daño moral resultaba a todas luces repugnante, la protección jurídica de intereses tan legítimos como el honor o la intimidad, encontraba su cauce habitual por la vía de las acciones penales que normalmente concluían su propósito con la imposición de una pena al causante de la agresión.

6 Este hecho se hace palpable, de manera singular, ya en el sistema valorativo contenido en el Anexo de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, por cuanto que el procedimiento del cálculo por puntos conduce a la cuantificación globalizada de tres vertientes del llamado daño personal de muy diversa naturaleza, a saber, daños corporales, daños extrapatrimoniales o morales y daños materiales o de carácter patrimonial (éstos últimos susceptibles de concreta valoración pecuniaria y sometidos al principio de la *restitutio in integrum*) "que se desdoblan, a su vez, en el daño emergente y el lucro cesante" (cfr. Vicente Domingo, E.: *Tratado de responsabilidad civil*, (coord. L. F. Reglero Campos), Pamplona, 2002, p. 273).

7 El Tribunal Supremo, en Sentencia 19 febrero 2003 (ROJ: 1048/2003. ECLI:ES:TS:2003:1048 núm. de Resolución: 160/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete), se refiere al daño moral como zozobra o sensación anímica de inquietud, pesadumbre, angustia y, en definitiva, toda detracción que sufre el perjudicado y que supone una inmisión perturbadora en su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir en los daños materiales. Y en cuanto a su integración positiva, engloba toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito, como cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, de ahí que en líneas generales el daño moral se patentiza en el dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece.

8 Conviene la doctrina en señalar la STS 6 diciembre 1912 (Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil, diciembre de 1912, pp. 582-606) como la primera resolución que sienta las bases para la valoración del daño moral. En esta sentencia el Tribunal Supremo declaró que "la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima", en un supuesto fáctico en el que la honestidad de una mujer joven quedaba cuestionada a causa de la publicación, en periódicos de considerable difusión, de la falsa noticia de su "fuga del hogar paterno y de sacrílego amancebamiento consumado" con un sacerdote.

Además de considerar que la indemnización pecuniaria constituía un expediente inapropiado para la defensa de un interés de contenido tan especial, la jurisprudencia venía entendiendo al respecto que, desde el consabido principio general de la «reparación integral» que rige la responsabilidad civil, ninguna sanción, mucho menos una imposición de naturaleza pecuniaria, resultaba idónea para reparar por completo el patrimonio moral de la víctima de una agresión que, por otra parte, resultaba difícilmente cuantificable en dinero[9].

La concreción del *pretium doloris* constituye una tarea dificultosa y, a menudo, imprecisa, pues éstas y no otras son las condiciones que habitualmente plantea la determinación de la propia noción de daño moral. En la actualidad parece encontrar arraigo la idea de que el daño moral se encuentra representado por el sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden ocasionar determinadas conductas o actividades que implican una agresión directa a bienes integrantes de su acervo tanto material como de índole extrapatrimonial[10]. Se localiza aquí otra dificultad en orden al tratamiento del daño extrapatrimonial y es que, habida cuenta de su posibilidad de derivarse de un ataque tanto sobre bienes patrimoniales como morales, en el primero de los supuestos no resulta infrecuente localizar resoluciones que, lejos de precisar su específico contenido y concreta cuantificación consiguiente al mismo, aplican el método consistente en ofrecer una cuantía indemnizatoria global, comprensiva de un genérico resarcimiento por cualquier clase de daño derivado de la agresión al bien patrimonial, sin especificar la posible tipología o caracterización de los mismos. Esta globalización del *quantum* indemnizatorio actúa contra la tarea de discriminación de los daños morales, dificultando su específica consideración, por variopintas que puedan resultar las acciones u omisiones dañosas originadoras del mismo[11]. Ciertamente, parece más adecuado entender que no se trata de que un

9 Ciertamente, desde esta consideración, me parece que, como conviene la doctrina, actualmente es posible seguir manteniendo que el criterio general de la *restitutio in integrum* no resulta de aplicación al resarcimiento de los daños morales, puesto que el daño extrapatrimonial "implica una reducción del nivel de utilidad que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste, pueden llegar a compensar"; a lo que se añade, con pretensión sustancialmente ejemplificativa que "todo el oro del mundo no basta para reemplazar el sufrimiento experimentado por el velocista que queda tetrapléjico a consecuencia de un accidente" (así lo manifiesta Gómez Pómar, F.: "Daño moral", *Indret,* núm. 1/2000).

10 La jurisprudencia, con un criterio de tendencia claramente aperturista, se viene refiriendo a diversas situaciones entre las que destacan la impotencia, el impacto espiritual, ansiedad, angustia, impacto emocional, incertidumbre constante, quebrantamiento psíquico o zozobra, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre... (cfr., por todas, SSTS 25 junio 1984 –RJ 1984, 1145- y 31 mayo 2000 –RJ 2000, 5089-).

11 En cumplida prueba de lo cual, apunto, únicamente, un par de supuestos, de entre los muchísimos que la realidad nos ofrece. Así, la STS 4 marzo 2000. Contencioso Administrativo (RJ 2000, 2459). Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate, aprecia el daño moral padecido por la recurrente que pretende que se declare la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento demandado en la realización de la exhumación de los restos mortales de su madre sin haberse notificado personalmente a la misma, previamente, la resolución que así lo acordó lo que, según afirma, le ha impedido reclamar y nuevamente inhumar dichos restos, de manera que esta imposibilidad de localización de los restos humanos de la madre de la recurrente, a causa de su depósito en un osario, le genera un daño moral que debe reparar la Administración. O la STS 4 abril 2000. Contencioso Administrativo (RJ 2000, 3258). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, que impone una indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración en concepto de daño moral grave, con base en la omisión del deber de informar cumplidamente de los riesgos de la intervención.

daño cuantificable económicamente se conciba como resultado del menoscabo infligido a un derecho extrapatrimonial, o bien que la lesión de un interés pecuniariamente estimable sea susceptible de ocasionar un daño moral, de tal modo que unos daños se presenten como originados por los otros, sino que más bien se debe concluir en la concurrencia de una tipología de daño diversificable, independiente[12] y, en cualquier caso, coincidente con la concreta naturaleza del ámbito jurídico agredido[13].

En todo caso, actualmente es posible afirmar que la valoración del daño moral presenta, en las manifestaciones jurisprudenciales, una serie de rasgos comunes, de entre los que me parece oportuno destacar básicamente los siguientes.

En principio, constituye jurisprudencia consolidada la que de manera habitual reconoce la procedencia de la indemnización por los daños morales, admitiendo que su valoración no puede alcanzarse meramente de una prueba objetiva, lo que en modo alguno debe impedir al Tribunal la fijación de su cuantificación, a cuyo efecto deberán ser ponderadas siempre las circunstancias concurrentes en cada caso[14]. Es por lo que la estimación de los daños morales no puede supeditarse a la concurrencia de pruebas acreditativas del lucro cesante, sino que, más bien, interpretando progresivamente su proyección, debe conducir a la solución más equitativa, de manera que aunque exista carencia de probanzas directas del daño ello no puede impedir su valoración por parte del Juzgador[15].

Por otra parte, conviene resaltar que la indemnización por daños morales en modo alguno trata de reparar la disminución del patrimonio moral del perjudicado sino que más bien se dirige a compensar el dolor sufrido por la víctima, por lo que,

12 Desde tal consideración, conviene tener en cuenta que los bienes cuyo menoscabo pretende compensar la indemnización por daño moral son de muy diversa naturaleza. Así, por ejemplo, y entre otros muchos, la salud (cfr., entre otras, STS, Sala 3.ª, Sección 6ª, 20 enero 1998 -ROJ STS 217. ECLI:ES:TS:1998:217 Núm. Recurso: 5284/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos-, que resuelve la indemnización por pérdida de un ojo por impacto de pelota de goma lanzada por la policía en una manifestación no autorizada, y STS, Sala 3.ª, Sección 6ª, 21 abril 1998 -ROJ: STS 2534/1998. ECLI:ES:TS:1998:2534 Núm. Recurso: 7223/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos-, en supuesto de lesión grave de un agricultor por choque con puerta de cristal en la Jefatura Provincial de Tráfico de Madrid), la libertad (cfr. STS, Sala 3.ª, Sección 6ª, 29 marzo 1999 -ROJ: STS 2193/1999. ECLI:ES:TS:1999:2193 Núm. Recurso: 8172/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate-, en la que reclama un banquero que sufre prisión provisional y un proceso por quiebra fraudulenta que se prolonga durante quince años y del que finalmente resulta absuelto, y la STS, Sala 3.ª, Sección 1ª, 9 mayo 1995 -ROJ: STS 2622/1995. CLI:ES:TS:1995:2622 Núm. Recurso: 679/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Pérez Morate-, en la que reclama un ciudadano británico residente en Benidorm, que sufre prisión provisional durante 11 meses por tráfico de estupefacientes, de lo que ni siquiera resulta acusado por el Ministerio Fiscal), o la dignidad sexual (cfr. STS, Sala 1.ª, 9 febrero 1998 -ROJ: STS 804/1998. ECLI:ES:TS:1998:804 Núm. de Resolución: 72/1998 Núm. Recurso: 27/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales-, en la que reclama una mujer contra la que se profieren expresiones insultantes como "tía que va de salida" o "que va buscando guerra").

13 Vid., Álvarez Vigaray, R.: "La responsabilidad por daño moral", *Anuario de Derecho Civil*, 1966, p. 82.

14 Cfr. SSTS 21 octubre 1996 (RJ 1996, 7213) Civil. Ponente: Excmo. Sr. D. Alonso Villagómez Rodil, y 19 octubre 2000 (RJ 2000, 7733). Civil. Ponente: Excmo. Sr. D. Alonso Villagómez Rodil, cuyo criterio continúa recogido en la doctrina jurisprudencial más reciente.

15 Cfr. STS 3 junio 1991 (RJ 1991, 4407). Civil. Ponente: Excmo. Sr. D. Alonso Villagómez Rodil.

de manera habitual, se debe proyectar en el ámbito de la persona que lo padece, siendo, en todo caso, la concreción del *quantum* indemnizatorio una atribución genéricamente encomendada a la particular discrecionalidad de los Tribunales de instancia[16], quedando de ordinario excluida de la revisión casacional[17].

Con carácter general, desde un punto de vista jurídico el concepto de daño se vincula al perjuicio o menoscabo que padece una persona como consecuencia de la acción u omisión de otra y que afecta a sus derechos bien personales o patrimoniales[18], si bien en la doctrina no concurre unanimidad al tiempo de mantener la idea de la dualidad tipológica de la consecuencia dañosa[19]. En todo caso, es opinión común la que considera que por daño patrimonial debe considerarse el que recae sobre bienes o intereses que aportan a su titular un beneficio susceptible de valoración económica, bien de manera directa (v. gr., cuando por acción u omisión de quien causa la lesión el objeto se destruye o deteriora) o indirecta (v. gr., cuando el objeto dañado resultara reparable o sustituible, integrando su reparación/sustitución todos los desembolsos -daño emergente- precisos para la reparación de dicho objeto así como las ganancias dejadas de percibir por la tenencia del mismo –lucro cesante-), y que generan un menoscabo a la persona titular del bien o interés dañado. En tanto que, como ya quedó anticipado, tradicionalmente por daño moral se considera "el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata o bienes materiales, como si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, honor, honestidad, muerte de persona propietario…)"[20]. Y si bien no cabe considerar que los daños morales planteen una vertiente valorable precisa, como también anticipé tal circunstancia no impide que exista una evidente obligación

16 Al respecto, ya la STS 280/1997, 27 marzo (ROJ: STS 2257/1997. ECLI:ES:TS:1997:2257 Núm. de Resolución: 280/1997 Núm. Recurso: 1384/1993. Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López), precisa que con la expresión "órganos de instancia" se designa al "Tribunal sentenciador", es decir, al órgano colegiado funcionalmente competente para conocer de la segunda instancia del proceso, y no al órgano unipersonal que lo resuelve en primera instancia.

17 Cfr. STS, Sala 1.ª, 25 febrero 1991 (RJ 1991, 1597) -Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete-, 15 octubre 1992 (Ref. Colex 92 C1156) -Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz-, y, en el mismo sentido, STS, Sala 1.ª, 18 abril 2000 (RJ 2000, 3373) -Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos-, que declara la dificultad de valoración de los daños morales, de libre apreciación del Tribunal de instancia, salvo que resulte arbitraria o absurda, así como la STS 2 marzo 2000. Contencioso Administrativo (RJ 2000, 2455) -Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Miguez-, que aprecia daño moral y correspondiente indemnización, por la muerte de soldado en acto de servicio, respecto del que se precisa que su determinación no es revisable en casación siempre que se hubieren observado los criterios jurisprudenciales de reparabilidad económica del daño moral y de razonabilidad en su compensación.

18 Maciá Gomezi, R.: "La dualidad del daño patrimonial y del daño moral", *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 36, 2010,* pp. 21-31.

19 Desde esta consideración, Domínguez López, E.:"El daño moral. Intento de concretización del concepto", *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña,* núm. 7, 2003, pp. 263 y ss., entiende que debe trazarse una triple distinción en función de los derechos que admiten ser dañados, esto es, patrimoniales, extrapatrimoniales y morales, precisando que así como el daño extrapatrimonial afecta a derechos como la integridad física o el honor, los derechos morales se limitan a los daños de carácter o índole sentimental o afectivo, vinculados a la esfera más privada o íntima del sujeto.

20 STS 25 junio 1984 (RJ 1984, 1145).

indemnizatoria del mismo una vez conste acreditada su existencia, señalando la jurisprudencia a tal efecto que la indemnización del daño moral "si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado"[21].

Resulta de interés señalar que el daño, como también las eventuales indemnizaciones que el mismo genera a favor del perjudicado, puede tener dos fuentes, ambas acotadas jurisprudencialmente, en relación con que su producción derive de una relación contractual o de otra que participe del apuntado carácter. Así, cuando el resultado lesivo procede del incumplimiento de una obligación que se contiene en un contrato, de un deficiente o imperfecto cumplimiento de la misma, o de un retraso en su realización, podrá hablarse de que el daño presenta un origen contractual[22], lo que presupone la validez de la relación contractual que vincula a las partes –causante del daño y lesionado o perjudicado- y que el mismo se haya producido entre los contratantes[23]. Diversamente, el origen extracontractual del daño se determina cuando el deterioro o menoscabo provocado por sus responsables no está vinculado a un contrato, localizándose su cobertura normativa en la amplia referencia de la previsión contenida en el artículo 1902 el Código Civil que establece la genérica obligación de reparar el daño causado[24].

21 Cfr., por todas, STS 31 mayo 1983 (RJ 1983, 2956).

22 Sobre el daño moral contractual vid. Solé Feliu J.:"El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español", *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, febrero 2009.

23 En este ámbito, inclusivo del daño moral en la responsabilidad contractual, merecen ser citadas las SSTS 11 noviembre 1997 (RJ 1997, 7871) y 17 febrero 2005 (RJ 2005, 1679) en las que se declara que "los daños y perjuicios, a cuya indemnización obliga todo incumplimiento contractual culpable, son no solamente los materiales o económicos (daño emergente y lucro cesante) sino también los daños morales que directamente se deriven de aquél, siempre que unos y otros (o ambos) aparezcan debidamente probados". Desde esta última consideración de manera constante el TS, Sala 1ª, declara que para condenar a un posible resarcimiento de daños y perjuicios debe probarse su existencia y que dicha prueba incumbe al demandante (art. 217 de la LECiv), resultando necesario que la relación de causalidad entre la actividad y el daño que se genera se encuentre totalmente concretada y, asimismo, que dicha causa vincule el daño producido con la voluntad de su autor, excluyendo de este modo otras posibles causas que eliminan la obligación de indemnizar. Así, STS 13 julio 2010 (RJ 2010, 6038) declara que "la prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva y que ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades".

24 En este sentido como tuve ocasión de apuntar, la jurisprudencia del TS, aunque partiendo del principio del no resarcimiento del daño moral causado por hecho ilícito (cfr. SSTS 6 diciembre 1882 -Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil, diciembre de 1882, pp. 328-332- y 11 marzo 1889 -Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil, marzo de 1889, pp. 220-226-) optó, a partir de la Sentencia 6 diciembre 1912 (Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil, diciembre de 1912, pp. 582-606), por una posición favorable a la reparación económica, disponiendo en el caso indicado una cuantiosa indemnización a un joven por razón de las ofensas inferidas a su honor en virtud de la publicación en un periódico de determinadas noticias falsas. Este criterio se ha mantenido en numerosas sentencias posteriores, si bien la concepción del TS ha ido evolucionando y así, mientras que la STS 28 febrero 1959 (RA 1959, 58), aún se refiere a un "resarcimiento imposible de lograr íntegramente, que debe ser indemnizado discrecionalmente como compensación por los sufrimientos del perjudicado", la STS 25 junio 1984 (RJ 1984, 580) alude, como mención de destacada novedad al "acervo extrapatrimonial o de la personalidad".

III. LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL Y SU PROYECCIÓN APLICATIVA

Ciertamente, en el esquema de la responsabilidad civil el daño o perjuicio es, junto con la acción u omisión culpable o negligente y el nexo de causalidad, uno de los requisitos imprescindibles para que surja la obligación de resarcir a la que se refiere el artículo 1902 del Código Civil[25]. De manera contundente es posible concluir que sin daño no hay posibilidad alguna de acordar un resarcimiento.

Por consiguiente, los presupuestos esenciales que determinan la existencia de obligación indemnizatoria a favor del sujeto que ha padecido la lesión o perjuicio son los siguientes.

1º. Existencia de daño o perjuicio. En relación con este requisito debe señalarse que el daño debe ser cierto, verdadero e indubitable. En definitiva, "los daños han de ser probados en su existencia y en su conexión causal"[26]. Por otra parte el perjuicio debe ser real y efectivo. En todo caso, la cuestión más dificultosa que se plantea en este ámbito no es la de su indicación sino la de acreditación de su existencia[27], si bien la doctrina resulta terminante al tiempo de señalar que el órgano jurisdiccional competente para determinar la existencia de un daño moral es el Juzgado de Primera Instancia[28].

2º. Concurrencia de dolo o culpa o relación causa-efecto entre el daño y la voluntad del actor. En el clásico planteamiento de la responsabilidad civil la culpa o negligencia asume una relevancia esencial (art. 1902 del CC)[29], si bien no cabe desconocer al respecto el auge que la responsabilidad civil objetiva empezó a tener en la consideración de la Sala 1ª del TS ya en la década de los años noventa del siglo pasado, y que se ha recogido tanto en la legislación como en la jurisprudencia desplazando el criterio anterior de que no hay responsabilidad sin culpa[30].

3º. Nexo de causalidad entre el hecho lesivo y la consecuencia dañosa. Para que exista obligación de reparar un daño se requiere que exista una relación de causalidad entre la acción supuestamente lesiva y el resultado dañoso. A los efectos de determinar este nexo y, consiguientemente, al sujeto causante del daño, la jurisprudencia ha aplicado diversos criterios. Así: debe determinarse la causa eficiente o decisiva, esto es, resulta necesario que el resultado sea

25 Cfr. Vicente Domingo E.: "Lecciones de responsabilidad civil", *El daño*, Pamplona, 2013, p. 81.

26 STS 2 marzo 2006 (RJ 2006, 919).

27 Así, STS 30 junio 1999 (RJ 1999, 5726) plantea el problema de la dificultad probatoria del daño moral, declarando incuso que éste "no surge de manera automática".

28 Cfr., entre otras muchas, STS 12 julio 1999 (RJ 1999, 4770).

29 Navarro Mendizábal, I. y Veiga Copo, A.B.: *Derecho de Daños*, Navarra, 2013, p. 270.

30 Cfr. STS 12 febrero 1998 (RJ 1998, 943).

consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad[31]; resulta irrelevante la jerarquía de la causa, siendo suficiente con que si el efecto inmediato se produce como consecuencia de una conducta, que éste sea efecto o consecuencia de la acción de otra persona que puso el primer elemento en el encadenamiento de sucesos[32]; la relación causal se interrumpe con la intervención de terceros que introduzcan la duda sobre quien fue el causante del daño[33]; la causa debe probarse y o puede fundarse en meras conjeturas[34].

IV. LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL

1. Previsión general: la norma del artículo 1902 del Código Civil

Al tiempo de cuantificar el daño moral, ciertamente, en algunos supuestos "la indemnización del año moral será puramente compensatoria del sufrimiento espiritual sin embargo, en otras ocasiones, se estarán aplicando criterios punitivos o, simplemente, se emplearán mecanismos complementarios para corregir indemnizaciones por daño patrimonial un tanto escuálidas, también en las que no se ha colmado la prueba de alguna de las partidas indemnizatorias –a menudo, el lucro cesante- o si, a criterio del Juez, el dañado "merece" una mayor suma indemnizatoria"[35]. Y aunque la norma general aplicada para la reparación de los daños morales en la responsabilidad extracontractual es el artículo 1902 del Código Civil, también existen otros criterios contenidos en leyes especiales aplicables al tiempo de concretar económicamente el importe de la reparación de dichos daños (así, entre otras, artículo 9.3 LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del honor, intimidad personal y familiar y propia imagen; artículo 66 de la Ley de Patentes; artículo 55 de la Ley de Protección Jurídica del diseño industrial; y artículo 43 de la Ley de Marcas…).

La norma general de la responsabilidad civil extracontractual contenida en el artículo 1902 del Código Civil no contiene listado alguno de derechos o intereses protegidos por la misma, a partir de la que poder vincular la generación de un daño moral con la lesión de determinados intereses no patrimoniales, ni contiene, por otra parte, regla alguna valorativa del daños, razón por la cual tanto doctrina como jurisprudencia convienen en aplicar el criterio del interés contenido en el artículo 1106 del mismo texto legal, que establece que "la indemnización de

31 Como declara la STS 30 noviembre 2001 (RJ 2001, 9919): "La determinación del nexo causal no puede fundarse en conjeturas o posibilidades, y aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente (en casos singulares) un juicio de probabilidad cualificada, este juicio corresponde sentarlo al juzgador de instancia, cuya apreciación sólo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a un criterio de logicidad o buen sentido".

32 Cfr. STS 22 abril 1890 (RJ 1980, 1529).

33 STS 11 marzo 1988 (RJ 1988, 1961).

34 Cfr. SSTS 30 noviembre 2001 (RJ 2001, 9919) y 7 junio 2002 (RJ 2002, 5216).

35 Macías Castillo, A.: "La reparación del daño moral de autor", *El derecho de autor y las nuevas tecnologías: reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual,* Madrid, 2008, pp. 289-290.

daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes". Tal previsión es aplicable tanto al daño patrimonial como al daño moral. Por consiguiente, no existiendo criterios legales de valoración de los señalados perjuicios que, atendido su carácter extrapatrimonial, tampoco admiten una valoración fundada en el recurso a criterios de cuantificación objetivos, dicha valoración queda, en todo caso, reservada a la discrecionalidad judicial. No obstante lo cual, cabe localizar un conjunto de criterios a los que el propio órgano judicial suele recurrir a los efectos de valoración de esta clase de daños, de entre los que destacan la consideración de las circunstancias del supuesto, de la gravedad de la lesión, de la gravedad de la culpa concurrente en el causante del daño, de las circunstancias personales del perjudicado, teles como la edad, el sexo, y su condición familiar o social, entre otros[36]. Por otra parte, también la jurisprudencia ha elaborado una serie de criterios que agilizan la tarea del juzgador en la cuantificación de la indemnización por daños morales, a los que seguidamente me refiero.

2. Reglas para la cuantificación del daño moral

Como he apuntado, en la jurisprudencia se vienen aplicando determinadas reglas de cuantificación del daño moral, de aplicación no excluyente ni taxativa, que facilitan al órgano jurisdiccional el cálculo de la indemnización que por el perjudicado o lesionado se interese. De entre ellas las más usualmente aplicadas son las siguientes.

1º. La denominada aplicación analógica del baremo de accidentes de circulación para cuantificar el padecimiento moral. Una de las reglas usuales entre los juzgadores a los efectos de cuantificar el daño moral es la aplicación por analogía del baremo por accidentes de circulación a los supuestos en los que el daño presenta otra etiología diversa. A tales efectos, los tribunales consideran las tablas del baremo para accidentes de circulación como criterio orientativo aplicable a otros supuestos[37]. Como tiene declarado la STC 3 noviembre 2014[38], el Tribunal Supremo acude de manera constante al baremo de los accidentes de circulación para cuantificar lesiones producidas en supuestos que se escapan de su ámbito de aplicación. Sin duda, el baremo en determinadas circunstancias permite a los operadores jurídicos diferenciar por conceptos el *quantum* indemnizatorio, si bien en sentido estricto la ahora considerada no se trate de una aplicación analógica, toda vez que para su utilización no concurren los requisitos del artículo 4.1 del

36 Cfr. Naveira Zarra, N.: "La valoración del daño resarcible", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7, A Coruña, 2003, p. 613.

37 Cfr., por todas, SSTS 14 junio 2007 (RJ 2007, 3518) y AP A Coruña 9 junio 2014 (JUR 2014/, 66622).

38 RTC 2014/178.

Código Civil y tampoco se trata en ningún caso de una aplicación de carácter obligatorio sino meramente orientativa y facultativa para el juez[39].

2º. La vinculación del daño material al daño moral. Según este criterio de cuantificación la regla, aplicable en la hipótesis de concurrencia entre daños materiales y morales, consiste en vincular el daño moral al material, de tal manera que entre ambos se establezca una relación cuantitativa[40]. En nuestra jurisprudencia esta opción únicamente resulta asimilable cuando se aplica el antiguo factor corrector de las tablas del vigente TRLRCSCVM, que amplía la indemnización por daños y perjuicios cuando se produce un accidente de circulación con vehículos a motor en una cuantía determinada por daños morales y que integra los llamados como daños materiales.

3º. El establecimiento de cifras discrecionales. En el ámbito de este criterio cuantificador el juez dispone a tanto alzado de una suma discrecionalmente acordada, en aquellos supuestos en los que el montante de la indemnización resulta fijado en la petición que se contiene en la demanda. Sin duda, se trata de una regla netamente subjetiva pero, tal y como indica el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 junio 2011[41], con precisa referencia a la de 6 julio 2010[42], "el daño moral por su carácter afectivo y de *pretium doloris*, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo por lo que deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso".

4º. El recurso a la equidad. En este ámbito se localizan numerosas sentencias que justifican que sea el propio juzgador quien establezca la indemnización ante la ausencia de criterios concretos para el cálculo del daño moral[43], si bien lo aconsejable es que el juez combine esta posible opción con alguna de las precedentemente señaladas a los afectos de que su decisión resulte mejor y más sólidamente fundada.

39 STS 20 diciembre 2006 (RJ 2007, 439).

40 Cfr. Ortega González Mohíno, J.: "La problemática de la cuantificación del daño moral", *Blog digital LegalToday.com*, 29 de diciembre de 2015, y Valmaña Cabanes, A.: "Las dificultades (superables) de probar y cuantificar los daños morales", *Blog digital ElDerecho.com*, 29 diciembre 2015.

41 RJ 2011, 5377.

42 RJ 2010, 6054.

43 Cfr., por todas, STS 18 junio 2001 (RJ 2001, 4344).

3. El sistema de valoración de daños personales en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor: los factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte. La Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación

La Ley 21/2007, de 11 de julio, por la que se modifica el TRLRCSCVM, aprobado por el RD Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, dispone en su anexo de un baremo que fija las cantidades a indemnizar a la víctima de un accidente de tráfico, que surgió con vocación de integrar toda la casuística indemnizable por un accidente de tráfico. En dicho sistema únicamente se localiza una mención a los daños morales en dos ocasiones: por una parte, en el seno de las indemnizaciones por muerte de la víctima cuando las tablas I y II recogen en las indemnizaciones básicas "los daños morales, los patrimoniales básicos y la determinación legal de los perjudicados"[44]; y, por otra parte, ya en las tablas III y IV correspondientes a los factores de corrección en caso de lesiones permanentes (secuelas), engloba la normativa por daños morales complementario, aquéllos que se indemnizan cuando una sola secuela excede de 75 puntos (hemiplejia, paraplejia, ceguera total…), y también en esta tabla se otorga indemnización por daños morales a los familiares que tengan que hacerse cargo de la víctima al no poder ésta realizar las actividades propias de la vida cotidiana[45].

Pues bien, la regulación relativa a la responsabilidad por accidentes de vehículos a motor y la indemnización del daño moral derivado de los mismos resulta modificada con las recientes reformas operadas por la LO 10/1995, de 23 de noviembre de modificación del Código Penal, y la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Por cuanto se refiere a los daños morales la Ley 35/2015 los encuadra en el ámbito del perjuicio personal particular que se refiere a la indemnización por lesiones permanentes, comúnmente denominadas como "secuelas", en el seno de una clasificación extensa y pormenorizada. Y a diferencia de los perjuicios personales básicos (secuelas funcionales o estéticas) los perjuicios particulares (daño moral) no resultan iguales para todas las víctimas por los que precisan de una mayor individualización[46].

44 Por consiguiente, no se contiene una verdadera partida de daños morales, sino que en el ámbito del *quantum* indemnizatorio que se concede a los perjudicados por el fallecimiento de la víctima se engloba el daño moral.

45 Cfr. STS 20 abril 2009 (RJ 2009, 4139).

46 Así, la norma diferencia entre daños morales complementarios por perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial, daños morales complementarios por perjuicio estético, perjuicio por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas, perjuicio moral por pérdida de calidad de vida de familiares de grandes lesionados, pérdida de feto a consecuencia del accidente y perjuicio excepcional que se aplicará en virtud de determinados criterios de

4. La presunción de daño moral en el artículo 9.3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen

Sabido es que el honor, la intimidad, personal y familiar, y la propia imagen, constituyen derechos fundamentales, constitucionalmente consagrados (art. 18 CE) y desarrollados por la LO 1/1982, de 5 de mayo, que garantiza su protección civil[47] y de cuyo articulado merece ahora destacarse la inclusión de concretos criterios valorativos en orden a la cuantificación del daño moral.

En efecto, con evidente propósito de posibilitar su cuantificación indemnizatoria, en su artículo 9.3 se recogen una serie de pautas[48] por las que se declara que el daño moral "se valorará atendiendo a las circunstancias del caso[49] y a la gravedad de la lesión efectivamente producida[50], para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma[51]"[52] .

proporcionalidad y engloba perjuicios que no se hayan tenido en cuenta en el resto de las partidas siendo los tribunales quienes interpreten y determinen las pautas a seguir a tal efecto. Con precisa referencia a la pérdida de la calidad de vida ocasionada por secuelas, puede consultarse Domínguez Martínez, P. y Parra Membrilla, L.: "El nuevo perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por secuelas tras la reforma operada por la Ley 35/2015", *Revista CESCO* (Centro de Estudios de Consumo), 18 enero 2018.

47 Que decaerá cuando el hecho dañoso integre un tipo penal por ser constitutivo de delito, al ser de preferente aplicación la protección penal, lo que implica la realización de una previa calificación de la conducta del agente para determinar la existencia de delito, todo lo cual conlleva, a contrario sensu, a considerar que cuando no hay delito el órgano jurisdiccional ante el que se debe ejercitar la acción es el tribunal civil (cfr. STS, Sala 1.ª, 23 marzo 1987 –RJ 1987, 1716- Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Fernández Martín-Granizo).

48 Cfr., al respecto, Macías Castillo, A.: "El precio de la intimidad (reflexiones en torno a la cuantificación del daño moral en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982)", *Estudio de Derecho de Obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez,* Vol. 2, Madrid, 2006, pp. 191-211.

49 En este sentido se deberá contrastar el resultado dañoso provocado por la intromisión e integrarlo con el modo en que se ha producido dicha injerencia y sus consecuencias dañosas. En este sentido los tribunales aplican criterios como el empleo de expresiones vejatorias o denigrantes por parte de la persona que causa la lesión, la ausencia de interés público de la información o la finalidad de ésta, a la hora de modular la indemnización del particular lesionado, siendo abundante la jurisprudencia del TS en lo atinente al conflicto de prevalencia entre el derecho a la información y el de a la intimidad y resultando usual acudir al criterio de las "circunstancias del caso" para determinar cuál de los dos derechos indicados debe primar al tiempo de establecer si existe una lesión moral (cfr. STS 21 noviembre 2008 –RJ 2009, 142-).

50 Con relación a este criterio suele resultar habitual que a mayor difusión de lo íntimo más daño se producirá en la esfera del titular de este derecho fundamental, si bien también resulta frecuente que una difusión menor pero cualificada resulte singularmente dañosa (STS 9 febrero 2012 –RJ 2012, 4628-, en la que se condena a un periodista por publicar unas afirmaciones de gravedad extrema contra un partido político en dos periódicos de tirada nacional, resultando que el TS concede más relevancia al criterio de gravedad de la lesión producida de entre los recogidos en el art. 9.3 de la LO 1/1982 al tiempo de ponderar la indemnización por daños morales).

51 Ciertamente una mayor audiencia o difusión implica también un mayor beneficio económico para el agente causante del daño (STS 25 septiembre 2014 –RJ 2014, 5319-). Y así, criterios como la franja horaria de emisión de la información, el número de veces que se repitieron los contenidos intromisorios, el carácter especializado de la publicación o las sucesivas decisiones resultarán determinantes a la hora de conocer el beneficio que haya obtenido la persona que se ha lucrado de esa intromisión ilegítima en los derechos fundamentales del particular.

52 De tal manera que "cuando tales pautas no hayan sido tenidas en cuenta por la sentencia recurrida o lo hayan sido de manera arbitraria, inadecuada o irracional, puede ser revisada en vía casacional con carácter excepcional la fijación del *quantum* indemnizatorio hecha por el Tribunal de apelación" (cfr. STS, Sala 1.ª, 21 marzo 1997 –RJ 1997, 2188-. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda, y las que ésta cita). En parecidos términos se manifiesta la STS, Sala 1.ª, 27 marzo 1998 (RJ 1998, 2192). Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

De la norma antedicha se deduce la concurrencia de un doble orden de criterios valorativos del daño moral, catalogables atendiendo a su naturaleza subjetiva u objetiva. Así, entre los primeros, de carácter subjetivo, cabría incluir el grado de culpabilidad del causante del daño, la reputación del difamado, la consideración de sus circunstancias personales, como su edad, sexo o condición, así como el medio empleado en su difusión (prensa, radio, televisión u otro) y tal vez, en conexión con esto último, la circunstancia de si el demandado ha propiciado o no los medios necesarios para contrarrestarla[53].

Por cuanto se refiere a la veracidad de lo que constituye el núcleo de la información, es doctrina común entender que «este requisito hay que interpretarlo a la luz de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, cuando habla de que la información rectamente obtenida ha de ser protegida, aunque resulte inexacta, con tal de que se haya observado el deber de comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente»[54]. Respecto de los criterios de valoración objetivos, conviene ponderar el beneficio patrimonial que el daño ocasionado haya podido generar en el autor de la intromisión, determinante de un enriquecimiento injusto que el causante del daño necesariamente deberá reembolsar.

Partiendo de cuando antecede, resultan abundantísimos los pronunciamientos judiciales que reconocen la existencia de daño moral en determinados comportamientos contra el honor, la intimidad y la propia imagen. Así, en los supuestos de información carente de veracidad[55], expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias para las personas[56] o que resulten innecesarias para el adecuado ejercicio del derecho a la información o de la libertad de expresión[57] y, con carácter general, en cualquier supuesto susceptible de ser calificado de «intromisión ilegítima», según la tipología consagrada por la propia LO 1/1982[58].

53 En este ámbito, STS, Sala 1ª, 14 abril 2000 (RJ 2000, 2565). Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán, que se encarga de precisar que "por consustancial que sean al género satírico tanto la ridiculización del personaje y el tono jocoso o burlón como la brevedad y rotundidad del mensaje, dicho género no puede quedar por completo al margen de la protección que merezca el honor del personaje objeto de burla o, dicho de otra forma, el acudir a ese género no borra ni elimina los límites que impone la protección del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

54 De manera que "una información se puede estimar como veraz cuando concurran las siguientes circunstancias: a) que haya sido rectamente obtenida, y b) que, con profesionalidad, se hayan realizado las oportunas averiguaciones. Todo ello, cualquiera que fuese su resultado" (STS, Sala 1.ª, 5 febrero 1998 –RJ 1998, 405-. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

55 Cfr. SSTS, Sala 1.ª, 20 diciembre 1993 (Ref. Colex: 93C12086). Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales, y 24 septiembre 1998 (Ref. Colex: 98C1709). Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

56 Cfr. STS, Sala 1.ª, 31 julio 1992 (Ref. Colex: 92C796). Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales, y las que ésta cita.

57 SSTS, Sala 1.ª, 24 julio 1993 (Ref. Colex: 93C651). Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales, y 26 julio 1995 (Ref. Colex: 95C765). Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

58 Cfr. STS, Sala 1.ª, 17 octubre 1996 (Ref. Colex: 96C1632). Ponente: Excmo. Sr. D. Burgos y Pérez de Andrade.

Ahora bien, por lo que se refiere a la traducción económica que respecto de los indicados comportamientos lesivos nos ofrece nuestra doctrina jurisprudencial, habida cuenta de la tantas veces invocada discrecionalidad imperante, cualquier intento de sistematización está abocado al fracaso. Al respecto me limito a apuntar, como botón de muestra, un tristemente conocido ejemplo: la situación desencadenada por la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, 5 mayo 2000[59] de la que, a lo que ahora nos interesa y sin desconocer la polémica suscitada a su amparo por el ostensible enfrentamiento mantenido entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, conviene destacar la tan divergente cuantificación del daño moral valorado por ambos órganos[60].

5. La reparación del daño moral causado a los autores en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia

El Texto Refundido de la LPI recoge de manera concreta y exhaustiva la reparación de los daños morales causados a los autores que corresponderán únicamente a quien sea autor o creador de una obra y padezca su agresión en su derecho moral de autor[61]. Así, los derechos del autor o creador de la obra se presentan tasados en el artículo 14 de la norma, pudiéndose concluir del contenido de su regulación que el daño moral admite ser reparado de manera individualizada. En todo caso, el demandante que reclama un daño moral en

59 STC (2.ª) 115/2000, 5 mayo (RTC 115/2000).

60 La STC 115/2000, 5 mayo (RTC 115/2000), declaró que la publicación por el semanario "Lecturas", en fecha 23 de junio de 1998, de unas manifestaciones emitidas por una antigua empleada de hogar de doña Isabel Preysler sobre aspectos referidos a esta última (tales como "los granos que le salen en la cara con frecuencia", o que "lleva una determinada agenda de piel de cocodrilo", referencia a ciertas molestias dermatológicas, o a los efectos negativos de un embarazo sobre su belleza, sus hábitos de lectura, vestuario, incluyendo ciertas prendas que utilizaba en su intimidad, estado de sus relaciones con sus anteriores parejas...), infringía el derecho de la precitada a la intimidad personal y familiar. En consecuencia, el TC anuló la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) 31 diciembre 1996 (ROJ: STS 7680/1996. ECLI:ES:TS:1996:7680 núm. Recurso: 3258/1992. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros), desestimatoria de las pretensiones de la actora, devolviendo la causa al TS, a fin de que se restableciera el derecho lesionado. En cumplimiento de dicho mandato, el TS se limitó a reponer el interés agredido tan sólo formalmente y, así, en Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) 20 junio 2000, se determinó una indemnización simbólica y de cuantía prácticamente insignificante (150 €), determinante de una segunda demanda de amparo. La STC (Sala 2.ª) 186/2001, 17 septiembre, estimó el recurso de amparo contra la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) 20 junio 2000, reconociendo vulnerado el derecho a la intimidad personal y familiar de la actora, habida cuenta de la insuficiente motivación y simbólica indemnización por daño moral, *ex* art. 9.3 de la L.O 1/1982, por lo que anuló la sentencia del Tribunal Supremo recurrida en amparo, procediendo a reponer directamente la indemnización establecida en la sentencia de apelación, SAP de Barcelona (Sección 11.ª) 12 enero 1993, por cuantía de 60.133 €, en lugar de reenviar el asunto para su resolución por el TS.

61 En este contexto, entre las resoluciones más significativas sobre la materia, cabe citar STS 17 junio 2008 ("caso Zortziko Maite") (ROJ: STS 4940/2008. ECLI:ES:TS:2008:4940 núm. de Resolución: 683/2008 . Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos) y la de 12 junio 2007 (RJ 2007, 3721) en la que se sanciona la utilización de letras y personajes de Disney por una entidad en la carátula de los videos que se comercializan junto con su logotipo, considerando el TS fundada la probabilidad de que el consumidor incurra en un error acerca del origen empresarial del producto y de que puedan derivarse unos daños materiales si bien, en cuanto a los daños morales, al no resultar probada su existencia por el demandante (The Walt Disney Company) el TS casa en parte la Sentencia de la AP de Madrid en el sentido de excluir la partida p0or daños morales de la indemnización.

el ámbito de la propiedad intelectual deberá acreditar el daño, resultando que únicamente concurrirá daño moral cuando pueda probarse la vulneración de un derecho moral de autor de los que se contienen en el precepto precedentemente citado y siempre que concurran los elementos típicos del daño.

Si bien cabe la reparación en forma específica o *in natura* del daño moral infligido al autor (rectificación pública o difusión de la sentencia condenatoria en los medios de comunicación) la alternativa usualmente escogida por el actor suele ser la de la indemnización por daños y perjuicios, si bien al tiempo de cuantificar los daños morales del autor la propia norma se refiere a una serie de criterios, en todo caso integrantes de conceptos jurídicos indeterminados, que se contienen en su artículo 140 a) y que aluden a las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado de difusión ilícita de la obra.

6. Resarcimiento del daño moral derivado de agresión contra la vida y la integridad física[62]

Igualmente abundantes son las declaraciones jurisprudenciales que reconocen virtualidad indemnizatoria a los daños morales derivados de agresiones contra la vida y la integridad corporal de las personas (ya sean éstas las directamente dañadas o bien tan sólo perjudicadas por daños causados a terceros con los que mantienen especiales vínculos de relación), coincidentes todas ellas en entender que tales hechos dañosos ocasionan siempre desequilibrios personales, familiares, sociales y económicos, no compensables suficientemente en ninguno de los casos[63].

Nuevamente, en este ámbito la cuestión que difícilmente admite sistema es la atinente a la cuantificación económica de dichos daños morales, habitualmente fijados de manera prudencial por el órgano judicial, atendidas las circunstancias del caso y sin sometimiento a criterio objetivo alguno[64] o, en el mejor de los supuestos, con referencia siquiera analógica al baremo indemnizatorio de procedente aplicación según la fecha del hecho dañoso, ya sea éste de carácter no vinculante, como el contenido en la Orden de 5 de marzo de 1991, con sus sucesivas

62 Específicamente, con precisa referencia al perjuicio moral infligido a las víctimas de la violencia de género, cfr. Magro Servet, V.: "El daño moral indemnizable en la violencia de género", *Diario La Ley*, núm. 9015, 2017.

63 Así, entre otras muchas, la STS (Sala 1.ª) 6 junio 1990 (Ref. Colex: 90C729). Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes, por la que, en un supuesto de fallecimiento del padre de familia, se reconoce que la *peculia doloris* debe alcanzar "tanto a la viuda como a los hijos, aunque tuvieran independencia económica", y, entre las Audiencias Provinciales, SAP Barcelona 25 noviembre 1995 (Ref. Colex: 95CP1829). Ponente: Ilmo. Sr. Poch Serrats, que reconoce la existencia de daño moral en un supuesto de actuación negligente de un cirujano, al practicar una intervención con el propósito de corregir determinadas anomalías en los senos de la actora, a fin de mejorar su apariencia estética, o SAP Asturias 28 noviembre 1995 (Ref. Colex: 96CP1857). Ponente: Ilmo. Sr. Martín del Peso, en resolución de un supuesto de defectuosa administración de una terapia de rayos láser y posterior implante de cabello sintético.

64 Así, por ejemplo, en la citada SAP Barcelona 25 noviembre 1995 (Ref. Colex: 95CP1829). Ponente: Ilmo. Sr. Poch Serrats, resulta que "atendiendo a las circunstancias concurrentes de edad de la actora, naturaleza de la secuela, localización íntima de la misma y posibilidad de "disimulación", se considera procedente, prudente y equitativo precisar la sentencia, cuantificando el concepto indemnizatorio en la suma de 1.000.000 de pesetas".

actualizaciones por las correspondientes Resoluciones de la Dirección General de Seguros[65] o, en su caso, con sujeción al sistema de valoración contenido ya en la Ley 30/1995, obligatorio en los supuestos daños ocasionados por accidentes de la circulación y de carácter meramente orientativo en los demás casos.

7. Reparación del perjuicio moral en los delitos contra la libertad sexual

Resulta habitual la práctica jurisprudencial por la que los Tribunales -ordinariamente del orden penal, al resolver en la sentencia penal acerca de la eventual responsabilidad civil dimanante del enjuiciado delito o, en su caso civiles, si es que el ejercicio de la acción de resarcimiento por el daño moral se difiere a un procedimiento de tal orden- valoran la existencia de daño moral como consecuencia de una agresión sexual. La justificación resulta de todo punto evidente y, por ello, entiendo que no requiere de ninguna precisión al respecto[66].

De mayor interés resulta, a mi juicio, destacar los elementos en los que el Tribunal de ordinario se apoya para valorar la existencia de responsabilidad civil en tales conductas tipificadas penalmente y, en su caso, cuantificar económicamente el perjuicio moral. Tales circunstancias suelen ser las siguientes: la edad de la víctima, agravándose la responsabilidad cuando ésta es menor de edad[67]; la relación existente entre la víctima y el agresor, resaltándose la responsabilidad en los supuestos en los que consta acreditada una relación de confianza[68], de responsabilidad[69] o, en todo caso cuando resulta que el agresor se trata de uno de los progenitores[70]; el hecho de que la víctima haya precisado o no de tratamiento psicológico a causa de la lesión padecida, siendo que cuando no concurren secuelas psicológicas demostrables la indemnización es menor[71], en tanto que si se acreditan

65 De necesaria referencia en los supuestos de daño moral derivado de accidente de circulación, como sucede en la SAP Cuenca 25 junio 1996 (Ref. Colex: 96CP1920) Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Vesteiro Pérez), que lo aplica en un supuesto de pérdida de un hijo *non nato* en mujer embarazada, a consecuencia de accidente de circulación. O bien con fundamento en su aplicación analógica en otro caso, como ocurre en la citada SAP Asturias 28 noviembre 1995 (Ref. Colex: 96CP1857). Ponente: Ilmo. Sr. Martín del Peso.

66 En este sentido, con carácter general, la SAP Barcelona (Sección 2.ª) 3 marzo 1999 (ROJ: SAP B 1924/1999. ECLI:ES:APB:1999:1924 núm. Recurso: 711/1997. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eloy Mendaña Prieto) declara que "todo abuso sexual comporta un ataque a la dignidad de la mujer que crea un daño moral".

67 Cfr. SAP Alicante (Sección 1.ª) 4 julio 1998 (ROJ: SAP A 2709/1998. ECLI:ES:APA:1998:2709 núm. de Resolución: 513/1998), SAP Badajoz (Sección 2.ª) 30 diciembre 2000 (ROJ: SAP BA 1682/2000. ECLI:ES:APBA:2000:1682 núm. de Resolución: 286/2000) y STS (Sala de lo Penal) 9 abril 2001 (RJ 2001, 10.289). Ponente: Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio.

68 Cfr. SAP Alicante (Sección 1.ª) 14 julio 1998 (ROJ: SAP A 2896/1998. ECLI:ES:APA:1998:2896 núm. de Resolución: 396/1998. Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Ribes Seva).

69 Derivada, por ejemplo, de la condición de profesor de la víctima que ostenta el acusado (cfr. STS (Sala de lo Penal) 5 abril 1994 (RJ 1994, 2878). Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta).

70 Cfr. SAP Soria (Sección 1.ª) 16 octubre 1995, STS (Sala de lo Penal) 9 de abril 2001 (RJ 2001, 10.289). Ponente: Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio, ya citada, y STS (Sala de lo Penal) 30 noviembre 1998 (RJ 1998, 9683). Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

71 Cfr. SAP Badajoz (Sección 2.ª) 7 diciembre 2000 (ROJ: SAP BA 1543/2000. ECLI:ES:AP BA:2000:1543 núm. de Resolución: 259/2000).

tales secuelas, o se presume su existencia, la indemnización es mayor[72]; la duración en el tiempo de la agresión, siendo mayor la indemnización cuando la víctima ha venido soportando agresiones reiteradas, mientras que en ocasiones puede llegar a ser mínima cuando se trata de un hecho esporádico[73]; la jurisprudencia concurrente en supuestos análogos con el enjuiciado, específicamente tenida en cuenta al tiempo de cuantificar económicamente los perjuicios[74].

8. Consideración de la reparación del daño moral causado a las personas jurídicas

La cuestión de la concreción del daño moral ocasionado a una persona jurídica integra una de las materias más controvertidas en el ámbito de la responsabilidad civil. Ello es así por entender un amplio sector de opinión, doctrinal y jurisprudencial, que únicamente las personas físicas gozan realmente de un patrimonio moral, por lo que la dimensión del daño moral adquiere un claro sentido personalista, en modo alguno predicable de ningún ente moral jurídicamente protegido[75].

No obstante lo antedicho, nuestro Tribunal Supremo ha venido manifestando una acusada tendencia a considerar la categoría del daño moral con criterios notoriamente extensivos, haciéndola aplicable en la mayoría de los supuestos a las personas jurídicas, resultando que en punto a su cuantificación ésta padece los condicionamientos ya conocidos, derivados del principio de discrecionalidad judicial que impera en este ámbito, si bien con la característica, común en prácticamente la totalidad de los pronunciamientos, de incluir en la indemnización por lo que se dice son daños morales ciertas cantidades que más bien se corresponden con diversificados menoscabos patrimoniales sufridos por las empresas o sociedades «moralmente» dañadas[76].

72 Cfr. STS (Sala de lo Penal) 9 abril 2001 (RJ 2001, 10.289). Ponente: Excmo. Sr. D. José Aparicio Calvo-Rubio, ya citada.

73 Cfr. STS (Sala de lo Penal) 30 noviembre 1998 (RJ 1998, 9683). Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

74 Cfr. la SAP Alicante (Sección 1.ª) 14 julio 1998 (ROJ: SAP A 2896/1998. ECLI:ES:APA:1998:2896 núm. de Resolución: 396/1998. Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Ribes Seva), ya citada, en la que se declara que "en materia de responsabilidad civil, y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 110 y 113 CP, no cabe la menor duda de que ... el problema surge a la hora de su cuantificación. En esta materia, el Tribunal ciertamente no puede cuantificar ni valorar el perjuicio moral causado a la menor o a sus padres por la conducta del acusado, sino sólo paliar y transformar aquel pesar, desagrado, dolor y repulsa por su comportamiento en una cantidad económica que debe tener en cuenta las circunstancias del caso; entre las que debe primar la edad de la menor y transcendencia psicológica que para el desenvolvimiento y desarrollo de su personalidad pudo tener los hechos de autos, lo solicitado por las acusaciones pública y particular, y lo acordado por los Tribunales en supuestos semejantes, y en tal efecto se considera que la cantidad de 1.500.000 ptas., puede considerarse ajustada al conjunto de tales factores; de ahí que proceda su adopción".

75 Con precisa referencia al derecho al honor, como atributo exclusivamente predicable de la persona individual, cfr. por todas, la STS (Sala 1.ª) 9 diciembre 1993 (Ref. Colex: 93C988). Ponente: Excmo. Sr. Casares Córdoba.

76 En este sentido la STS (Sala 1.ª) 21 mayo 1991 (Ref. Colex: 97C1069). Ponente: Excmo. Sr. D. Alonso Villagómez Rodil, declara que, si bien el derecho al honor tiene en la CE (art. 18) un significado personalista, como inherente a la dignidad humana, "ello no excluye la extensión de su protección y garantía a las personas jurídicas respecto a los ataques injustificados que afecten a un prestigio profesional y social, que conformen integración de su patrimonio moral, con repercusión en el patrimonial, por sus resultados negativos, y así puede traducirse en una pérdida de confianza de la clientela, de proveedores y concurrentes comerciales o de rechazo o minoración en el mercado de forma general, y todo ello como consecuencia de que las personas jurídicas también ostentan

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Vigaray, R.: "La responsabilidad por daño moral", *Anuario de Derecho Civil,* 1966.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Derecho de Daños*, Madrid, 1999.

Domínguez López, E.: "El daño moral. Intento de concretización del concepto", *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7, 2003.

Domínguez Martínez, P. y Parra Membrilla, L.: "El nuevo perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por secuelas tras la reforma operada por la Ley 35/2015", *Revista CESCO (Centro de Estudios de Consumo*), 18 enero 2018.

Gómez Pómar, F.: "Daño moral", *Indret.com*, núm. 1/2000.

Maciá Gomezi, R.: "La dualidad del daño patrimonial y del daño moral", *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro,* núm. 36, 2010.

Macías Castillo, A.: "El precio de la intimidad (reflexiones en torno a la cuantificación del daño moral en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982)", *Estudio de Derecho de Obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Vol. 2, Madrid, 2006.

- "La reparación del daño moral de autor", *El derecho de autor y las nuevas tecnologías: reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 2008.

Magro Servet, V.: "El daño moral indemnizable en la violencia de género", *Diario La Ley*, núm. 9015, 2017.

derechos de titularidad al honor, con protección constitucional, pues no se puede prescindir totalmente del mismo, en su versión de prestigio y reputación profesional, necesarios para el desarrollo de sus objetivos sociales y cumplimiento de los fines para los que fueron constituidas ...". Posteriormente, la STS (Sala 1.ª) 20 febrero 2002, bajo el genérico e impreciso concepto de daños morales, acuerda la indemnización de lo que no son sino pérdidas patrimoniales de determinadas sociedades mercantiles, con fundamento en los hechos siguientes: la revista "Actualidad Económica", en la publicación correspondiente a su primera quincena de enero de 1990, y dentro de la sección titulada "Los Negocios", difundió la noticia de que la empresa norteamericana "Federal Express", en expresión de la sentencia "coloso americano del transporte urgente de mercancías", mantenía negociaciones con la mercantil nacional "Aerpons", dedicada al transporte, con el propósito de adquirir esta última. La noticia se acompañaba de una ilustración en la que aparecía un águila calva, símbolo de la citada empresa americana, con las alas abiertas y agarrando el logotipo de la mercantil española. La información resultó ser falsa, calificándose de negligente el proceder de la revista demandada, por haber desplegado una insuficiente actividad en orden a su comprobación, pues tan sólo se había realizado una simple consulta a un empleado de la empresa española, carente de facultades y de datos como para poder confirmar eficazmente la noticia, sin que en ningún momento se hubiera intentado la verificación de la misma por parte de la empresa americana.

Navarro Mendizábal, I. y Veiga Copo, A.B.: *Derecho de Daños*, Navarra, 2013.

Naveira Zarra, M.: "La valoración del daño resarcible", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7, A Coruña, 2003.

Ortega González Mohíno, J.: "La problemática de la cuantificación del daño moral", *Blog digital LegalToday.com*, 29 de diciembre de 2015.

Roca Trías, E.: *Derecho de Daños.* Textos y materiales, 2ª ed.,Valencia, 1998.

Solé Feliu J.: "El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español", *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, febrero 2009.

Valmaña Cabanes, A.: "Las dificultades (superables) de probar y cuantificar los daños morales", *Blog digital ElDerecho.com*, 29 diciembre 2015.

Vicente Domingo, E.: *Tratado de responsabilidad civil*, (coord. por L. F. Reglero Campos), Pamplona, 2002.

- "Lecciones de responsabilidad civil", *El daño*, Pamplona, 2013.

LA SOLIDARIDAD FORZADA DE LOS REGÍMENES DISOCIATIVOS EN LOS SUPUESTOS DE CRISIS CONYUGAL

THE MANDATORY SOLIDARITY OF SEPARATE MARITAL PROPERTY REGIME IN THE CONJUGAL CRISIS CASES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 100-133

Pilar María
ESTELLÉS
PERALTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de junio de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: El artículo aborda el trabajo para la casa como contribución de carácter personal a las cargas del matrimonio y, particularmente, la discutible fundamentación de dicha compensación económica regulada en el artículo 1438 del Código Civil y la controvertida Jurisprudencia del Tribunal Supremo español -sentada en la Sentencia de 14 julio 2011- que olvida la "sobreaportación" de la mujer a la luz de la realidad social española.

PALABRAS CLAVE: Régimen de separación de bienes; cargas familiares; igualdad conyugal; equidad; compensación económica; trabajo para la familia o la casa, dedicación exclusiva al hogar; pérdida de oportunidades profesionales.

ABSTRACT: The article discusses the work for the house as a contribution of personal burdens of marriage and, in particular, debatable foundation of the financial compensation regulated in article 1438 of the Civil Code and the controversial case law of the Spanish Supreme Court -sitting in the leading ruling of July 14th 2011- that forgets the work represented a burden exceeding the share to be bore by that spouse considering the present Spanish social context.

KEY WORDS: Separation of property regime; family responsabilities; marital equality; equity; economic compensation; work for the family or home, full-time dedication to domestic work; missed career opportunities.

SUMARIO.- I. BREVE REFLEXIÓN ACERCA DE LA SOLIDARIDAD DE LOS REGÍMENES DISOCIATIVOS.- II. UN CONTROVERTIDO ITER JURISPRUDENCIAL.- 1. La obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio y el concepto de cargas del matrimonio.- 2 Posibilidad de contribuir a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico.- 3. El trabajo para la casa constituye un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen.- III. FUNDAMENTOS DE LA COMPENSACIÓN DE UN RÉGIMEN DISOCIATIVO.- 1. El desequilibrio patrimonial.- 2. La pérdida de oportunidades.- 3. La "sobreaportación". IV. PRESUPUESTO Y EXCLUSIONES DEL DERECHO A LA COMPENSACIÓN. - 1. La exigencia de exclusividad: ¿carta blanca al enriquecimiento injustificado del cónyuge "doméstico"?- A) Inclusión del trabajo para la empresa familiar.- B) La irrelevancia del empleo de servicio doméstico.- 2. El exceso de aportación y la realidad socio-familiar española.- V. CONCLUSIONES.

I. BREVE REFLEXIÓN ACERCA DE LA SOLIDARIDAD DE LOS REGÍMENES DISOCIATIVOS.

Los sistemas jurídicos económico-matrimoniales vigentes, aun siendo divergentes, convergen hacia un mismo ideal de justicia y dignidad matrimonial que tiende a satisfacer el conjunto de aspiraciones que durante mucho tiempo se consideraron poco compatibles: La igualdad y solidaridad de los esposos tanto en el plano personal como en el patrimonial pese a que en algunos de ellos su consecución es deficiente. Así, estos postulados de equidad y solidaridad conducen a la afirmación de que los sistemas separatistas o sistemas de separación de bienes están en crisis. Por otra parte, la idea de participación asociativa entre cónyuges, que ya comparten vida y destinos, parece empujar hacia la comunidad más o menos plena.

La elección del régimen económico matrimonial tiene unas consecuencias y alcance que deberían invitar a la reflexión de los futuros contrayentes o usuarios. Los factores que intervienen o debieran ponderarse en su elección, son en nuestra opinión: la exigencia del principio de igualdad; la autonomía de los esposos y la agilidad del tráfico; el principio de protección a la familia, el arraigo en las costumbres y de forma determinante, la solidaridad entre cónyuges y su contribución a las cargas del matrimonio. Únicamente los propios interesados pueden apreciar cuál es el régimen que mejor conviene a sus intereses. Mas lo cierto es que a pesar de

• Pilar María Estellés Peralta
Pilar María Estellés Peralta es doctora en Derecho y profesor Agregado Doctor Acreditado de Derecho Civil. Directora del Departamento de Derecho Privado en la Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir". Profesora del Grado en Derecho y del módulo de Derecho Civil y Práctica Procesal Civil del Mater de Abogacía y del Master de Bioética impartidos en la misma universidad. Ha centrado su investigación y la dirección de Trabajos Fin de Grado, Fin de Master y Tesis Doctorales en el ámbito del derecho de familia y la protección de la persona. pm.estelles@ucv.es

estar admitido en nuestro Derecho el principio de libertad capitular, gran parte de los matrimonios que se celebran no concluyen ningún capitulo matrimonial y, por el contrario, se sujetan a los regímenes legales supletorios[1], unas veces de forma consciente y otras muchas por inercia.

Si en la actualidad resulta poco operativo prescindir de la igualdad y la autonomía de los cónyuges en la gestión y dirección de la economía matrimonial, es contrario a las tendencias de futuro optar por un régimen económico matrimonial que no armonice bien con los postulados de la solidaridad.

Es un lugar común que el régimen de separación de bienes, proporciona una cierta tranquilidad a nivel patrimonial. Cada cónyuge conserva su propio patrimonio y lo gestiona con total autonomía. Se trata de un régimen ampliamente recomendado para parejas en las que ambos desarrollan su propia actividad profesional o cuando se pretende salvaguardar la integridad del patrimonio del otro de forma que no se vea afectado por las deudas que haya asumido un esposo en su actividad profesional o empresarial -lo mismo cabe decir, aunque en menor medida, del casi desconocido régimen de participación en las ganancias-.

Así pues, al régimen de separación de bienes, se le atribuyen algunas ventajas como la de dotar de total autonomía a los cónyuges y su gran simplicidad (algunos autores opinan que este régimen no es sino la ausencia de régimen económico)[2]; o la de "alejar el interés y la codicia de los matrimonios"[3], sin embargo, no permite a los cónyuges participar en las ganancias o beneficios obtenidos constante matrimonio. Lo cierto es que el régimen de separación de bienes está impregnado de un sentido individualista que se compagina mal con la esencia del matrimonio –comunidad de vida (y amor)- y con las exigencias del orden familiar[4]. A primera vista parece que el régimen de separación ofrece un trato injusto[5] para el cónyuge

1 Así, Vidal Taquini, C.H.: *Régimen de bienes en el matrimonio*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 9.

2 Savatier, R.: *Le droit, l'amour et la liberté,* Librairie General, París, 1963, p. 194.

3 Garcia Cantero, G.: *Derecho civil español, común y foral,* Tomo V, vol. I, Reus, Madrid, 1987, p. 295.

4 En el mismo sentido, Garcia Cantero, G.: *Derecho civil,* cit., p. 295. Asimismo Renauld, J.: *Droit patrimonial de la famille,* Tomo I, *Regimes matrimoniaux,* Lacier, S.A., Bruxelles, 1971, p. 204 ss. afirma que hoy en día la pura concepción separatista está en crisis al mismo tiempo que se evoluciona hacia formas más participativas y se reconoce de forma unánime que dicho régimen puede ser extremadamente desfavorable e injusto para el cónyuge que carece de fortuna personal y no ejerce una actividad lucrativa propia, al mismo tiempo que precisa que ambos esposos lleven al día una contabilidad minuciosa, lo que no suele producirse normalmente. Asimismo, De Los Mozos, J. L.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo), T. XVIII, vol. 3º, Edersa, Madrid, 1985, p. 6, para quien no cabe duda de que habría chocado no sólo con la tradición jurídica en la que se asienta el Código civil, sino con la propia conciencia social de la mayor parte de los españoles.

5 Comparado con el régimen de separación, el régimen de participación tiene la ventaja de evitar las injusticias ligadas a un régimen de separación. Entre los cónyuges casados en régimen de participación existe una vinculación más fuerte que en el supuesto de una completa separación de bienes. Además, el régimen de participación en las ganancias concretiza tan bien como los de comunidad el espíritu de asociación que es esencial a la solidaridad del matrimonio y la familia que surge de éste, pese a la gestión separada que normalmente favorece una concepción individualista. Es, además, un régimen muy útil para los esposos que desean conservar la independencia patrimonial sin acudir a la separación pura y simple. Por ello, entendemos que el régimen de participación es un régimen asociativo en cuanto que los cónyuges comparten las ganancias habidas en el matrimonio, pero disociativo en cuanto que los poderes de gestión y disposición recaen en

que, careciendo de fortuna inicial, haya colaborado de algún modo en el desarrollo e incremento de los recursos del otro, lo que es inevitable cuando se ha producido una larga vida en común, y además sociológicamente frecuente en países como el nuestro, en que gran parte de las esposas atienden mayoritariamente al hogar ya sea exclusivamente o compatibilizándolo con una profesión –la doble jornada laboral– pese a que se está iniciando una tímida modificación de esta tendencia, en crecimiento exponencial, en las generaciones más jóvenes-. Por ello, para ser justo, el régimen de separación requiere una situación de equilibrio entre los patrimonios iniciales de los cónyuges o unas actividades económicas o profesionales que sean equilibradas y permitan que cada uno tenga sus propios ingresos[6], ya que cuando se produce la extinción del régimen, el cónyuge económicamente débil no participa de la prosperidad del matrimonio[7]. La mujer dedicada a sus labores, que colabora con su marido en la ordenación de la economía conyugal –que en este país todavía son muy numerosas-, en el ahorro y en la inversión, y que participa en la producción de la ganancia que se obtiene aun cuando la fuente directa del ingreso de ésta sea el marido, sólo ve reconocido parcialmente su derecho si demanda a su esposo la compensación establecida en el artículo 1438 y se dan los presupuestos para que los tribunales le otorguen la razón. La mujer que se dedica al cuidado de la familia y del hogar y que participa en la producción de la ganancia con el salario de su actividad profesional, no.

Los españoles, mayoritariamente solidarios con el prójimo en situación de necesidad, demandan solidaridad en las relaciones conyugales y familiares además de independencia y agilidad en las relaciones comerciales, y esto último no lo proporciona en plenitud, ninguno de los regímenes regulados en el Código Civil cada uno por sus particulares motivos.

Para garantizar a los componentes de la relación matrimonial una cierta equidad en el reparto de los bienes adquiridos durante la vida común que, además, por regla general, constituyen el único patrimonio de la familia, precisamente porque la familia sigue siendo una unidad de trabajo y esfuerzo común de los esposos[8] se

cada cónyuge dotándolo de gran autonomía respecto a su consorte. Sin embargo, este régimen económico matrimonial apenas es objeto de pacto entre los casados.

6 En el mismo sentido, Serrano-Campuzano-González-Carbajo: *Régimen económico del matrimonio*, Forum, Oviedo, 1996, p. 161.

7 Montes Penades, V. L.: "El régimen de separación de bienes", en AA.VV.: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia,* Tecnos, Madrid, 1984, vol. II, p. 1.920. Asimismo Diez Picazo, L.: *Sistema de Derecho Civil,* vol. IV, Derecho de Familia, Tecnos, Madrid, 2018, p. 217 ss., para quien, además, en el régimen de separación de bienes la falta de toda participación en ganancias hace de peor condición al cónyuge que carece de ingresos propios y que se dedica a la gestión doméstica, que en nuestro país es todavía mayoritariamente la mujer. En mi opinión, ello es precisamente lo que pretendía paliar el régimen de participación en las ganancias, donde a la disolución del mismo se produce una nivelación en las ganancias de los esposos e implica un fortalecimiento de la solidaridad entre cónyuges en el régimen de participación dado que el haber partible no está únicamente compuesto por lo ganado con el esfuerzo común, sino también por los resultados de la adversa o próspera fortuna individual y se compagina perfectamente con la independencia de marido y mujer.

8 Lopez Medel, J.: "Familia y régimen económico matrimonial", *RCDI*, 1880-I, p. 99. A su vez Lete Del Rio, J.M.: "Algunas consideraciones sobre la igualdad conyugal", *RGLJ*, 1976/1, pp. 119-120, destaca que no se trata

justifica la razón de la existencia del artículo 1438 CC en la comunidad de vida y amor que debe ser el matrimonio. ¿Pero cuál es la verdadera finalidad del precepto? ¿Por qué una vez disuelto el régimen de separación de bienes puede instarse una reclamación en concepto de compensación por trabajo doméstico además del pago de la pensión compensatoria en un régimen disociativo libremente pactado? ¿Supone el artículo 1348 CC un remedio para compensar los desvelos del cónyuge que se dedica a la familia frente a un régimen tan insolidario?[9] ¿Se pretende comunicar por esta vía parte de las ganancias del otro esposo desvirtuando así la esencia de este régimen económico matrimonial? Analicemos estas cuestiones y si su posterior desarrollo jurisprudencial ha alcanzado los objetivos propuestos en el precepto.

II. UN CONTROVERTIDO *ITER* JURISPRUDENCIAL

Una vez más, la deficiente o vaga redacción de los preceptos legales genera incertidumbre y controversia tanto a nivel social, de la ciudadanía, como a nivel doctrinal y jurisprudencial. Posteriores sentencias consolidan a día de hoy la opinión que desde 2011 manifestó por vez primera nuestro Tribunal Supremo, acerca de cómo debía entenderse la compensación por el desempeño del trabajo doméstico en relación al controvertido entendimiento del artículo 1438 del Código Civil, respecto de quienes sometan la economía de su matrimonio a las disposiciones del régimen de separación de bienes.

El esperado pronunciamiento del Alto Tribunal de 14 de julio de 2011[10] sobre este asunto, trajo consigo el establecimiento de unos sólidos requisitos que han venido siendo rigurosamente aplicados hasta la actualidad por parte de nuestros jueces y tribunales entre los cuales se encuentran varios puntos que conviene analizar a la luz de la realidad social actual de nuestro país.

La mencionada sentencia de 2011 determinó en su tercer Fundamento de Derecho, que la norma del artículo 1438 CC contiene en realidad tres reglas coordinadas que hay que tener en cuenta de forma conjunta en el momento de decidir en este tipo de asuntos: 1ª Regla: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. 2ª Regla: puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos

únicamente de utilizar a la familia, y en concreto, el régimen económico matrimonial como instrumento de satisfacción y cumplimiento de los intereses individuales de sus miembros, sino de entender la familia como comunidad, sin desconocer por ello el valor de la persona. La familia ha de entenderse como comunidad, esto es, como portadora de un interés propio y superior al de los miembros que la componen, denominado *interés de la familia.* Asimismo, Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español común y foral,* Tomo V, vol. 1°, Reus, Madrid, 1961, p. 24.

9 Diez Picazo, L.: *Sistema*, cit., p. 217 y ss., para quien, además, en el régimen de separación de bienes la falta de toda participación en ganancias hace de peor condición al cónyuge que carece de ingresos propios y que se dedica a la gestión doméstica, que en nuestro país es todavía mayoritariamente la mujer.

10 STS 14 julio 2011 (ROJ STS 4874/2011).

cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad de los artículos 14 y 32 CE. 3ª Regla. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen. Analicemos cada una de ellas:

1. La obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio y el concepto de cargas del matrimonio.

Los esposos, también en los regímenes disociativos -separación de bienes y participación en las ganancias, tienen el deber de deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. El artículo 66 proclama que los cónyuges son iguales en derechos y en deberes y han de observar en su comportamiento el deber que señala el artículo 67 CC de actuar en interés de la familia[11], precepto aplicable a todos los regímenes económico matrimoniales y que significa, entre otras cosas, anteponer el interés familiar al particular de cada esposo; asimismo, el deber de contribuir a las cargas familiares debe ser puesto en relación con los artículo 1318, 1362 y 142, 103 y 68 CC. De esta manera es posible obtener un concepto aproximado de las cargas del matrimonio y de ello deriva que podamos considerar como carga del matrimonio no sólo el sustento, vestido, habitación, asistencia médica, gastos de embarazo y parto de los hijos en cuanto no esté cubiertos de otro modo y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia[12]; sino también, todas aquellas tareas domésticas de intendencia, limpieza y cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes de la pareja matrimonial, bien se realicen personalmente por los cónyuges, bien se contrate para ello a terceras personas[13].

La aplicación de las reglas del llamado régimen económico matrimonial primario, limita la autonomía patrimonial de cada cónyuge, en cuanto le obligan

11 En el mismo sentido, Serrano, E., et al.: *Régimen económico*, cit., p. 161.

12 Vid. Montés Penadés, V. L.: "Comentario a los artículos 1435 a 1444 CC", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría general Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, Tomo II, p. 864.

13 En cambio, otros gastos son más difícilmente encuadrables dentro de las cargas del matrimonio. Así opina Gutiérrez Santiago, P.: "Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el artículo 1438 del Código Civil español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, diciembre 2015, núm. 3, p. 63, para quien tratándose como aquí se trata especialmente del régimen de separación de bienes, se le antoja problemático a la autora, entender a priori incluidos determinados gastos puramente particulares de cada cónyuge que, lejos de sufragar sus necesidades personales (atenciones médicas, por ejemplo), sirven a la satisfacción de sus apetencias "superfluas", más o menos suntuarias o extraordinarias, y no responden al "sostenimiento de la familia", vid., STS 31 mayo 2006 (ROJ STS 3331/2006): v. gr., ciertos cuidados corporales y de adorno como los "tratamientos de belleza y relajación" que menciona la atinada SAP Valladolid 6 abril 2015 (ROJ SAP VA 370/2015), cirugías estéticas..., vacaciones y viajes de placer exclusivos de un cónyuge, diversiones individuales (v.gr. cenas en restaurantes caros con amigos suyos, entradas de teatro y ópera), etc.

a contribuir con sus bienes al levantamiento de las cargas del matrimonio y le imponen responder con sus bienes de los actos realizados por su consorte encaminados a la atención de las necesidades ordinarias de la familia (artículo 1319 CC), y con este fin quedan sujetos tales bienes y a su vez, limitan sus poderes de disposición sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia. Y tanto da estar sometido al régimen de la sociedad legal de gananciales como al régimen de separación de bienes o de participación en las ganancias, a todos a los casados les son igualmente de aplicación forzosa o imperativa las normas del régimen primario entre las que cabe destacar la contenida en el artículo 1318. En síntesis, los regímenes disociativos no eximen a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, sujetando a esta finalidad los bienes -privativos- de los cónyuges[14], antes al contrario, el primer inciso del artículo 1438 lo enuncia expresamente para el régimen de separación de bienes: "Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos"[15].

Pese a su específica regulación, la extensión y las posibles formas de cumplimiento de esta obligación de contribuir a las cargas del matrimonio del artículo 1438 CC, no queda suficientemente aclarada, pero sí que podrán ser objeto de pacto entre los esposos quienes podrán decidir con libertad el reparto de dichas cargas entre sí, incluso liberando a uno de ellos[16]. A falta de pacto, lo cual será más frecuente de lo deseable[17], el Código Civil nos ofrece la solución: contribución de ambos cónyuges. El reparto de las cargas no se realizará, sin embargo, por partes iguales sino proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos, expresión que comprende tanto capitales como rentas (del trabajo y capital). Y en esta contribución al sostenimiento de las cargas se introduce no sólo la estrictamente económica sino también su aportación en especie mediante el trabajo para la casa. Si bien, tradicionalmente se ha distinguido entre contribución en metálico y en especie, la forma habitual y lógica de contribuir a las cargas parece ser en metálico mediante la aportación de los fondos necesarios para el sostenimiento de la familia. El costo de la alimentación, vestido, asistencia médica, etc. no puede sufragarse si no es con aportaciones dinerarias de uno o

14 Montes Penadés, V. L.: "El régimen", cit., p. 1.931. Asimismo, Serrano, E.: *Régimen económico*, cit., p. 161.

15 Esta norma es igualmente aplicable por reenvío subsidiario del artículo 1413 al llamado "régimen de participación".

16 Este convenio entre los cónyuges -previo o posterior al matrimonio- será el mecanismo preferente de determinación de tales reglas. El pacto puede darse en capitulaciones o fuera de ellas, lo cual resulta curioso teniendo en cuenta que -salvo en territorios forales donde el régimen de separación de bienes sea de aplicación preferente- los contrayentes sometidos al derecho común deberán pactar este régimen en capitulaciones matrimoniales, incluso en los supuestos del artículo 1435-2° CC. Vid. STS 11 diciembre 2015 (ROJ STS 5216/2015).

17 Montés Penadés, V. L.: *Comentario*, cit., pp. 865 y 866: Téngase en cuenta que el pacto sobre el reparto de las cargas matrimoniales no ha de ser necesariamente capitular y puede establecerse, incluso tácitamente, a través del comportamiento cotidiano.

ambos cónyuges. La contribución a las cargas en especie, por su parte, consiste fundamentalmente en el uso de bienes propios de uno de los cónyuges para satisfacer necesidades familiares tales como la necesidad de vivienda, transporte, etc.[18]. Otra forma de contribución a las cargas del matrimonio en especie es el trabajo para el hogar contemplado en el artículo 1438 y que analizamos en este trabajo. Sin embargo, nótese que con el trabajo doméstico no se cubren ni abonan todas las cargas del matrimonio mencionadas y cada uno colabora como puede en el proyecto común. Por ello, ante el infinito catálogo de necesidades familiares cotidianas se hace difícil aplicar la regla de la proporcionalidad de los recursos que establece el precepto estudiado o llevar el inventario de los gastos, dedicación, atenciones y desvelos por la familia. A mi juicio, la finalidad de la norma es evitar, o en su caso, compensar, la "sobreaportación" de uno de los esposos en el proyecto familiar común.

2. Posibilidad de contribuir a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico

Se justifica así, la posibilidad de los cónyuges de contribuir a las cargas del matrimonio puede realizarse en especie, mediante la prestación de un servicio de atención y cuidado al hogar y a los que componen la unidad familiar. Como tal se recoge en el artículo 1438 C. y en la STS 14 de julio 2011 que más tarde abordaremos[19]. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes; forma de aportación que se viene realizando desde antiguo por la mujer. Pero ¿podrían ambos contribuir tan sólo con el trabajo doméstico? En este caso, ¿con qué se sufragarán los gastos familiares? Así pues, no es menos cierto que al menos uno de los cónyuges deberá aportar dinero.

Para determinar el concepto y alcance de las tareas domésticas, que desempeña mayoritariamente la mujer española, realice o no otra actividad profesional remunerada, interesa traer a colación lo dispuesto en el artículo 68 del CC, modificado por la reforma operada en nuestro Código civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en relación a los derechos y obligaciones de los cónyuges, añadiéndose al texto ya existente del referido artículo, el de que los cónyuges "deberán compartir, además, las tareas domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo". Esta nueva redacción del precepto supone que ambos esposos, en plano de igualdad, tienen el derecho y el deber de atender a las tareas domésticas y el cuidado de

18 Moreno Velasco, V.: "Aspectos prácticos de la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes en el Código Civil", *Diario La Ley*, núm. 7425, Sección Tribuna, 16 de junio de 2016, *La Ley* 3441/2010, para quien se podrá calcular esta aportación en función del precio de mercado de dicho uso, por ejemplo, el alquiler medio en la zona, o el porcentaje de amortización fiscal en el caso de un vehículo, etc.

19 STS 14 julio de 2011 (ROJ STS 4874/2011).

los hijos y mayores dependientes a su cargo[20]. Supone un desplazamiento en la tradicional asignación social y legal del desempeño de estas tareas desde la mujer en exclusiva a los dos miembros de la pareja por igual. Sin embargo, qué hacer, dada la peculiar incoercibilidad de los deberes matrimoniales que establecen los artículos 67 y 68 del C. y el escaso éxito del precepto ya anunciado. La solución se ha articulado mediante la generosa aplicación e interpretación jurisprudencial del 1438 CC.

El análisis del artículo 68 permite distinguir dos tipos de tareas: las tareas domésticas propiamente dichas y el cuidado a ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a cargo de los cónyuges. Por lo tanto, el precepto regula lo que serían las tareas cotidianas de mantenimiento en las condiciones de habitabilidad de la vivienda y de intendencia, por un lado, y de los especiales cuidados requeridos por los hijos, ascendientes y personas dependientes de los cónyuges, por otro. La justificación de la distinción entre tareas domésticas y cuidados al resto de miembros de la familia, podría resultar de una posible intención en concretar con mayor detalle las tareas desempeñadas en el ámbito privado, todas ellas reservadas tradicionalmente a la mujer. Es decir, la esposa, no sólo plancha, lava, friega, tiende o cocina, sino que lleva a los niños al colegio, al pediatra cuando es necesario, les da el jarabe prescrito, les controla la fiebre, les compra la ropa, la alimentación, ayuda a hacer deberes o desarrolla todo tipo de atenciones personales a sus mayores, amén de un largo etcétera. En este sentido, ya destacaban algunos autores la mayoritaria dedicación de la mujer casada dentro del hogar familiar resultado de hábitos arraigados en las sociedades occidentales[21], y que por el momento no se hallan en trance de desaparecer, en referencia al papel desempeñado por la esposa en la economía doméstica y el cuidado del hogar, de los hijos y del propio marido. Por mucha que sea la colaboración que éstos presten siempre quedará a la mujer el papel de rectora de la economía doméstica. Este papel es asumido actualmente por la mujer profesional, quien pese a trabajar fuera de casa no se libera de la servidumbre del hogar. Le incumbe, entonces, un doble rol desempeñando a la vez el de ama de casa y trabajadora externa. Antes y ahora.

20 Resulta interesante la distinta regulación de los ordenamientos autonómicos: así en la extinta Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano se regulaba con gran detalle esta institución en su artículo 12: 1. El trabajo para la casa será considerado como contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio. 2. La misma consideración tendrá la atención especial a los hijos, discapacitados y a los ascendientes, que vivan en el hogar familiar o en el suyo propio o en otro establecimiento de acogida, pero en régimen de dependencia económica y asistencial, en su caso, del matrimonio.

21 Martínez Calcerrada, L.: "El nuevo papel de la mujer en el Derecho", *Diario La Ley*, Editorial La Ley, 1982, p. 877, tomo 1, La Ley 20023/2001, p. 15.

Así las cosas, en un país donde el trabajo doméstico desempeñado por el cónyuge (fundamentalmente la mujer) no está reconocido ni cuantificado, la conciencia judicial obliga a arbitrar mecanismos de compensación[22].

Ahora bien, si los miembros de la pareja han decidido que sea uno de ellos quien aporte los ingresos con su trabajo fuera del hogar mientras que el otro se queda en casa asumiendo las tareas domésticas, ello es una contribución a las cargas del matrimonio por parte de quien las asume, en ejercicio de la libertad de pactos entre cónyuges. Dicho reparto de tareas que competen a ambos cónyuges en plano de igualdad, queda al albur de ambos esposos quienes deberán acordar de mutuo acuerdo cómo y qué se distribuyen. La colaboración de la pareja en el ámbito doméstico, en el desempeño de las tareas domésticas y/o de cuidado a los familiares a cargo de la pareja se establece, insistimos, por la ley para ambos por igual, tanto si uno de ellos –normalmente la mujer- no trabaja fuera del hogar, como si tiene un trabajo por cuenta ajena o es autónomo[23].

La realización de tal trabajo para la casa, de acuerdo con el artículo 1438 CC, se computará como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que, a falta de pacto, el juez señalará a la extinción del régimen de separación (que no necesariamente se produce con la extinción del matrimonio, aunque ciertamente sea lo más frecuente).

Este precepto supuso un paso de gigante en la equiparación -en muchos casos programática- de la mujer casada al varón y del reconocimiento a su labor doméstica cuando solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera, y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del artículo 32 CE[24]; igualdad jurídica de los cónyuges en el matrimonio que se realiza asegurándoles no sólo la gestión de sus respectivos patrimonios, sino una paridad a nivel personal basada en

22 SAP Tarragona 23 mayo 2006 (ROJ SAP TA 563/2006): El trabajo exclusivo para la familia y el hogar no solo es fundamental para la paz y armonía del matrimonio, es imprescindible para que el otro cónyuge dedique su esfuerzo, sin perturbaciones, a la creación de riqueza para el sustento e integración social de la familia. El trabajo doméstico es capital en su esencia, esforzado en su prestación y legalmente infravalorado.

23 Según los datos proporcionados por la *encuesta de empleo del tiempo y conciliación de la vida laboral y familiar de mayo de 2018 del INE, ya comentada,* en el año 2017, la principal razón alegada por las mujeres para trabajar a tiempo parcial como consecuencia del cuidado de personas dependientes es el no haber o no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de hijos (53,4%), un (3,3%) alega el no haber o no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de adultos enfermos, discapacitados o mayores, un (2,0%) alega ambos motivos. En el año 2017, el porcentaje más alto de mujeres paradas que han dejado el trabajo para cuidar a personas dependientes corresponde a las que tienen de 35 a 44 años (29,1%), en los hombres el mayor porcentaje de parados que han dejado el trabajo para cuidar a personas dependientes corresponde al grupo de edad de 45 a 54 años (25,0%). En cuanto a las personas inactivas, en el año 2017 el porcentaje más alto de mujeres y hombres que no buscan empleo porque cuidan a personas dependientes corresponde al grupo de edad de 35 a 44 años, 32,5% en las mujeres y 32,8% en los hombres.

24 En opinión de De Los Mozos, J.L.: "La igualdad de los cónyuges y la organización ejercicio de las potestades domésticas", *Documentación Jurídica*, enero-diciembre de 1982, vol. I, p. 105, para quien las leyes de igualdad promulgadas en Europa y en nuestro país representan la aplicación concreta al campo de las relaciones conyugales de la ya no tan nueva pero aún necesitada de impulso, concepción de la situación jurídica de la mujer casada… Esta igualdad, como principio informador de las técnicas matrimoniales, debe ser entendida no como igualdad de los sexos, sino como igualdad estrictamente jurídica, y sobre todo igualdad ante la Ley.

sus contribuciones en favor de la familia aun tratándose de un régimen disociativo e insolidario como el régimen de separación de bienes.[25] Se justificaría así que la dedicación a las tareas de cuidado de la familia y del hogar sirva como título para la contribución a las cargas del matrimonio y evite, a la liquidación del régimen, que el cónyuge que contribuye con su salario profesional pueda reclamar al trabajador doméstico por su falta de contribución dineraria a estas mismas. E incluso, se le compense el exceso de contribución que hubiera podido aportar por esta vía el cónyuge doméstico, en aplicación del principio de igualdad y en la exigencia de paridad a nivel personal basada en sus contribuciones equitativas en favor de la familia. Sin embargo, a mi juicio, se ha sobrepasado el reconocimiento de la labor doméstica si se concede, en todo caso, o mayoritariamente, la compensación.

3. El trabajo para la casa constituye un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen.

El artículo 1438 del Código Civil de forma muy concisa afirma que el trabajo para la casa dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación[26]. Para la determinación y concreción del derecho se requerirá un análisis pormenorizado de la situación fáctica concurrente en el caso enjuiciable. No obstante, si el derecho reconocido en el artículo 1438 del Código Civil supone una compensación del trabajo realizado en casa para la familia que se materializará a la extinción del régimen económico

25 Martínez Calcerrada, L.: "El nuevo", cit., pp. 1-2, para quien la historia revela, en síntesis, el tránsito de la mujer desde la "imbecilitas sexus" hasta su igualdad jurídica con el hombre y subraya que aunque la instauración del principio de igualdad jurídica entre ambos sexos es una realidad incontestable, no por ello han desaparecido "in radice" los flecos de diversidad entre ambos: hoy, literalmente hablando, 1) no están o aparecen exactamente igual en la familia y en la sociedad; 2) ni protagonizan con el mismo relieve el concierto social; 3) ni dentro de la familia desempeñan exactamente los mismos trabajos domésticos o ejercen idénticas decisiones de gestión; bastaría introducir nuestro examen en la ordinaria organización de una familia media, para detectar cuan distinto es el papel que en ella desempeña el hombre o la mujer, e incluso, valiendo el ejemplo, tanto se esté dentro de una comunidad tecnificada tanto se esté dentro de una familia progresista –"a la europea" se dice, en la lengua coloquial-. Obsérvese que los comentarios de este autor datan de 1982 y lo muy apropiados que son hoy en día, treinta y seis años después; incluso hubo que modificar el artículo 68 CC por mor de inculcarlo en la conciencia social, con discutido éxito. En este sentido, es interesante traer a colación el punto de vista de Cremades García, P.: "El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar", *Diario La Ley*, Nº 7079, Sección Doctrina, Editorial *La Ley*, 18 de Diciembre de 2008, Año XXIX, Ref. D-371, La Ley 41321/2008, p. 2, que se expresa en los siguientes términos: "decíamos que algo está pasando en nuestra sociedad, porque con la pretensión de compartir las tareas domésticas, se intenta superar el abismo en un campo tradicionalmente reservado, el de la ejecución de las tareas domésticas, a las mujeres… Las cifras avalan lo dicho, y según los datos facilitados por el Instituto de la Mujer, las mujeres dedican 3,6 horas diarias al hogar, los hombres apenas dedican 44 minutos a las mismas tareas. Datos más recientes del INE de 2010, relativos a la Encuesta de Empleo del tiempo 2009-2010, los varones españoles dedican *2,37 horas diarias a las actividades del hogar, mientras que las mujeres casi duplican esta cifra: 4,36 horas diarias. Disponible en* http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t25/e447/a2009-2010/p04/l0/&file=4.1.px, última consulta *28/09/2018*.

26 En opinión Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, Barcelona, Bosch, 1990, p. 269, este precepto permite paliar los rigores del régimen de separación de bienes al reconocer el valor del trabajo para la casa, evitando así que el cónyuge que ha dedicado sus esfuerzos al trabajo doméstico no obtenga recompensa alguna una vez liquidado el régimen matrimonial. A juicio de este mismo autor en *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, Familia, Dykinson, Madrid, 2010, p. 262, sobra la compensación adicional presuntiva y falta un reconocimiento expreso de derecho a una compensación, cuando la función realizada por el cónyuge excede de la dedicación del hogar para su presunción, lo que sirve para exonerarle de la contribución dineraria con independencia de cómo se desarrolle la contribución fáctica.

matrimonial de separación de bienes, dicho precepto contempla una corrección comunitaria impropia de un régimen disociativo libremente elegido[27]. ¿Supone ello que, finalmente, a su disolución, el régimen de separación se convierte en un régimen solidario? La norma del precepto analizado carece de fundamento actualmente en nuestro país, tendría sentido en ordenamientos en donde el marido todavía se configura como el administrador de la sociedad conyugal pero no en el ordenamiento jurídico español donde marido y mujer gozan de plena igualdad jurídica por lo que es incongruente computar como contribución al levantamiento de las cargas el trabajo para la casa[28]. Las diversas justificaciones de su fundamento aducidas por la doctrina y jurisprudencia se hallan fuertemente interrelacionadas entre sí aunque pueden sintetizarse como sigue:

III. FUNDAMENTOS DE LA COMPENSACIÓN DE UN RÉGIMEN DISOCIATIVO

1. El desequilibrio patrimonial.

La compensación del artículo 1438 se articularía, en aras de la equidad[29], como un mecanismo corrector del *desequilibrio patrimonial* injustificado que tiene lugar

27 Así lo entendió la SAP Córdoba 11 noviembre 2002 (ROJ SAP CO 1544/2002). Este precepto ha sido muy criticado por la doctrina, así, Torres Lana, J. A.: "Artículo 1438", en J. L. Albácar López, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, 2ª ed., Trivium, Madrid, 1991, p. 1073, se muestra muy crítico con este precepto al considerar, como indica la cita sentencia de Córdoba, que "introduce un elemento anómalo" en la regulación del régimen de separación de bienes, ya que o bien es "una manifestación comunitaria, lo que contradice la idea motriz del régimen", o bien se trata de un salario devengado y no cobrado, "lo que contradice los principios de cualquier régimen económico matrimonial". Asimismo, Rebolledo Valera, A. L.: *Separación de bienes en el matrimonio. El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil,* Edersa, Madrid, 1983, p. 435, entiende que, aunque la finalidad de la norma pudiera ser adecuada, no lo es en cuanto al medio empleado porque, por una parte, en el régimen de separación de bienes debe pactarse y por tanto los cónyuges pueden establecer en las capitulaciones los pactos que crean convenientes para corregir los efectos perjudiciales para uno de ellos, de la liquidación del régimen de separación absoluta de bienes.

28 Así lo entiende también De Los Mozos, J. L.: "La igualdad", cit., p. 117, considera lo dispuesto en el tercer punto del artículo absurdo. Este mismo autor, del cual disiento, en *Comentarios*, cit., p. 375, remarca que la norma tendría sentido en ordenamientos en donde el marido todavía se configura como el administrador de la sociedad conyugal, pero no en el nuestro, en el cual marido y mujer gozan de plena igualdad jurídica, por lo que es incongruente computar como contribución al levantamiento de las cargas el trabajo para la casa. Por otra parte, continúa este autor, si no es incongruente, sí parece que la norma desciende a niveles inadecuados, porque implica de *similibus* a *similia* la necesidad de incorporar otros supuestos de naturaleza análoga no contemplados por la norma, como la prestación de servicios en favor del cónyuge y no incluidos en la idea de socorro mutuo

29 Destacan en este sentido algunas sentencias de las Audiencias Provinciales: SAP Toledo 21 marzo 2000 (ROJ SAP TO 348/2000); SAP Barcelona 4 abril 2000 (ROJ SAP B 4321/2000); SAP Murcia 5 mayo 2009 (ROJ SAP MU 721/2009): "para una adecuada hermenéutica de la norma, insoslayable para concretar sus requisitos de viabilidad, su alcance y la forma de determinar y articular la compensación, devenga imprescindible examinar la razón de ser del precepto, que no es más que una nueva plasmación de dos principios esenciales en materia de familia, de una parte, el de corregir siempre los perjuicios que para uno de los convivientes ha supuesto la dedicación a la familia, y otro el de igualdad del artículo 14 CE"; La SAP Valencia 7 julio 2001 (ROJ SAP V 4332/2001), entendió que debe compensarse, asimismo, en aras de la equidad, el plus de disponibilidad que obtiene el cónyuge que realiza su labor profesional fuera del hogar, precisamente porque el otro cónyuge le libera de ello con su aportación y trabajo, obteniendo más tiempo y mayor disponibilidad de recursos para su carrera profesional, un mayor incremento de su salario y, por ende, de su patrimonio personal, que no comparte con su consorte; La SAP Alicante 10 junio 2010 (ROJ SAP A 3210/2010) que establece: el fundamento de la indemnización prevista en el citado precepto no es otro que el de resarcir al cónyuge que, en el régimen de separación de bienes, se dedica a los trabajos propios de la casa, y no participa de las ganancias que el otro va generando con su actividad profesional, al quedar éste liberado en gran medida de aquellos, permitiéndole de esta forma proyectar su tiempo y esfuerzo en dicha actividad.

entre los cónyuges tras el cese de la convivencia debido a que uno de los esposos ha retenido para sí todos los incrementos patrimoniales en perjuicio del otro, cuando dichos aumentos de patrimonio han sido conseguidos mayoritariamente gracias a la contribución personal del cónyuge que se dedicó a las tareas del hogar y al cuidado de la familia obteniendo, así, más tiempo y mayor disponibilidad de recursos para su carrera profesional, con el consiguiente incremento de su salario y, por ende, de su patrimonio personal, que no comparte con su consorte doméstico[30]. La compensación para el trabajo doméstico sería una especie de salario diferido que ha de ser abonado al cesar dicha actividad[31] por el cónyuge que obtuvo el enriquecimiento injusto[32] en favor de su consorte con el fin de mitigar la desigualdad patrimonial que produce la separación de patrimonios en el régimen de separación de bienes. En su momento, la introducción de dicha compensación económica en el Código Civil obedeció a una especie de solidaridad pos matrimonial, debido a largos años de convivencia fruto de una unión matrimonial que ocasionaba que la mujer (ama de casa "a la fuerza") se encontrase en una situación discriminatoria, consecuencia de una desigualdad patrimonial, al haberse truncado la regla de la proporcionalidad[33].

2. La pérdida de oportunidades.

La compensación del artículo 1438 tiene como finalidad indemnizar la incidencia negativa que la dedicación exclusiva a las labores domésticas y cuidado familiar

30 Álvarez Merino, J.: "La asignación del domicilio familiar en los casos de guarda y custodia compartida. La compensación por desequilibrio patrimonial", Jornadas de Derecho de Familia de la AEAFA, Palma de Mallorca, julio 2010, p. 25. La STS 25 noviembre 2015 (ROJ STS 4897/2015) es taxativa al excluir el incremento patrimonial como base para la concesión de la compensación del 1438 CC.

31 Así, Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos*, cit., 2010, p. 262. En contra, Amengual Bunyola, G. A.: "La compensación por dedicación a la familia (artículo 1438 del Código Civil y legislaciones autonómicas): análisis doctrinal y jurisprudencial", *Revista de Derecho Actual*, Ed. Derecho Civil Hoy, 2016, vol. I, p. 11, para quien si el verdadero fundamento de la compensación fuera el abono del salario devengado y no cobrado, debería descontarse del mismo, lo que corresponda a su contribución a las cargas, ya que el trabajo para el hogar, como establece el artículo 1438 CC, computa como contribución al sostenimiento de las cargas matrimoniales y precisamente este cónyuge contribuye de esta manera, frente a la contribución en metálico del cónyuge que trabaja fuera del hogar y realiza actividades remuneradas.

32 Interesante a este respecto el entendimiento del enriquecimiento injusto que hace la STSJ Islas Baleares 24 marzo 2010 (ROJ STSJ BAL 266/2010). Sin embargo, la STS 14 julio 2011 (ROJ STS 4874/2011), FJ 5, excluye la aplicación del enriquecimiento injusto cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con su trabajo doméstico. También el TS diferencia entre desigualdad patrimonial y el empobrecimiento que da lugar a un supuesto de enriquecimiento injusto. Así la STS 12 septiembre 2005 (ROJ STS 5270/2005): Los requisitos del enriquecimiento, difieren substancialmente de los que el Código Civil exige en los arts. 97 y 1438 para que pueda operar la compensación. Y aunque no negamos que puedan existir casos en los que la convivencia haya producido un enriquecimiento que pueda calificarse de injustificado, pensamos que no deben confundirse los dos institutos: a) La compensación por el perjuicio que la ruptura produce en una de las partes de la unión, se refiere sólo a la comparación entre la situación mantenida durante la convivencia y la que produce la ruptura de la misma; no supone aumentos patrimoniales y puede concurrir, por ejemplo, entre otros, en los casos de pérdida de costos de oportunidad… b) En cambio, el enriquecimiento injustificado supone un aumento patrimonial en uno de los convivientes a costa del otro y puede llegar a producirse si concurren los requisitos que esta Sala ha exigido de forma uniforme y reiterada en numerosa jurisprudencia… de manera que sólo si concurren estas exigencias podrá acordarse la indemnización por este título.

33 En este sentido, Verdera Izquierdo, B.: "Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal", *Derecho Privado y Constitución,* enero-diciembre 2013, núm. 27, p. 229.

ha causado en la esfera patrimonial y laboral del cónyuge que las desempeña y que, por tanto, sufre una limitación o anulación de su capacidad o disponibilidad para trabajar fuera del hogar por lo que razonablemente se produce una pérdida de oportunidades de incorporación, formación, promoción o reincorporación al mercado laboral, de lo que resultan mermadas sus posibilidades laborales por este motivo[34]. Algún autor critica con acertada ironía este argumento con el siguiente tenor: "parece que se presume una cierta debilidad de carácter del cónyuge que opta por no trabajar más que en el hogar (si es que en verdad tuvo o tiene alguna oportunidad de hacerlo fuera), de manera que en realidad no es responsable de sus propias decisiones y debe "indemnizarlo" quien, aprovechándose de su inferioridad o vulnerabilidad, así lo "persuadió" para entregarse al hogar -y acaso, también, para pactar el régimen de separación de bienes-. Si una persona decide que no trabaja porque le gusta más (o no tiene otro remedio que) estar en casa y atender a sus padres, nadie la indemniza. Pero si en lugar de ser el padre es el cónyuge, lo tiene que compensar éste. ¿Porque se lucró de su trabajo? No, aunque no haya habido beneficio, según entiende nuestro Alto Tribunal (SSTS 534/2011, 135/2015 y 136/2015)[35]. ¿Aunque este cónyuge que paga haya salido perjudicado, a la hora de la verdad, de diversas maneras, incluida la económica? Incluso en ese caso -según afirma expresamente la STS 16/2014-"[36].

3. La "sobreaportación".

La compensación del artículo 1438 CC se justifica para otorgar un derecho de reembolso para equilibrar el *exceso dedicación* de un cónyuge al sostenimiento de las cargas familiares cuando resulta mayor que aquella a la que resultaría obligado, según la regla de proporcionalidad[37] es la denominada teoría de la

34 Vid. Amengual Bunyola, G. A.: "La compensación", cit., pp. 18-19, quien se suma a las tesis que defienden la autonomía de la voluntad entre los cónyuges que pueden pactar las condiciones y regímenes económicos que crean oportunos, de la misma manera en que deciden, en base a la potestad doméstica, de qué manera organizarán las labores familiares. No parece que hoy por hoy ningún cónyuge obligue al otro a abandonar su actividad laboral para dedicarse a la casa, con lo que, si esta decisión es voluntaria y consciente, no se entiende por qué debe indemnizarse un hipotético lucro cesante. Entiende, asimismo, que el cónyuge que decide suspender o aminorar su carrera profesional voluntariamente para dedicarse a las tareas domésticas actúa, en principio, con conocimiento de causa y por voluntad propia, por lo que poco puede exigir, ya que su formación y capacitación profesional le permiten acceder al mercado de trabajo; Sí lo entiende como pérdida del "coste de oportunidades económicas" la SAP Barcelona 4 abril 2000 (ROJ SAP B 4321/2000). Se trataría de compensar la pérdida de costes de oportunidad de ejercer la misma actividad en el mercado, donde se habría obtenido una compensación económica adecuada. Así, la SAP Valencia 14 julio 2005 (ROJ SAP V 3553/2005): se trata de compensar a uno de los cónyuges, no de indemnizar, ya que al extinguirse el régimen de separación no participará en las ganancias del otro, no habrá cobrado por dichas tareas y, como consecuencia de haber dedicado su tiempo a las mismas, no tendrá oportunidad de acceder al mercado laboral. Asimismo, la STS 12 septiembre 2005 (ROJ STS 5270/2005).

35 El autor se refiere a la STS 14 julio 2011 (ROJ STS 4874/2011), la STS 26 marzo 2015 (ROJ STS 1490/2015) y la STS 14 abril 2015 (ROJ STS 1693/2015), respectivamente.

36 Gutiérrez Santiago, P.: "Paradojas", cit., p. 74.

37 Entiende Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario a la sentencia de 11 de febrero de 2005, *CCJC*, núm. 70, 2006, p. 147, que para entender si dicha proporcionalidad se respeta habrá que tener en consideración si los dos han contribuido con todo su patrimonio, con todo lo obtenido o ahorrado con su trabajo y con todo lo producido o ahorrado con sus bienes.

"sobreaportación" que frecuentemente invoca la doctrina y jurisprudencia para justificar la compensación. En este sentido, es interesante la SAP Navarra 31 julio 2003[38], que ya entendió en tan "temprana fecha", que existe "sobreaportación" cuando el valor de la contribución de un cónyuge al sostenimiento de las cargas familiares mediante el trabajo para el hogar, resulta mayor que aquella a la que resultaría obligado, según la regla de proporcionalidad, por lo que se genera a su favor un derecho de reembolso del exceso cuando se extingue el régimen económico matrimonial para evitar casos de enriquecimiento injusto[39].

Todas las justificaciones mencionadas coinciden en compensar al trabajador casero el plus de disponibilidad que obtiene el cónyuge que realiza su labor profesional fuera del hogar y que contribuye poco o nada en las tareas domésticas, precisamente porque el otro cónyuge le libera de ello con su dedicación a la familia, obteniendo más tiempo y mayor disponibilidad de recursos para su desarrollo profesional, lo que le permite, en algunos casos, incrementar su patrimonio personal. La compensación se configura, entonces, como un mecanismo corrector del régimen de separación de bienes que modera el desequilibrio patrimonial[40] producido a la extinción del régimen de separación de bienes e injusto para el cónyuge dedicado al hogar[41].

IV. PRESUPUESTO Y EXCLUSIONES DEL DERECHO A LA COMPENSACIÓN

La deficiente regulación de la compensación del trabajo doméstico ha dado lugar a muy diversas interpretaciones por parte de los tribunales inferiores, que ha obligado al Tribunal Supremo a marcar una línea interpretativa al respecto. Doctrina y jurisprudencia exigen el cumplimiento de tres requisitos necesarios para que pueda reconocerse la compensación por dedicación al hogar, a saber, la supeditación de los cónyuges al régimen económico de separación de bienes, la

38 SAP Navarra 31 julio 2003 (ROJ SAP NA 745/2003).

39 SAP Madrid 1 febrero 2006 (ROJ SAP M 2125/2006) deniega tal compensación porque los dos cónyuges habían contribuido por igual a las tareas del hogar.

40 Otras normas como el Código Civil catalán, en su Libro II, sigue haciendo referencia al enriquecimiento del cónyuge liberado de las tareas domésticas y pone el acento en la duración e intensidad de la dedicación al trabajo doméstico: artículo 232-5 que regula la compensación económica por razón de trabajo doméstico: 1. En el régimen de separación de bienes, si un cónyuge ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen por separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior de acuerdo con lo establecido por la presente sección. 2. Tiene derecho a compensación, en los mismos términos establecidos por el apartado 1, el cónyuge que ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente. 3. Para determinar la cuantía de la compensación económica por razón de trabajo, debe tenerse en cuenta la duración e intensidad de la dedicación, teniendo en cuenta los años de convivencia y, concretamente, en caso de trabajo doméstico, al hecho que haya incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges. Por otra parte, ni la ley 103, b) de la Compilación del Derecho Civil de Navarra, ni los arts. 187 y 189 del Código del Derecho Foral de Aragón, ni el artículo 3 de la Compilación del Derecho civil de Baleares contemplan ningún tipo de compensación para el cónyuge que haya aportado su trabajo para contribuir a las cargas del matrimonio, lo que pone de manifiesto la desigualdad existente en nuestro territorio nacional, dada la diversidad de normas aplicables.

41 En el mismo sentido, Amengual Bunyola, G.A.: "La compensación", cit., p. 12.

aportación personal de uno de los cónyuges al trabajo para la casa y la liquidación del régimen de separación de bienes, no circunscrito exclusivamente a los supuestos de crisis matrimonial que derivan en una separación o divorcio sino también en los casos en que se pacte otro régimen distinto[42]. Descartada la exigencia del enriquecimiento injusto[43], nada extraño en un régimen disociativo e insolidario como el de separación de bienes, el controvertido desarrollo jurisprudencial hace necesario el análisis de otros posibles requisitos y exclusiones del derecho a la compensación:

1. La exigencia de exclusividad: ¿carta blanca al enriquecimiento injustificado del cónyuge "doméstico"?

Para el surgimiento de dicha compensación, la mayor parte de la jurisprudencia menor y el Tribunal Supremo exigen el desempeño activo de los trabajos domésticos en dedicación plena y exclusiva. En la importante STS 14 julio 2011[44], el Tribunal Supremo sentó doctrina por primera vez estableciendo los presupuestos que habrían de concurrir en el futuro para tener derecho a una compensación por el trabajo desempeñado en el hogar constante el régimen de separación de bienes en cuanto, en su opinión, ello "requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa"; términos que apenas distan de los expresados en el artículo 1438 del Código Civil y que, sucesivamente, han ido plasmándose en sentencias posteriores entre las cabe destacar la STS 26 abril 2017[45].

42 Para Amengual Bunyola, G.A.: "La compensación", cit., p. 26, el artículo 1438 CC no indica ninguna causa alguna, por lo que procede cualquiera que sea la causa de extinción del este régimen económico: separación, divorcio, nulidad, capitulaciones, muerte o declaración de fallecimiento.

43 STS 14 julio 2011 (ROJ STS 4874/2011) a propósito del recurso de casación núm. 1691/2008, interpuesto ante la Audiencia Provincial de Madrid y que, a su vez, trajo causa de un proceso de divorcio iniciado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Móstoles, en el que la recurrente planteó si, para constituirse acreedora de una compensación, debía o no acreditar que su consorte hubiese experimentado un incremento patrimonial mientras ella dedicó sus esfuerzos a atender las necesidades del hogar; o, en caso negativo, bastaba simplemente con que dicha dedicación supusiera una pérdida de oportunidades profesionales. La mencionada STS 14 julio 2011 (ROJ STS 4874/2011) adoptada por el Alto Tribunal manifestó que "se excluye […] que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge", en la que sería la primera de una cada vez más amplia lista de resoluciones dirigidas a matizar su interpretación. Asimismo, la STS 25 noviembre 2015 (ROJ STS 4897/2015). Algo que critica Gutiérrez Santiago, P.: "Paradojas y", cit., p. 56: Lo que tenemos ahora a día de hoy y en tanto aguardamos ese insoslayable cambio social que tantos indicios ya anuncian. es una norma, el artículo 1438 CC, y una jurisprudencia interpretativa de la misma -en particular, las SSTS 14 julio 2011 (ROJ STS 4874/2011), 31 enero 2014 (ROJ STS 433/2014), 26 marzo 2015 (ROJ STS 1490/2015) y 14 abril 2015 (ROJ STS 1693/2015)- que, en sede de "liquidación" del régimen de separación, prevén una compensación en favor del cónyuge que trabajó para la casa, sin demandar al efecto ningún tipo de "enriquecimiento" o lucro del consorte (por merced de la dedicación casera de la contraparte) -y en ocasiones, según refleja la praxis judicial cotidiana, sin certeza de ese efectivo trabajo en pro de la familia y sus menesteres-. Para la autora sí resulta indispensable, para salvar el sentido razonable y acorde a los tiempos del artículo 1438 CC, exigir el "enriquecimiento" o provecho obtenido por ese cónyuge deudor, aparejado al "empobrecimiento" o perjuicio que supuso para quien realizó el trabajo doméstico haber contribuido por esta vía al proporcional sostenimiento de las cargas familiares en medida "excesiva", comparativamente con la aportación del otro a dichas cargas.

44 STS 14 de julio 2011 (ROJ STS 4874/2011).

45 STS 26 abril 2017 (ROJ STS 1591/2017).

La STS 14 julio 2011[46] marca un hito en uno de los aspectos más controvertidos de la línea jurisprudencial a la que ha venido acogiéndose nuestro Tribunal Supremo durante los últimos años: la exigencia de que el trabajo desempeñado en el hogar sea asumido mediante una dedicación exclusiva y excluyente con respecto a cualquier otra clase de actividad fuera del ámbito doméstico para ser reconocida la compensación reclamada. El Alto Tribunal entendió desde un primer momento, en la STS 14 julio 2011 antes señalada, que "el trabajo para la casa es considerado a estos efectos como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges sólo tiene posibilidades de contribuir de esta manera", afirmando, en consecuencia, que el reconocimiento del derecho a que el mismo sea posteriormente compensado, a la extinción del régimen de separación de bienes, "requiere que […] se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa"; esta exigencia la reiteró años después el Alto Tribunal en la STS 31 enero 2014, declarando que "basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación" que establece el artículo 1438 del Código Civil[47]. Así pues, en esta sentencia se reconoce un derecho abstracto a la compensación por el hecho solo de haberse dedicado en exclusiva a las tareas del hogar o cuidado de la familiar, en régimen de separación de bienes sin tener en cuenta otra circunstancia distinta a la objetiva, como la obtención de un beneficio económico por el otro esposo o cuando todos los emolumentos del cónyuge demandado de compensación se hayan dedicado al levantamiento de las cargas familiares, lo que la sentencia denomina la inexistencia de "desigualdad peyorativa"[48]. La exigencia de una dedicación exclusiva y excluyente a las tareas domésticas nunca fue un tema pacífico sino que ha generado discrepancias tanto en la doctrina[49] como en la jurisprudencia menor

46 STS 14 de julio 2011 (ROJ STS 4874/2011).

47 Véase Gutiérrez Santiago, P.: "Paradojas y ", cit., p. 67, para quien siguen siendo muchos los pleitos en que parece bastar el alegato del cónyuge solicitante de la compensación de que no trabajó fuera, sino que se quedó en casa, para inferir sin más de ello, con escasísimo o nulo soporte probatorio, que efectiva y realmente trabajó en la casa -sin que obren en tal sentido datos objetivos, sólidos y relevantes, y al socaire de meras conjeturas, especulaciones o suposiciones sin fundamento cierto. Y en la p. 84, la autora pone de manifiesto lo que ella denomina las "compensaciones descompensadas" y que "acontecerán al aplicar a rajatabla aquella otra parte de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo según la cual la compensación "resulta de una forma objetiva por el hecho de que uno de los cónyuges haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa" -STS 31 enero 2014 (ROJ STS 433/2014), FD 2º-, con total independencia de que el otro cónyuge haya tenido o no "enriquecimiento" o aprovechamiento alguno de resultas de tal división de tareas y aportaciones. Habrá en concreto compensación descompensada -compensación opuesta a la idea de proporcionalidad en la contribución de cada cónyuge al sostenimiento de las cargas (artículo 1438.2 CC)- cuando por virtud de la compensación decretada el cónyuge beneficiario reciba más de lo que le correspondería una vez que se pone en valor monetario su trabajo doméstico, por una parte, y, por otra, también lo que del otro percibió durante el matrimonio para gastos "privativos" suyos que, por rebasar sus necesidades personales, no pudieran contar como gastos o cargas del matrimonio, además de lo que aquel otro cónyuge pagó como costes del servicio doméstico, si lo hubiera habido. Si de compensación hemos de hablar con propiedad, esta tiene que ser la salida".

48 En igual sentido, Campo Izquierdo, A. L.: "La compensación por el trabajo para la casa en régimen de separación de bienes (artículo 1438 CC) desde la perspectiva del TS", *El Derecho.com*, disponible en https://elderecho.com/la-compensacion-por-el-trabajo-para-la-casa-en-regimen-de-separacion-de-bienes-art-1438-cc-desde-la-perspectiva-del-ts, última consulta 14/09/2108.

49 Vid. Arrébola Blanco, A.: "¿Un avance para la compensación del trabajo doméstico?", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 13 de julio de 2017, núm. 9020, p. 2.

anterior a la STS 14 julio 2011[50], que consideraba suficiente la actividad doméstica en régimen de dedicación mayoritaria compaginada con una actividad fuera del hogar entendiendo que no se exige que aquella actividad en el hogar sea absoluta y exclusiva, bastando que sea predominante frente al otro cónyuge[51].

¿No será esta, en definitiva, una forma de comunicar al reclamante los beneficios obtenidos por el otro esposo? Se puede producir en ciertos casos, incluso, una situación de enriquecimiento del cónyuge solicitante de compensación cuando su consorte ha estado invirtiendo todos los ingresos obtenidos en atender los gastos familiares y no se ha enriquecido a costa de la dedicación del otro al hogar[52]. ¿No sería más adecuado exonerar al cónyuge que se empobreció sufragando las cargas familiares?

Sin embargo, el Tribunal Supremo confirmó su apoyo a la llamada interpretación literal hasta en otras tres ocasiones diferentes a través de las SSTS 26 marzo 2015[53], 14 abril 2015[54] y 28 febrero 2017[55], entendiéndose conforme a dicha jurisprudencia que la compensación *únicamente se puede obtener cuando* quien pretende constituirse en acreedor, ha realizado con exclusividad trabajo para la casa pero no cuando se han desarrollado además otras actividades, como el ejercicio de trabajo o profesión a tiempo parcial o en jornada completa[56] salvo que se trate de la realización de trabajo no retribuido o en precario para la empresa familiar.

50 STS 14 de julio 2011 (ROJ STS 4874/2011).

51 Y sin necesidad de probar la imposibilidad para trabajar: STS 14 marzo 2017 (ROJ STS 977/2017). Por su parte la SAP Valencia 7 julio 2001 (ROJ SAP V 4332/2001): la compensación regulada en el artículo 1438 del Código Civil exige… que el trabajo que de forma exclusiva o mayoritaria realiza uno de ellos sea el de atender a las necesidades propias de la familia y del hogar, trabajo que en el seno de las relaciones familiares no se retribuye. Lo determinante para conceder la compensación, en algunos casos, ha sido la mayor aportación de un cónyuge al trabajo para la casa, en proporción muy superior al otro, por lo que es indiferente que el acreedor realice algún trabajo fuera de casa, sea a tiempo total o parcial: en este sentido, SAP Córdoba 11 noviembre 2002 (ROJ SAP CO 1544/2002), SAP Cádiz 23 septiembre 1999 (ROJ SAP CA 1404/1999), entre otras todas ellas previas a la STS 14 julio 2011 (ROJ STS 4874/2011);Vid. SAP Asturias 2 marzo 2010 (ROJ SAP O 314/2010) y SAP Madrid 25 febrero 2005 (ROJ SAP M 1981/2005).

52 Mejor entendimiento de la cuestión ha realizado la jurisprudencia menor en algunos casos: En este sentido se pronuncia la SAP Zaragoza 3 marzo 2009 (ROJ SAP Z 672/2009), que señala que "... si como en el caso ha sucedido según lo que resulta de lo actuado, la esposa se dedicó al cuidado de la familia y los únicos ingresos que entraron en la casa fueron los obtenidos por el esposo, quien se los entregaba a aquélla para atender las cargas familiares, no constando, por otro lado, que el esposo se haya hecho durante el matrimonio con más bienes que los existentes con anterioridad al mismo, debe concluirse que la contribución de ambos cónyuges, uno con el trabajo fuera de la casa y la esposa con el trabajo dentro de ella, merece la misma valoración, y, por ello, que ninguna indemnización cabe fijar a favor de la Sra. Sacramento...".

53 STS 26 marzo 2015 (ROJ STS 1490/2015).

54 STS 14 abril 2015 (ROJ STS 1693/2015).

55 STS 28 febrero 2017 (ROJ STS 714/2017).

56 Incluso se concede el derecho a la misma si esa dedicación exclusiva se compatibiliza con la ayuda ocasional del otro cónyuge o de tercera persona.

A) Inclusión del trabajo para la empresa familiar.

En este sentido, el trabajo no retribuido de un cónyuge en la actividad de su consorte es considerado como una forma de contribuir a las cargas del matrimonio para el Tribunal Supremo quien en STS 26 abril 2017[57] introduce el criterio de que "la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión "trabajo para la casa" contenida en el artículo 1438 CC, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar"[58]. Se introduce así, un cambio en la interpretación anterior del propio Tribunal entendiendo que se debe "atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa, pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera, por tanto, del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo, si esa colaboración se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y la familia". Por tanto, se concederá la "compensación" en los casos donde también se trabaja fuera del hogar dentro de la empresa familiar siempre que el cónyuge reclamante trabaje en la empresa familiar en calidad de trabajador por cuenta propia. Si el cónyuge está dado de alta en la empresa familiar por cuenta ajena, no parece que proceda la compensación.

Cuando un cónyuge ayuda en la profesión del otro se puede entender que se crea una sociedad de hecho, como manifiesta Lacruz quien es partidario de aplicar analógicamente el precepto[59]. Aunque quizá, al encontrarse los patrimonios separados, si uno de los cónyuges trabaja sin ningún tipo de remuneración en la empresa propiedad del otro cónyuge se debería otorgar alguna compensación por las ganancias obtenidas por tal sujeto, pues tal labor excede de la mera contribución a las cargas del matrimonio; es más, algún sector doctrinal plantea que se debería cuestionar si tal labor incluso se debe calificar como contribución a las cargas del matrimonio al no tener cabida en su tenor tal actividad[60] pese a la interpretación extensiva que realiza nuestro Alto Tribunal.

57 STS 26 abril 2017 (ROJ STS 1591/2017).

58 Este criterio se contradice con el fijado en las STS 28 febrero 2017 (ROJ STS 714/2017) y STS 14 abril 2015 (ROJ STS 1693/2015) y provoca un agravio comparativo en los casos enjuiciados denegados.

59 Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, IV, Familia, Dykinson, Madrid, 2008, p. 262: "más fácilmente cabrá estimar esto cuando un cónyuge aporte, además de su actividad, bienes al negocio de que es titular el otro, pero aun la sola aportación de actividad no siempre habrá de calificarse de prestación puramente gratuita o expresión de la mutua ayuda debida entre los cónyuges"; *vid.* SAP Alicante, 12 abril 2006 (ROJ SAP A 2454/2006); SAP Zaragoza 16 mayo 2006 (ROJ SAP Z 930/2006) y SAP Alicante 23 noviembre 2001 (ROJ SAP A 5174/2001): la compensación prevista en el artículo 1438 CC debe interpretarse y aplicarse de forma analógica a otros supuestos (como el trabajo para el negocio del otro cónyuge), al tener la misma ratio de compensar el exceso de contribución a las cargas.

60 Verdera Izquierdo, B.: "Configuración", cit., p. 225.

B) La irrelevancia del empleo de servicio doméstico

La dedicación a las tareas del hogar y cuidado de la familia no precisa la ejecución material del trabajo doméstico, sino que es suficiente su dirección y responsabilidad, por lo que aunque dichas tareas no se ejecuten materialmente por quien reclama como deudor de tal compensación, se deberán tener en cuenta las condiciones y circunstancias en que se presta, atendiendo a la posición de la familia y a los usos del hogar familiar, no incluyendo sólo la pura actividad material encaminada a satisfacer las necesidades de mantenimiento alimenticio, del arreglo del hogar o de atención a los componentes del grupo, sino también las labores de dirección, administrativas o burocráticas dirigidas a una adecuada gestión de los intereses familiares[61]. Por tanto, la existencia de servicio doméstico, *a priori,* no excluye la posibilidad de considerar el trabajo para el hogar como contribución a las cargas del matrimonio, sin perjuicio de valorar según las circunstancias, dicho trabajo. Así, según las circunstancias, el mero control del servicio doméstico y las atenciones a las relaciones sociales de la familia en según qué casos, así como la atención de los hijos, puede computarse como una labor susceptible de ser tenida en cuenta como contribución a las cargas matrimoniales[62].

Sin embargo, algunos pronunciamientos judiciales han excluido la compensación cuando la esposa dispuso de servicio doméstico[63]: "... no existe causa justificadora del reconocimiento de un derecho a la pretendida indemnización, pues el matrimonio ha dispuesto de servicio doméstico más que suficiente tanto en la vivienda habitual como en las segundas residencias … lo que le permitió desarrollar una vida más confortable y apacible, pero no lo hizo para atender en exclusiva al hogar familiar dedicando su tiempo a las tareas domésticas —trabajo para la casa— y exonerando al matrimonio de la carga de pagar a empleadas del hogar...". Pero no el Tribunal Supremo, que reconoce, aunque modera, el derecho a la

61 Montés Rodriguez, Mª. P.: "El derecho", cit., p. 363.

62 Moreno Velasco, V.: "Aspectos prácticos", cit., pp. 5-6. Para una parte considerable de la jurisprudencia existe una equiparación o equivalencia entre el desempeño de las tareas domésticas o trabajo para hogar y la dedicación a la familia, por ejemplo, llevar y traer los niños al colegio, acompañarles al médico para revisiones, vacunas, etc., vid. SAP Alicante 8 octubre 1999 (ROJ SAP A 3843/1999); SAP Toledo 9 noviembre 1999 (ROJ SAP TO 936/1999); SAP Santa Cruz de Tenerife 26 marzo 2004 (ROJ SAP TF 591/2004) o la SAP Valencia 7 julio 2001(ROJ SAP V 4332/2001).

63 SAP Sevilla 27 abril 2007 (ROJ SAP SE 2450/2007). La SAP Alicante 10 junio 2010 (ROJ SAP A 3210/2010) tampoco reconoce la compensación si el servicio doméstico se ocupa de la totalidad de las tareas y el cónyuge demandante tan sólo supervisa y dirige; o la SAP Madrid 3 junio 2009 (ROJ SAP M 13155/2009), entre otras. Otra visión acorde con el Tribunal Supremo encontramos en la SAP Córdoba 6 febrero 2004 (ROJ SAP CO 185/2004): "pues no todo lo que precisa una casa lo realiza el servicio doméstico que pueda tener, ni el personal que realiza este cometido, normalmente, está el día entero, ni todos los días", o la STSJ Cataluña 8 julio 2011 (ROJ STSJ CAT 8555/2011), que establece que contar esporádicamente con servicio doméstico no desvirtúa la dedicación al cuidado de la casa y de los hijos durante los diecisiete años de matrimonio, al igual que la STSJ Cataluña 31 octubre 2011 (ROJ STSJ CAT 10793/2011), que concede tal compensación al acreditarse que la actora se dedicó exclusivamente al cuidado de los hijos y de la familia, siendo indiferente que para ello contase con servicio doméstico: Al igual que la SAP Cádiz 23 septiembre 1999 (ROJ SAP CA 1404/1999) y la SAP Pontevedra 20 abril 2006 (ROJ SAP PO 797/2006).

compensación en favor de la esposa en su STS 25 noviembre 2015[64], Fundamento Jurídico Tercero, pese a que contó con la ayuda inestimable del servicio doméstico e incluso de un chofer pues a la postre sobre ella recaía, como se dice en el recurso, la "dirección del trabajo doméstico, el interés de la familia y el amor por la prole, que difícilmente forman parte de las tareas domésticas realizadas por el servicio doméstico". Ciertamente la dirección de los trabajos de limpieza, el interés y amor por la familia es difícilmente sustituible por terceras personas, pero ¿qué sentido tiene compensar las tareas domésticas a quien ni las realizó ni las sufragó? ¿Acaso el cónyuge que las sufragó carecía de interés y amor por la familia?

Todo ello contrasta gravemente con la nula compensación por la sobrecarga de la mujer en la mayoría de los hogares españoles.

2. El exceso de aportación y la realidad socio-familiar española

En clara contraposición con la línea jurisprudencia marcada por el Tribunal Supremo, un amplio sector doctrinal y jurisprudencial considera que la mayor contribución o "sobreaportación" de uno de los miembros de la pareja le otorga derecho a solicitar dicha indemnización a pesar de que pueda tener un trabajo remunerado fuera del hogar. Por el contrario, otros consideran que si realiza un trabajo remunerado fuera del hogar ya no tiene sentido la compensación, en cuyo caso "la realización del trabajo doméstico podría tenerse en cuenta como elemento a contabilizar en la contribución a las cargas familiares, pero no procedería a efectos de compensación"[65].

Lo bien cierto es que no son pocos los supuestos en la práctica en que uno de los cónyuges contribuye en mayor medida a tales tareas debido a su mayor implicación o porque su trabajo se lo permite, y con ello excede de la contribución a las cargas exigibles[66]. En estos casos, el objeto de la compensación regulada en el artículo 1438 CC no sería la contribución que corresponde al cónyuge como carga del matrimonio, que no debe ser compensada, sino exclusivamente lo que exceda de tal aportación. Lo que se debe compensar, es pues, la "sobreaportación", es

64 STS 25 noviembre 2015 (ROJ STS 4897/2015).

65 Rebolledo Varela, A. L.: *Separación,* cit., p. 441, considera que el sujeto que trabajó fuera del hogar no debe tener derecho a tal compensación.

66 Es el criterio seguido por numerosas sentencias de la Audiencias Provinciales que conceden el derecho a la compensación en estos casos. En este sentido, SAP Madrid 3 junio 2009 (ROJ SAP M 13155/2009): "cuando uno de los cónyuges ha contribuido de un modo que se revela desproporcionado en relación a la aportación del otro cónyuge, al momento de la extinción del régimen de separación; en suma, si dicho trabajo doméstico y asistencia no ha constituido una "sobreaportación" al sostenimiento de las cargas familiares, no se justifica, entonces, el derecho de reembolso económico previsto en el precepto antes mencionado". La sentencia de esta misma Audiencia Provincial SAP Madrid 13 diciembre 2011 (ROJ SAP M 15887/2011) establece: "… late una idea única y expresa de retribución del trabajo doméstico, siempre que, conforme a mayoritarias corrientes de opinión doctrinal y judicial, ello haya supuesto una sustancial "sobreaportación" a tal fin, permitiendo al otro cónyuge una mayor libertad para su promoción profesional y, por ende, económica, al verse liberado de todas, o de la mayor parte, de las labores de atención a la familia y tareas del hogar en general", y SAP Sevilla 17 marzo 2004 (ROJ SAP S 1145/2004).

decir, el exceso de la contribución exigible o lo que se ha venido a denominar "sobrecontribución"[67]. No hay compensación cuando la dedicación a las tareas del hogar es equilibrada o paritaria, ni debería serlo, cuando los cónyuges recaban la ayuda de servicio doméstico para realizar todas o la mayoría de las actividades domésticas[68].

De mantenerse el genérico y abstracto derecho a una compensación que enuncia el citado precepto y su desarrollo jurisprudencial, en mi opinión, se producirán algunas situaciones injustas bien por pretender beneficiar siempre al cónyuge casado en separación de bienes que realiza tareas domésticas en exclusiva, ignorando su obligación de contribuir a las cargas del matrimonio, bien tratando injustamente al cónyuge que ha aportado más de lo que proporcionalmente le corresponde a la economía, gestión y cuidado familiar.

El desempeño del trabajo doméstico en exclusiva como única aportación a las cargas del matrimonio o compaginado con desempeño laboral y/o profesional que puede implicar exceso contribución del matrimonio va a tener también una serie de controvertidos pronunciamientos jurisprudenciales que alejan a nuestros tribunales, en algunos casos, del sentir social: No es el caso de la interesante SAP Navarra 31 julio 2003[69], que entendió que solo procede la compensación cuando aplicando la regla de proporcionalidad se deduce, que el valor del trabajo para la casa es superior a lo que se debe aportar como contribución a las cargas. En el caso de que la dedicación al trabajo doméstico sea la correspondiente al levantamiento de cargas de manera proporcional, no cabe la compensación. En general la jurisprudencia menor ha sido favorable a la concesión de la compensación por trabajo doméstico, aunque el cónyuge acreedor trabaje fuera del hogar, siempre que se acredite la "sobreaportación", como por ejemplo la SAP Córdoba 11 noviembre 2002[70] y 6 febrero 2004[71], SAP Navarra 2 junio 2004[72], SAP Zaragoza 20 mayo 2005[73], SAP Murcia 6 noviembre 2006[74] o la SAP Pontevedra 20 abril 2006[75], muy en consonancia con la realidad socio-familiar de los hogares españoles.

La realidad social española nuevamente es arrolladora, tanto que los datos hablan por sí mismos:

67 En el mismo sentido, Verdera Izquierdo, B.: "Configuración de", cit., p. 236.

68 Amengual Bunyola, G.A.: "La compensación", cit., pp. 16 y 17.

69 SAP Navarra 31 julio 2003 (ROJ SAP NA755/2003).

70 SAP Córdoba 11 noviembre 2002 (ROJ SAP CO 1544/2002).

71 SAP Córdoba 6 febrero 2004 (ROJ SAP CO 185/2004).

72 SAP Navarra 2 junio 2004 (ROJ SAP NA 584/2004).

73 SAP Zaragoza 20 mayo 2005 (ROJ SAP Z 1385/2005).

74 SAP Murcia 6 noviembre 2006 (ROJ SAP MU 2370/2006).

75 SAP Pontevedra 20 abril 2006 (ROJ SAP PO 797/2006).

En España las mujeres se han dedicado de forma exclusiva no sólo a las tareas domésticas derivadas de la atención a la familia, sino también al cuidado de hijos y mayores. Durante las últimas décadas, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, se ha producido de una manera progresiva pero irreversible sin que haya supuesto una paralela democratización de la vida doméstica[76]. La mujer no ha visto reducidas por ello sus tareas domésticas, asumiendo todas aquellas que no ejecuta el hombre y todas aquellas asistenciales que no proporciona el Estado (centro de atención de niños y de personas mayores)[77].

En relación con el desempeño de un puesto de trabajo a tiempo parcial para compatibilizarlo con la atención al hogar y la familia, los datos obtenidos en 2010 -un año antes de la controvertida STS 14 julio 2011-[78]según la Encuesta de Población Activa sobre Conciliación entre la vida laboral y familiar[79], indicaban que el 97,3% de las personas ocupadas a tiempo parcial por hacerse cargo del cuidado de hijos de 14 o menos años (propios o de la pareja) eran mujeres, y el 53,3% de estas mujeres alegaba como principal razón el alto precio de los servicios del cuidado de niños. Si ampliamos los datos al cuidado de las personas dependientes: en base a la información de este módulo del año 2010, el 89,1% de las personas ocupadas a tiempo parcial por hacerse cargo del cuidado de personas dependientes (enfermos, familiares o amigos de 15 o más años) eran mujeres. Las principales razones alegadas eran igualmente, el alto precio de estos servicios (37,2%) y la ausencia de servicios de cuidados de personas dependientes (24,3%). Luego, en estos casos, o la economía familiar no era muy boyante o lo que aportaba el otro cónyuge no era mucho en términos económicos para sufragar los gastos comunes.

Según datos más recientes proporcionados por la encuesta de empleo del tiempo y conciliación de la vida laboral y familiar de mayo de 2018 del INE, en el año 2017, la principal razón alegada por las mujeres para trabajar a tiempo parcial como consecuencia del cuidado de personas dependientes sigue siendo el no haber o no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de hijos (53,4%)

76 Cremades García, P.: "El reparto", cit., p. 7; y Martínez Calcerrada, L.: "El nuevo", cit., pp. 1-2.

77 INE, *encuesta de empleo del tiempo y conciliación de la vida laboral y familiar de mayo de 2018*, disponible en, https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925472720&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalle&param3=1259924822888, última consulta 29/09/2018.

78 STS 14 julio 2011 (ROJ STS 4874/2011).

79 Información disponible del módulo del año 2010 de la Encuesta de Población Activa sobre Conciliación entre la vida laboral y familiar. Fuente: Encuesta Europea de Fuerza del Trabajo (LFS). Eurostat, disponible en https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=13583, última consulta 01/10/2018. Entre las personas paradas por hacerse cargo del cuidado de hijos, según la información del módulo del año 2010, el 82,2% eran mujeres y entre las personas inactivas por el mismo motivo, el porcentaje de mujeres era del 97,2%. Entre las personas paradas por hacerse cargo de personas dependientes (enfermos, familiares, amigos), según el módulo del año 2010, el 77,2% eran mujeres y entre las personas inactivas por el mismo motivo, el porcentaje de mujeres era del 93,1%. La principal razón alegada entre las personas paradas e inactivas es que los servicios de cuidado de personas dependientes eran muy caros.

y un (3,3%) alega el no haber o no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de adultos enfermos, discapacitados o mayores.

Según grupos de edad, en el año 2017 el porcentaje más alto de mujeres y de hombres que trabajan a tiempo parcial porque cuidan a personas dependientes corresponde al grupo de edad de 35 a 44 años, (61,4%) en las mujeres y (53,7%) en los hombres. En el año 2017, el porcentaje más alto de mujeres paradas que han dejado el trabajo para cuidar a personas dependientes corresponde a las que tienen de 35 a 44 años (29,1%), en los hombres el mayor porcentaje de parados que han dejado el trabajo para cuidar a personas dependientes corresponde al grupo de edad de 45 a 54 años (25,0%). En cuanto a las personas inactivas, en el año 2017 el porcentaje más alto de mujeres y hombres que no buscan empleo porque cuidan a personas dependientes corresponde al grupo de edad de 35 a 44 años, 32,5% en las mujeres y 32,8% en los hombres.

Según la información que proporciona la información de submuestra de la EPA del año 2017, 14.100 hombres y 263.900 mujeres trabajaron a tiempo parcial en 2017 por cuidar a personas dependientes (niños, adultos), es decir el 94,9% eran mujeres. La principal razón alegada por las mujeres para trabajar a tiempo parcial por el cuidado de personas dependientes (niños, adultos), era el no haber o no poder costear los servicios adecuados para el cuidado de hijos[80]. Poco han cambiado las cosas desde el año 2010.

Asimismo y de acuerdo con la tasa de empleo en España por sexo y edad para 2017, la realidad social indica que la brecha de género en las tasas de empleo[81] para edades comprendidas entre los 20 y 64 años es de 11.9 puntos (prácticamente al mismo nivel que la UE, que es de 11.6) y en 2010 era de 12.9[82]. Estos datos indican que la incorporación de la mujer al mercado laboral es un hecho incuestionable y que cada vez se igualan más dichas tasas con los hombres[83].

A la vista de los datos facilitados esta interpretación jurisprudencial no tiene ya sentido -tampoco en 2011- dentro de una realidad como la española en que la mujer finalmente ha conseguido acceder al mundo laboral, y en un importante porcentaje desempeña actividades remuneradas a tiempo parcial para poder compatibilizarlas con el cuidado de sus hijos y personas dependientes, sin que parezca tenerse en cuenta en estos pronunciamientos. La interpretación y aplicación de las normas por parte de los tribunales debe tener en cuenta la realidad social del tiempo en

80 Fuente: Encuesta Europea de Fuerza del Trabajo (LFS). Eurostat, disponible en https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=13583, última consulta 1/10/2018.

81 Brecha de género en las tasas de empleo es la diferencia en puntos porcentuales entre las tasas de empleo de los hombres y las tasas de empleo de las mujeres.

82 Disponible en https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10887, última consulta 1/10/2018.

83 No obstante, la tasa fluctúa según años, v. gr. en 2013 fue de 9.7 puntos porcentuales.

que han de ser aplicadas las normas jurídicas y constituye, todavía hoy, uno de los criterios de interpretación válidamente admitidos en el primer apartado del artículo 3 del Código Civil[84].

Los avances en la progresiva incorporación de la mujer al mundo laboral, lejos de equipararla a su compañero la sitúan en la denominada doble -y agotadora- jornada femenina. La mujer española, no sólo desarrolla un trabajo por cuenta ajena (o en régimen de autonomía, según los casos), sino que cuando llega a casa, debe efectuar aquellas tareas propias del hogar sin que, por supuesto, este último trabajo sea valorado o considerado, propiamente como tal por los tribunales. La conciliación la vida familiar y laboral[85] supone para la mujer un esfuerzo ímprobo y poco reconocido. Esta segunda jornada de la mujer trabajadora no se encuentra valorada económicamente pese a que las tareas domésticas no desarrolladas por la esposa requerirán, frecuentemente, de la contratación de un servicio doméstico al que habrá que remunerar, por lo que, en conclusión, el trabajo doméstico de la mujer ahorra a la cuenta de gastos de la economía familiar.

Es innegable que España ha tendido ligeramente hacia una mayor igualdad en el desempeño del trabajo doméstico entre 2003 y 2010, pero la nota dominante es de una clara y persistente desigualdad que se mantiene tras los últimos datos obtenidos[86]. La mayoría de los estudios demuestran que las parejas donde el varón desempeña una actividad profesional retribuida y la mujer está desempleada, las mujeres dedican muchísimo más tiempo al trabajo doméstico que los hombres.

84 En el mismo sentido, Arrébola Blanco, A.: "¿Un avance", cit., p. 3. Sorprende, sin embargo, que en la STS 25 noviembre 2015 (ROJ STS 4897/2015), el Tribunal Supremo mantiene su doctrina sobre que la dedicación a las tareas del hogar debe ser exclusiva pero no excluyente pese a que la esposa, muy adinerada, reclama a su cónyuge la compensación por trabajo doméstico, a pesar de que contaba con ayuda externa e incluso chófer… En su argumentación el Tribunal Supremo entiende que "la norma no discrimina entre el mayor o menor patrimonio de los cónyuges. Si la demandante hubiera realizado algún trabajo fuera del hogar, quedaría excluida del derecho y no tendría derecho a "nada". Por ello, este derecho a compensación existe con independencia del patrimonio del cónyuge acreedor y de que se encuentre o no en situación de necesidad. Es sorprendente esta doctrina jurisprudencial que conlleva la aplicación objetiva y automática del artículo 1438, y que ha sido muy criticada por Moreno-Torres Herrera, M.L.: "La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil español", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2011, núm. 8, p. 3, en relación a la STS 14 julio 2011 (ROJ STS 4874/2011), al preguntarse si esta doctrina significa que el cónyuge que haya obtenido los recursos económicos para la familia mediante una actividad laboral retribuida, debe satisfacer una cantidad de dinero al que se ocupó mientras tanto del trabajo doméstico, con independencia de si ello le reportó o no algún beneficio económico exclusivo. Lo cierto es que ambos cónyuges en este caso se han beneficiado recíprocamente de la actividad del otro, ambos contribuyeron al levantamiento de las cargas del matrimonio sólo que de distinta manera: uno mediante los recursos obtenidos a través de una actividad remunerada y el otro haciéndose cargo de los asuntos domésticos. Que esto sea así, no parece razón suficiente (más allá de la necesidad de revalorizar el trabajo en la casa) que justifique el reconocer automáticamente al cónyuge que se ocupó del hogar un derecho de compensación económica.

85 Cremades García, P.: "El reparto", cit., p. 2. En opinión de esta autora, conviene recordar que las reducciones en las jornadas de trabajo para atender a la casa y a los hijos son muy frecuentes en las mujeres. Y todo ello repercute en general en su distinta posición familiar y laboral. A pesar de las medidas que legalmente se van adoptando en el ámbito público, tendentes a evitar situaciones de discriminación tanto de tipo salarial como ocupacional, sin embargo, siguen existiendo dificultades para acceder las mujeres a puestos de responsabilidad en las empresas o para promocionarse, ya que su dedicación profesional está coartada en gran medida por sus responsabilidades domésticas y filiales. Es innegable.

86 Datos anteriores del INE de 2010, relativos a la Encuesta de Empleo del tiempo 2009-2010, los varones españoles dedicaban *en esas fechas, 2,37 horas diarias a las actividades del hogar, mientras que las mujeres casi*

Ahora bien, cuando es el hombre quien está en paro, y la mujer no, ambos dedican el mismo tiempo al trabajo doméstico. En parejas donde ambos están empleados o ambos están en paro la contribución del hombre no supera el tercio del volumen de trabajo doméstico del hogar[87]. Toda esta variedad de situaciones conyugales que abarcan los supuestos en los que uno de cónyuges no desempeña trabajo externo retribuido hasta los casos en que ambos tienen jornadas laborales interminables y deben de contar con ayuda externa, deben poner igualmente el foco en la plena aplicación del principio de corresponsabilidad doméstica, estando más justificado, en la práctica, si son ambos cónyuges los que trabajan fuera de casa. Sin embargo, los datos indican que el varón, en España, no acaba de asumir lo que impone, con escaso éxito, el artículo 68 CC[88]. Y la exclusión de compensación en favor del cónyuge que compagina trabajo en el hogar con trabajo retribuido –la mujer en un porcentaje mayoritario- supone, en mi opinión una doble discriminación.

duplicaban esta cifra: 4,36 horas diarias. Disponible en http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t25/e447/a2009-2010/p04/l0/&file=4.1.px. *Última consulta 28/09/2018.*
Sin embargo los datos más recientes de la última encuesta de empleo del tiempo y conciliación de la vida laboral y familiar son de mayo de 2018 y se pueden consultar en https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925472488&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSL, *donde se recogen datos del año 2015.* La Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo 2015 proporciona el número de horas a la semana que las personas que trabajan dedican al trabajo principal, a un segundo empleo, a las actividades de trabajo no remunerado (cuidado y educación de sus hijos o nietos, cocinar y realizar tareas domésticas, cuidado de familiares ancianos o con alguna discapacidad, hacer un curso o formación, actividades deportivas, culturales o de ocio, políticas o sindicales, actividades de voluntariado o caritativas) y al desplazamiento desde casa al trabajo y del trabajo a casa. Se proporciona información por sexo, tipo de jornada, tener hijos o no, y según si la pareja trabaja o no. Además, son más largas las jornadas de trabajo (trabajo remunerado + trabajo no remunerado + desplazamientos) de las mujeres que las de los hombres. Las mujeres dedican 63,6 horas semanales a (trabajo remunerado + trabajo no remunerado + desplazamientos), los hombres 56,7 horas semanales. Los hombres dedican habitualmente el mismo número de horas al trabajo no remunerado (14 horas a la semana) independientemente de que trabajen a tiempo parcial o a jornada completa. Las mujeres incrementan el tiempo dedicado a trabajo no remunerado (30 horas a la semana) cuando tienen jornada a tiempo parcial. Según la Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo 2015, el porcentaje más alto (33,9%) de mujeres trabajadoras que dedican tiempo al cuidado y educación de hijos o nietos les dedican cuatro horas diarias. El porcentaje más alto de hombres (36,7%) que trabajan dedican dos horas diarias a este tipo de cuidados y educación. En cuanto a la frecuencia: Un 77,5% de mujeres trabajadoras y un 32,9% de hombres trabajadores realizan todos los días actividades de cocinar y realizar tareas domésticas.

87 Estudio de enero 2015, disponible en https://www.eldiario.es/piedrasdepapel/Genero-domestico-Tiende-Espana-igualdad_6_345125504.html, última consulta 28/09/2018. En este sentido, ya apuntaba Cremades García, P.: "El reparto", cit., p. 2, que algo está pasando en nuestra sociedad porque con la pretensión de compartir las tareas domésticas, se intenta superar el abismo en un campo tradicionalmente reservado, el de la ejecución de las tareas domésticas, a las mujeres… Las cifras avalan lo dicho, y según los datos facilitados por el Instituto de la Mujer, las mujeres dedican 3,6 horas diarias al hogar, los hombres apenas dedican 44 minutos a las mismas tareas (datos de 2008).

88 Para Cremades García, P.: "El reparto", cit., pp. 7 y 8, si los miembros de la pareja han decidido que sea uno de ellos quien aporte los ingresos con su trabajo fuera del hogar, mientras que el otro, se queda en casa, asumiendo las tareas domésticas, ello es una contribución a las cargas del matrimonio por parte de quien las asume, pero será un claro incumplimiento por parte del otro pese a esta supuesta "autorización pactada" de lo contrario, la norma del artículo 68 es una mera declaración de principios sin efectos jurídicos. De lo que nadie parece dudar es de que los deberes conyugales en general, tienen un alto contenido ético y moral, y que es imposible su ejecución forzosa. Por tanto, su reparación para el caso de incumplimiento vendría por la concurrencia de daño como consecuencia del referido incumplimiento. Pero para que tenga lugar la reparación del daño a través de la aplicación del artículo 1902 del CC no basta el incumplimiento de los deberes conyugales, sino que se requiere la existencia de un daño resarcible, el dolo o culpa del agente dañoso, y el nexo de causalidad entre el ilícito civil y el daño objeto de resarcimiento

Según la información que proporciona la Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo de 2015[89] del número de horas a la semana dedicadas (al empleo principal, otro empleo, trabajo no remunerado, desplazamientos) según sexo y tipo de jornada de las personas ocupadas, son más largas las jornadas de trabajo (trabajo remunerado + trabajo no remunerado + desplazamientos) de las mujeres que las de los hombres. Las mujeres dedican 63,6 horas semanales a (trabajo remunerado + trabajo no remunerado + desplazamientos), los hombres 56,7 horas semanales. Los hombres dedican habitualmente el mismo número de horas al trabajo no remunerado (14 horas a la semana) independientemente de que trabajen a tiempo parcial o a jornada completa. Las mujeres incrementan el tiempo dedicado a trabajo no remunerado (30 horas a la semana) cuando tienen jornada a tiempo parcial.

En relación con las horas al día dedicadas a actividades de trabajo no remunerado por trabajadores que realizan dichas actividades, el porcentaje más alto (33,9%) de mujeres trabajadoras que dedican tiempo al cuidado y educación de hijos o nietos les dedican cuatro horas diarias. El porcentaje más alto de hombres (36,7%) que trabajan dedican dos horas diarias a este tipo de cuidados y educación. El porcentaje más alto de mujeres trabajadoras (43,3%) que realizan tareas domésticas y de cocina dedican dos horas diarias a estas tareas. El porcentaje más alto de hombres trabajadores (42,5%) dedican una hora diaria a estas mismas tareas.

En relación con la frecuencia con que se realizan actividades de trabajo no remunerado, un 47,4% de mujeres trabajadoras y un 31,5% de hombres trabajadores realizan todos los días actividades de cuidado y educación de sus hijos o nietos; un 77,5% de mujeres trabajadoras y un 32,9% de hombres trabajadores realizan todos los días actividades de cocinar y realizar tareas domésticas; un 15,4% de hombres y un 2,3% de mujeres que trabajan no realizan nunca actividades de cocinar y tareas domésticas; un 39,4% de hombres y un 34,4% de mujeres que trabajan no realizan nunca actividades de cuidado y educación de sus hijos o nietos.

Según tipo de hogar, los hombres sin hijos con pareja que trabaja dedican 8,7 horas a la semana a actividades de trabajo no remunerado, las mujeres sin hijos con pareja que trabaja dedican 16,4 horas a la semana a actividades de trabajo no remunerado. Los hombres con hijos con pareja que trabaja dedican 20,8 horas a la semana a realizar actividades de trabajo no remunerado, las mujeres con hijos con pareja que trabaja dedican 37,5 horas semanales a estas actividades.

89 Disponible en http://www.oect.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FICHAS%20DE%20PUBLICACIONES/EN%20CATALOGO/GENERALIDAD/ENCT%202015.pdf.

A la vista de los datos, sería deseable que la diferente situación actual pueda servir en el futuro para propiciar un giro en la -poco ajustada a la realidad social- opinión del Tribunal Supremo, toda vez que esta realidad social nada tiene ya que ver con aquella de 1981 cuando se promulgó la norma.

No es fácil entender que el Tribunal Supremo conceda la compensación en los supuestos de dedicación exclusiva para el esposo o la esposa que optó voluntariamente por "quedarse en casa"[90] y se deniegue a aquéllos que realizan una doble jornada para contribuir económicamente con los rendimientos del trabajo y en especie con su trabajo y desvelos en el ámbito doméstico y que son mayoría. Esta postura supone un estímulo positivo a no trabajar fuera del hogar, ya que si un cónyuge se dedica solo al trabajo doméstico puede pedir compensación y, en cambio, si realiza todas las tareas domésticas y además lo compagina con un trabajo fuera del hogar, no tiene derecho a nada[91]. Creemos que debería revisarse la interpretación que hace el Tribunal Supremo de esta norma. No olvidemos que si algo se señala en el artículo 1438 CC es que el trabajo doméstico - que debe ser proporcional a los ingresos (no igual)- será computado como contribución a las cargas del matrimonio y lo harán, según los pactos o acuerdos alcanzados. A falta de dichos pactos, cada cónyuge deberá contribuir proporcionalmente a sus recursos económicos. En mi opinión la clave para conceder o no la compensación habría que buscarla en la proporcionalidad de la aportación.

Mantener la actual interpretación del artículo 1438 CC propicia y ampara la injusta situación en favor de aquel cónyuge que no trabajando fuera del hogar no contribuye de otra forma al abono de los gastos familiares, porque si la contribución del cónyuge solicitante de compensación es la estrictamente obligada para su justa y equitativa contribución a las cargas del matrimonio y en cumplimiento del principio de corresponsabilidad doméstica, no entendemos qué se le ha de compensar y por qué.

90 Gutiérrez Santiago, P.: "Paradojas", cit., p. 57, para quien ¿conviene -o hasta se debe- entender que lo que, en último término, da su sentido y razón de ser al artículo 1438 in fine CC es evitar una suerte de aprovechamiento o "enriquecimiento" injustificado del cónyuge que se benefició del real y efectivo trabajo doméstico del otro? ¿O debemos asumir que nos hallamos ante un larvado sistema de "indemnización" -otro más (si pensamos en algunos supuestos de pensión compensatoria)- para el esposo o la esposa que optó voluntariamente por "quedarse en casa" (a menudo trabajando en efecto en ella, aunque otras veces poco o incluso nada), ya que con los ingresos del cónyuge se vivía holgada y sobradamente (y hasta había para pagar el servicio doméstico)?

91 En todo caso más derecho tendría el cónyuge que, con una actividad laboral remunerada, se encarga también del trabajo en casa por lo que contribuye de dos maneras al levantamiento de las cargas, sobre todo si se entiende que la *ratio legis* del precepto es evitar el enriquecimiento de uno de los cónyuges en perjuicio de otro o la sobrecontribución de uno de los cónyuges. Montes Rodríguez, Mª. P.: "El derecho de compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes del CC y en la LREMV: análisis comparativo", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto 2015, núm. 3, pp. 359-374, vid. pp. 367 y 368.

V. CONCLUSIONES

La compensación regulada en el artículo 1438 CC, no deja de ser una indemnización por la dedicación y los trabajos pasados en pro de la familia que se establece por el legislador para salvaguardar el principio de igualdad entre los cónyuges que debe regir durante la vigencia del matrimonio y evitar situaciones de desequilibrio tras la ruptura matrimonial, pese a que la incorrecta aplicación del mismo -con la exigencia de su ejercicio en régimen de exclusividad por la controvertida jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo- puede generar aquello que precisamente pretende evitar: la desigualdad y los desequilibrios patrimoniales en un régimen disociativo que se pacta voluntariamente. Consecuencias que se manifiestan de la siguiente manera:

1º) A día de hoy, la generalidad de las familias no puede prescindir de una segunda fuente de ingresos para dedicarse exclusivamente al cuidado del hogar, antes al contrario, con la incorporación de la mujer al mercado laboral y su elevada cualificación, en la mayoría de los casos ambos cónyuges desarrollan actividades profesionales y mayoritariamente, la mujer española reduce su jornada laboral para poder compaginar su empleo con la atención y cuidado del hogar y la familia.

2º) El reconocimiento de compensación a quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa, pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge fuera del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, acrecienta el trato discriminatorio hacia el cónyuge que compatibiliza ambos cometidos, casa y desempeño profesional, con independencia de la empresa del consorte. Quizá fuera más oportuno compensar estas ayudas a la empresa familiar por otro concepto.

3º) La dedicación a la familia en exclusividad no debería implicar automáticamente un exceso de contribución que pueda generar *per se* un derecho a la compensación, máxime si se ha dispuesto de empleados domésticos. La equidad exige ponerlo en relación con el deber de corresponsabilidad doméstica del artículo 68 CC.

4º) La dedicación a la familia en exclusividad no debería implicar, en todo caso, una pérdida de oportunidades para el cónyuge doméstico. La pérdida de oportunidades, a la vista de la realidad social española habrá que buscarla en las reducciones de jornada de la mujer para poder atender al cuidado de la familia y el hogar; y si bien es cierto que la salida del mercado de trabajo representa una evidente pérdida de oportunidad para quienes asumen dicha tarea, no lo es menos que también pueden experimentar una similar pérdida de oportunidades salariales, de promoción, etc., quienes, en lugar de abandonar por completo su actividad profesional, toman la iniciativa de compaginar ambos cometidos –a veces, mediante el trabajo a tiempo parcial- y contribuyen a sí a las cargas del

matrimonio en un exceso de generosidad y medios. En cualquier caso, la pérdida de expectativas u oportunidades salariales, profesionales o laborales parece más apropiado compensarla mediante la pensión compensatoria del artículo 97 del CC, que, a su vez, que atiende también a la dedicación pasada y futura a la familia en lugar de conceder en estos casos la indemnización del artículo 1438 CC que tiene por objeto indemnizar el exceso de dedicación pasada únicamente, no nos parece admisible indemnizar el mismo concepto por dos vías diferentes.

5º) La eliminación, a la hora de fijar la compensación del artículo 1438 CC, del parámetro del incremento patrimonial del otro cónyuge atenta a la equidad al no tener en cuenta cuál ha sido su verdadera aportación económica a las cargas del matrimonio ni la verdadera situación económica y patrimonial del otro cónyuge que quizá lo aportó todo.

6º) El régimen de separación de bienes es un régimen disociativo y nada solidario que se pacta voluntariamente porque se encuentra alejado de los postulados comunitarios más acordes con la idea del matrimonio de compartir algo más que techo y lecho, por lo que determinadas interpretaciones de sus preceptos reguladores pueden desnaturalizar la esencia del mismo y, a su vez, conducir a situaciones injustas no previstas ni asumidas por los cónyuges en el momento del pacto.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Merino, J.: "La asignación del domicilio familiar en los casos de guarda y custodia compartida. La compensación por desequilibrio patrimonial", Jornadas de Derecho de Familia de la AEAFA, Palma de Mallorca, julio 2010.

Amengual Bunyola, G. A.: "La compensación por dedicación a la familia (artículo 1438 del Código Civil y legislaciones autonómicas): análisis doctrinal y jurisprudencial", *Revista de Derecho Actual*, Ed. Derecho Civil Hoy, 2016, vol. I, pp. 1-61.

Arrébola Blanco, A.: "¿Un avance para la compensación del trabajo doméstico?", *Diario La Ley,* 13 de julio de 2017, núm. 9020, Sección Doctrina.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario a la sentencia de 11 de febrero de 2005", *CCJC*, 2006, núm. 70.

Campo Izquierdo, A. L.: "La compensación por el trabajo para la casa en régimen de separación de bienes (artículo 1438 CC) desde la perspectiva del TS", *El Derecho.com,* disponible en https://elderecho.com/la-compensacion-por-el-trabajo-para-la-casa-en-regimen-de-separacion-de-bienes-art-1438-cc-desde-la-perspectiva-del-ts, última consulta 2/10/2108.

Castán Tobeñas, J.: *Derecho civil español común y foral,* Tomo V, vol. 1º, Reus, Madrid, 1961.

Cremades García, P.: "El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar", *Diario La Ley*, núm. 7079, Sección Doctrina, 18 de Diciembre de 2008, Año XXIX, Ref. D-371, Editorial La Ley, 41321/2008.

De Los Mozos, J. L.: "La igualdad entre cónyuges y la organización y ejercicio de las potestades domésticas", *Documentación Jurídica*, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, enero-diciembre, 1982, vol. I.

De Los Mozos, J. L.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo), T. XVIII, vol. 3º, Edersa, Madrid, 1985.

Diez Picazo, L.: *Sistema de Derecho Civil,* Derecho de Familia, vol. IV, Tecnos, Madrid, 2018.

Garcia Cantero, G.: *Derecho civil español, común y foral,* Tomo V, vol. I, Reus, Madrid, 1987.

Gutiérrez Santiago, P.: "Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el artículo 1438 del Código Civil español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, diciembre 2015.

Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV, Bosch, Barcelona, 1990.

Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, Familia, vol. IV, Dykinson, Madrid, 2008.

Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, Familia, vol. IV, Dykinson, Madrid, 2010.

Lete Del Rio, J.M.: "Algunas consideraciones sobre la igualdad conyugal", *RGLJ*, 1976/1, p. 111 y ss.

Lopez Medel, J.: "Familia y régimen económico matrimonial", *RCDI*, 1980-I, p. 95 y ss.

Martínez Calcerrada, L.: "El nuevo papel de la mujer en el Derecho", *Diario La Ley*, 1982, tomo 1, Editorial La Ley, La Ley 20023/2001.

Montés Penadés, V. L.: "Comentario a los artículos 1435 a 1.444 CC", en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría general Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, Tomo II, p. 864 y ss.

Montes Penades, V. L.: "El régimen de separación de bienes" en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia,* Tecnos, Madrid, 1984, vol. II, p. 1914 y ss.

Montes Rodríguez, Mª. P.: "El derecho de compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes del CC y en la LREMV: análisis comparativo", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 359-374.

Moreno Velasco, V.: "Aspectos prácticos de la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes en el Código Civil", *Diario La Ley*, nº 7425, Sección Tribuna, 16 de junio de 2016, La Ley 3441/2010.

Moreno-Torres Herrera, M.L.: "La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil español", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2011, núm. 8.

Rebolledo Valera, A. L.: *Separación de bienes en el matrimonio. El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil,* Edersa, Madrid, 1983.

RENAULD, J.: *Droit patrimonial de la famille,* Tomo I, *Regimes matrimoniaux,* Lacier, S. A., Bruxelles, 1971.

SAVATIER, R.: *Le droit, l'amour et la liberté,* Librairie General, París, 1963.

SERRANO-CAMPUZANO-GONZÁLEZ-CARBAJO: *Régimen económico del matrimonio*, Forum, Oviedo, 1996.

TORRES LANA, J. A.: "Artículo 1438", en J.L. ALBÁCAR LÓPEZ, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, 2ª ed., Trivium, Madrid, 1991.

VERDERA IZQUIERDO, B.: "Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal", *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2013, núm. 27.

VIDAL TAQUINI, C.H.: *Régimen de bienes en el matrimonio*, Astrea, Buenos Aires, 1993.

EL ADMINISTRADOR TESTAMENTARIO ¿VENGANZA PÓSTUMA?

THE PROBATE ADMINISTRATOR. IT IS A POSTUMATE REVENGE?

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 134-157

Federico
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de junio de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: El objeto del presente estudio es poner de manifiesto la escasa regulación en el Código civil de la figura del administrador testamentario. Esta figura ha sido creada con la intención de proteger el patrimonio del hijo menor o incapacitado del testador. Sin embargo, esta figura puede provocar graves problemas cuando la persona designada para el cargo de administrador testamentario mantiene malas relaciones con el progenitor del menor que ha sido expresamente excluido de la administración de aquellos bienes transmitidos a título gratuito. En este trabajo analizaremos las distintas soluciones planteadas por la jurisprudencia y la doctrina para aplicar analógicamente los regímenes de otras figuras cercanas como los albaceas o los tutores.

PALABRAS CLAVE: Administrador testamentario; albacea; tutor; menor de edad; herencia; testamento; testador.

ABSTRACT: The object of this paper is to highlight the limited regulation in the Civil Code of the figure of the probate administrator. This charge has been created with the intention of protecting the patrimony of the minor, or incapacitated, child of the testator. However, this figure can cause serious problems when the person appointed to the post of administrator, executor maintains bad relations with the parent of the minor who has been expressly excluded from the administration of those goods transmitted free of charge. In this work we will analyze the different solutions raised by the jurisprudence and the doctrine to apply similarly the systems of other nearby figures as the executors or the tutors.

KEY WORDS: Administrator probate; executor; tutor; minor; inheritance; testament; testator.

SUMARIO.- I. APROXIMACIÓN A LA FIGURA DEL ADMINISTRADOR TESTAMENTARIO.- 1. Problemas de delimitación conceptual: administrador voluntario o testamentario.- 2 Naturaleza jurídica y régimen jurídico aplicable.- A) Teoría de la administración de bienes ajenos.- B) Teoría de la aplicación de las normas del albaceazgo.- II PROBLEMÁTICA RELACIONADA CON LA FIGURA.- 1. La intervención del administrador en los actos de aceptación y partición de herencia.- 2. Límites a la figura del administrador.- A) Límites institucionales.- B) Límites naturales.- 3. La administración testamentaria de la legítima.- 4. La remoción del administrador testamentario.

I. APROXIMACIÓN A LA FIGURA DEL ADMINISTRADOR TESTAMENTARIO

1. Problemas de delimitación conceptual: administrador voluntario o testamentario

El administrador testamentario se trata de una figura que permite garantizar al testador que todo el patrimonio (o parte del mismo) que deje en herencia se administrará de la manera por él prevista y por la persona por él designada. Esta especial administración puede recaer sobre los bienes dejados a todos o algunos de sus herederos. A esta clase de administración también se le ha denominado «administración voluntaria», no sólo en oposición a la administración judicial de la herencia yacente, sino porque en el Código civil se regula conjuntamente con la que puede establecer el donante sobre los bienes donados. De ahí que también se pueda utilizar el término genérico de «administración sobre los bienes dispuestos gratuitamente». No obstante, como quiera que en este trabajo sólo nos vamos a referir a la administración de la herencia utilizaremos el término más preciso de administrador testamentario.

• Federico Arnau Moya
Profesor Contratado Doctor en la Universidad Jaume I de Castellón (España). Es licenciado en Derecho por la Universitat de València y doctor en Derecho por la UJI. Ha sido Secretario del Departamento de Derecho Privado de la UJI (y continua en el cargo) desde 2013. Magistrado Suplente durante los años judiciales 2000-2001, 2001-2002 y 2002-2003 en la Audiencia Provincial de Castellón. Es autor de diversas publicaciones en materia de obligaciones y contratos, entre ellas: Acción directa y vinculación contractual, Publicación electrónica, http://www.tdx.cbuc.es. Los vicios de la construcción: su régimen en el Código civil y en la Ley de ordenación de la edificación, Valencia, Tirant Lo Blanch 2004; Lecciones de civil I (Parte general. Persona), Servei publicacions UJI, dirección electrónica: http://www.uji.es/bin/publ/edicions/ldci.pdf, y Lecciones de civil II (Obligaciones y contratos), Servei publicacions UJI, dirección electrónica: http://www.uji.es/bin/publ/edicions/ldcii.pdf. También ha publicado diversos trabajos relacionados con el Derecho civil valenciano.

La administración testamentaria está regulada principalmente en el art. 227 CC que, a su vez, se complementa con lo establecido en los arts. 162.3 y 164.1 CC[1]. El primero de estos preceptos, el art. 227 CC, se refiere a la posibilidad que tiene el disponente de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado de establecer las reglas de administración de los mismos, así como designar la persona o personas que haya de ejercitarla. En el citado precepto también se establece que las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor. Al referirse al disponente a título gratuito -entendemos que aquí tiene cabida la disposición que se haga por vía de herencia, legado o donación- es totalmente libre para designar al administrador que tenga por conveniente al menor o al incapacitado. El tenor literal del precepto permite que se nombre a uno o varios administradores, en el último caso lo habitual es que se les nombre con carácter solidario[2]. Por lo general el administrador (o los administradores) se trata de un tercero que no es el representante legal (padre o tutor) del menor en cuyo caso queda expresamente excluido de la administración sobre estos concretos bienes heredados, legados o donados[3]. No obstante, entendemos que es totalmente compatible con el régimen del art. 227 CC que se designe como administrador de esos bienes dispuestos a título gratuito al representante legal del menor si bien con la imposición de obligación de ajustarse al especial régimen de administración que sobre aquellos bienes estableciera el testador. Como ya hemos dicho el art. 227 CC se complementa por lo establecido en el art. 162 CC al decir que: "Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se

1 En los derechos civiles autonómicos también encontramos esta figura. En el Derecho catalán en el art. 236-25 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia: "Se excluyen de la administración de los progenitores: los bienes adquiridos por el hijo por donación o título sucesorio cuando el donante o el causante lo haya ordenado así de manera expresa, caso en que deber cumplirse estrictamente la voluntad expresado sobre la administración de estos bienes y sobre el destino de sus frutos". Lo anterior se complementa por lo establecido en la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro IV del Código civil de Cataluña: art. 461-24. Administración de bienes adquiridos por menores de edad o incapacitados: "1. Los bienes adquiridos por título sucesorio por menores de edad o incapacitados deben ser administrados por la persona que el causante haya designado en pacto sucesorio, testamento o codicilo. Si no hay designación o la persona designada no puede o no quiere asumir el encargo, deben administrarlos los progenitores que ejerzan la potestad parental o el tutor". En Aragón esta figura la encontramos en el art. 94.2 y 3 (ejercicio de la gestión paterna) del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas: "2. Se exceptúan de la gestión paterna: […] b) Los bienes dejados en título sucesorio o donados al hijo con exclusión de la administración de los padres. 3. Los bienes del apartado 2 serán gestionados, si nada ha ordenado el causante o donante, por el otro padre, o, si los dos están afectados, por un tutor real nombrado por el Juez". Asimismo, la Ley 65 del Fueron Nuevo de Navarra: "Los padres administrarán todos los bienes de los hijos sometidos a su potestad, con excepción de los siguientes:1) Los bienes objeto de liberalidad cuando quien la otorgue excluya la administración de los padres. Podrá también el otorgante excluir el usufructo de los padres y establecer el régimen que estime conveniente para la administración y disposición de aquellos bienes, incluso excluir la necesidad de autorización judicial y de intervención de defensor judicial".

2 Este es el caso contemplado por el AAP Asturias (S.6ª) 26 mayo 2017 (JUR 2017, 190258) en el que el testador nombra a sus dos hermanos como administradores solidarios de los bienes dejados en herencia a su hija.

3 Gaspar Lera, S.: "Comentario del art. 227. Disposiciones de bienes a título gratuito a favor del menor o incapaz sujeto a tutela", en AA.VV.: *Código civil comentado* (dir. A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, J., y R. Valpuesta Fernández), 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2016, manifiesta que: "El titular de la facultad que regula el art. 227 CC es el disponente a título gratuito –donante o testador-, que puede ser un tercero, en el sentido de no estar ligado al sujeto a tutela por un vínculo de matrimonio o parentesco".

exceptúan: […] 3º. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres". A estos bienes excluidos también se refiere el art. 164.1 CC, que con una fórmula bastante similar a la del 162.3, dice que "Los padres administrarán los bienes de los hijos. Se exceptúan de la administración paterna: 1.º Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos". A partir de lo anterior, se puede decir que la administración testamentaria *ex* art. 227 supone una excepción a la regla general en la que la administración de los bienes de los hijos corresponde a los progenitores; asimismo el art. 227 CC es una norma compatible con el art. 223 CC que contempla la posibilidad que tienen los progenitores para ordenar cualquier disposición sobre los bienes de sus hijos menores o incapacitados[4].

La figura del administrador testamentario se utiliza principalmente dentro de la línea recta familiar, un ascendiente nombra administrador para los bienes que deja a uno o varios de sus descendientes. El supuesto más habitual es el del progenitor que nombra administrador a uno o a varios de sus hijos con exclusión del otro progenitor. También se utiliza esta especial administración por uno de los abuelos respecto de los bienes que deje a sus nietos, que en el caso de que todavía vivan sus padres, podrán recibirlos con cargo al tercio de mejora, al de libre disposición o en forma de legado. Asimismo, puede utilizar esta figura quien deje su herencia en favor de menores o incapacitados con los que les una otro tipo de parentesco o incluso sin que exista vínculo familiar alguno. No obstante, en este trabajo en aras de la claridad expositiva, vamos a referirnos al primer supuesto en el que un progenitor nombra un administrador para su único hijo, menor o incapacitado, con exclusión del otro progenitor.

La finalidad que guía al testador para utilizar esta figura es variable: en ocasiones el nombramiento del administrador testamentario responde a un sincero interés de proteger el patrimonio del menor o de un incapacitado. Esta protección puede dispensarse frente al otro progenitor del que se presupone que podría hacer una mala administración de la herencia del hijo común. Incluso cabe la posibilidad de que se esté intentando proteger al propio menor de sí mismo –menor incapacitado- o menor con graves problemas de comportamiento por lo que en estos casos puede llegar a prolongarse la administración testamentaria más allá de la mayoría de edad (cuestión esta que nos genera dudas que plantearemos más adelante)[5]. En algún caso esta modalidad de administración ha sido utilizada por el abuelo para salvar al menor de la responsabilidad por deudas de su propio progenitor, al que sin embargo se le nombra administrador testamentario. Así pues, en este tipo de situaciones

4 En este sentido se pronuncia la RDGRN 30 enero 2014 (JUR 2014, 218067) en su FD3º.

5 En el caso de la SAP Barcelona (S. 1ª) 29 abril 2015 (JUR 2015, 158223) el testador nombra administrador a su nieto para proteger el patrimonio de su hija (la madre del administrador) que sufre de trastorno bipolar.

el nieto se beneficia de la herencia del abuelo pero no se ve perjudicado por las deudas de su padre[6].

En otros casos, los motivos que inducen a una persona a utilizar esta especial forma de administración se alejan del afán de proteger a su hijo menor o incapacitado. Así sucede cuando esta figura se utiliza por personas divorciadas o separadas, con uno o varios hijos menores o incapacitados comunes, en los que el divorciado excluye de la administración de los bienes relictos a su *ex* cónyuge que será el único representante legal del hijo menor o incapacitado cuando el testador haya fallecido. En estos casos el testador configura la administración del menor como una especie de venganza a título póstumo para con su *ex* cónyuge, con el que ya tenía una mala relación mientras vivía o incluso una enemistad manifiesta. (Piénsese en el testador que ha sido abandonado por su ex cónyuge que además ha iniciado una nueva relación con una tercera persona). En estos casos el testador no tiene inconveniente alguno en designar como administrador a una persona que, a su vez, también tiene mala relación personal con el progenitor excluido. En otros casos, está el abuelo que mantiene una mala relación con los progenitores de los menores al tiempo que también nombra también nombra como administrador a una persona con mala relación con los padres del menor[7].

En estos casos en los que existen malas relaciones entre el causante y el representante o representantes de los representantes legales de los menores, el nombramiento de este administrador especial impide que el progenitor sobreviviente (o ambos si el causante es el abuelo) pueda administrar los bienes de su hijo hasta su mayoría de edad (o incluso hasta mucho más allá de la mayoría de edad si así se dispone en el testamento). El causante incluso puede evitar –si así se dispone expresamente en el testamento- que los frutos de los bienes del menor se destinen al levantamiento de las cargas familiares en el caso de que conviviera con el otro progenitor. De esta manera el testador impide que se aplique la previsión del art. 165 CC, que dice que los "los padres podrán destinar los [frutos de los bienes] del menor que viva con ambos o con uno solo de ellos, en la parte que le corresponda, al levantamiento de las cargas familiares, y no estarán obligados a rendir cuentas de

6 Este es el caso de la RDGRN 12 julio 2013 (RJ 2013, 6676), en el que en un alarde de ingeniería jurídica el abuelo nombra en testamento a su hijo como administrador de los bienes de su nieto y heredero. Este hijo y padre del menor que es legitimario del abuelo, renuncia a la legítima con lo que los bienes que la integran pasan por vía de acrecimiento a los otros herederos entre los que se encuentra su hijo menor.

7 Un ejemplo de estas malas relaciones a tres bandas lo tenemos en la SAP Guipúzcoa (S.3ª) 28 septiembre 2017 (JUR 2017, 306434) en la que el causante instituye con administradores testamentarios de los bienes dejados en herencia a sus nietos a dos sobrinos suyos. Al tiempo que excluye de la administración a los progenitores de los menores. Existe una mala relación del abuelo con los padres de los menores, a raíz del divorcio del primero que se apoyó en los sobrinos, ahora nombrados administradores. Como consecuencia del apoyo prestado en el proceso de divorcio al abuelo por sus sobrinos se instauró una mala relación entre los progenitores y los tíos segundos de los menores. La sentencia, interpretando el testamento en su conjunto, al final admite el nombramiento de los tíos como administradores testamentarios aun a pesar de que en una cláusula testamentaria se les nombra tutores (si bien en algunas otras si que había referencias a su condición de administradores). Se estima que fue un error de redacción del Notario y que el testamento tenía que interpretarse en todo su conjunto.

lo que hubiesen consumido en tales atenciones. Con este fin se entregarán a los padres, en la medida adecuada, los frutos de los bienes que ellos no administren". Sin embargo, en este mismo precepto se prevé una excepción a que se destinen los frutos de los bienes del menor que no administren los padres al levantamiento de las cargas familiares: cuando los frutos provengan de los bienes adquiridos a título gratuito ex art. 164.1, así como los donados o dejados a los hijos especialmente para su educación o carrera. No obstante en el apartado final del art. 165 CC, se establece que en el caso de que los padres carecieren de medios podrán pedir al Juez que se les entregue lo que en equidad les corresponda[8].

Con el nombramiento del administrador testamentario también se impide que el odiado ex cónyuge (y sobre todo su nueva pareja) pueda disfrutar de los bienes que son propiedad del menor con el que convive, piénsese en un menor que hereda un extenso patrimonio en el que puede haber magníficos chalets, coches de lujo, etc.[9] De ahí que el nombramiento del administrador testamentario suele ser una cláusula que habitualmente se inserta en el testamento de los divorciados, especialmente que están resentidos con su anterior cónyuge o pareja.

No obstante, cuando se utiliza esta figura con esta finalidad de revancha casi siempre se termina perjudicando al propio hijo. Puesto que para que el progenitor no disfrute de alguno de los bienes del menor, con el que no hay que olvidar que está conviviendo, también se le tiene que impedir a este su uso. De manera que en estos supuestos se genera una gran litigiosidad, como veremos más adelante, puesto que para fastidiar al ex cónyuge se tiene que hacer a costa de perjudicar al propio hijo, lo que en muchos casos produce una violación del principio del interés del menor. En numerosas ocasiones la administración testamentaria supone que el menor ha de llevar un nivel de vida inferior al que le corresponde en proporción a su patrimonio y al que disfrutaba mientras vivía el testador[10].

8 En el art. 87.1 c) LJV se establece la posibilidad de adoptar medidas: "Para atribuir a los progenitores que carecieren de medios la parte de los frutos que en equidad proceda de los bienes adquiridos por el hijo por título gratuito cuando el disponente hubiere ordenado de manera expresa que no fueran para los mismos, así como de los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, y de aquellos donados o dejados a los hijos especialmente para su educación o carrera".

9 Un claro ejemplo de refinada venganza lo tenemos en el caso de la SAP Madrid (S.13ª) 25 abril 2014 (JUR 2014, 159974): el testador inserta una cláusula en el testamento prohibiendo a la madre de los hijos comunes (excluida de la administración de los bienes) el uso de la vivienda familiar. El juzgador decreta la nulidad de la cláusula porque viola una norma imperativa: el deber de la madre de vivir con los hijos no emancipados en vivienda familiar ex arts. 154.2 y 96 CC. Además, la madre de los hijos se encuentra en situación de desempleo sin percibir prestación alguna.

10 Este es el caso de la SAP Madrid (S. 20ª) 12 junio 2014 (AC 2014, 1541): "Habida cuenta que carece de medios [la madre], es obvio que para que la hija menor pueda tener el nivel de vida que le corresponde, ha de ser ella misma quien se lo sufrague en su integridad y con sus propios bienes, circunstancia aquella que necesariamente ha de redundar en el importe de la asignación a señalar. No cabe duda que la madre puede interesar, por carecer de medios, que se fije una cantidad de los frutos y bienes de la menor para con ellos contribuir al levantamiento de las cargas familiares (art. 165 *in fine* del CC)".

Con independencia del motivo que empuje al testador a adoptar esta modalidad de administración lo que es cierto es que le garantiza que su patrimonio será administrado de la manera por él prevista en favor de los herederos menores de edad o discapacitados. No obstante, en los últimos años se va asentando en la jurisprudencia que la voluntad del testador no puede imponerse con carácter absoluto puesto que el interés del menor siempre tendrá carácter prevalente sobre la primera. Así se interpretado en algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) y en algunas resoluciones judiciales[11]. No obstante, en algunas otras se ha venido recogiendo que, en todo caso se ha de respetar la voluntad del testador por aplicación del principio *favor testamenti.*

A veces, en los testamentos con nombramiento de administrador testamentario, también se le nombra un tutor al menor, que suele recaer –aunque no necesariamente- en la misma persona a la que se nombrado administrador. Esto es posible, aun estando vivo el otro progenitor (o ambos) del los menores o incapacitados, puesto que se entiende que lo realmente pretende el testador es nombrar un tutor para el caso de que falleciera el representante legal antes de la mayoría de edad o para el caso de que, habiendo fallecido el progenitor supérstite, el menor llegara a ser declarado incapacitado[12].

2. Naturaleza jurídica y régimen jurídico aplicable

La parca regulación de esta modalidad de administración en el Código civil, limitada a los artículos 227, 162.3 y 164.1, exige que haya que plantearse su naturaleza jurídica a los efectos de poder determinar cual será su régimen jurídico más allá de las previsiones de los citados preceptos. En la doctrina y la jurisprudencia se han formulado varias teorías respecto de su naturaleza jurídica pero la elección de una u otra está condicionada por el hecho de que se esté a favor o en contra de mantener a ultranza la voluntad del testador. O dicho de otra manera se está a favor de interpretar el art. 164.1 de manera literal en cuanto que se refiere al "cumplimiento estricto de la voluntad de este sobre la administración de estos bienes y destino de estos frutos" o se es partidario de releer este precepto a través del principio del

11 Así se ha recogido en la RDGRN 4 diciembre 2017 (RJ 2017,5683) en cuyo (FD4º) se establece que "el dato de la voluntad del testador no es aquí el decisivo, pues se estaría decidiendo no tanto sobre el destino de su propia herencia sino sobre el alcance de la representación legal de un menor, materia de orden público y no sujeta a la libre disposición de los particulares, y en cuya interpretación debe buscarse siempre el superior interés de los representados". De modo similar la RDGRN de 12 de julio de 2013 establece que "no puede hacerse valer la voluntad del causante frente a la protección del menor que es cuestión de orden público, ni hacer de mejor condición al administrador que a los padres del mismo". Asimismo, el Auto de la AP de León (S.6ª) 26 abril 2017 (Tol 6222273*)* dice que "es evidente que la voluntad del testador […] es que esa administración se realice en beneficio e interés [de la menor], es licito deducir que también será voluntad del causante que los administradores por él designados puedan ser removidos de la administración, cuando ésta perjudique a la titular de los bienes, su hija, cuyo interés prevalente ha de prevalecer en todas las decisiones que afecten a sus derechos".

12 Este es el caso de la SAP Guipúzcoa (S.3ª) 28 septiembre 2017 (JUR 2017, 306434).

interés del menor. La rigurosa aplicación del tenor literal de este precepto, produce entre otras consecuencias, el dotar de carácter inamovible al cargo del administrador hasta que termine su encargo, puesto que esta es la voluntad del testador. Por el contrario, la lectura favorable a que ha de prevalecer el interés del menor supone no sólo que aquel puede ser removido del cargo en cualquier momento siempre que concurra causa suficiente para ello. Asimismo, la opción entre la tesis rigorista o la flexible, impide cualquier tipo de rendición de cuentas hasta la finalización de la administración o por el contrario, permite que esta pueda efectuarse anualmente cuando nada ha establecido al respecto el testador.

A) Teoría de la administración de bienes ajenos

De acuerdo con esta tesis a los administradores testamentarios les son de aplicación las reglas generales sobre la administración de bienes ajenos. Lo que supone la aplicación analógica de las reglas del mandato. Esta teoría cuenta con defensores tanto en la doctrina[13] como en la jurisprudencia[14]. En contra de la aplicación de esta tesis también encontramos alguna sentencia[15].

La utilización de esta tesis permite mantener la permanencia del administrador hasta que transcurra el plazo para el que fue nombrado, puesto que se entiende que la voluntad del testador debe de estar por encima de cualquier otra cuestión aún

13 Mariño Pardo, F.: "El administrador de bienes de un menor o incapacitado nombrado en acto a título gratuito. Naturaleza y cuestiones generales. La Resolución DGRN de 12 de julio de 2013". Disponible en: http://www.iurisprudente.com/2014/06/el-administrador-de-bienes-de-un-menor.html (Consultado el 29 agosto 2018). Este autor se basa para adoptar esta postura en la STS 16 abril 1998 (RJ 1998, 2392).

14 En el supuesto de hecho de la STS 16 abril 1998 (RJ 1998, 2392) el testador, padre de seis hijos, nombra además de administradores "albaceas contadores partidores, solidarios con las más amplias facultades posibles" a dos personas con exclusión de su esposa en la administración hasta que los hijos cumplan 23 años. Conforme algunos de los hijos alcanzan la mayoría de edad inician procedimiento contra los albaceas solicitando presentación de cuentas con carácter anual. El TS manifiesta que "Cualquiera que sea el encuadre jurídico que se le dé a la administración de los bienes integrantes de la herencia del causante, padre de los actores, conferida a quienes en la disposición testamentaria fueron designados albaceas, es decir, ya se considere como una ampliación de las facultades que a éstos concede el art. 902 CC, constituyendo un albaceazgo de carácter universal, ya se estime que la administración nombrada en el testamento tuvo por finalidad apartar a la madre de los hijos menores de edad del causante de la administración que por ley le correspondería (art. 164, párrafo 1° y párrafo 2°.1°, CC) […], no obstante prolongarse esa administración más allá de la minoridad de los hijos hasta los veintitrés años, lo cierto es que tal administración, y salvo lo expresamente establecido por el testador, viene regida por las normas generales a las que están sujetos todos los que por cualquier título administran bienes ajenos; no son aplicables al caso, ni siquiera analógicamente, las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente los arts. 1005 y 1019 […] Sometida la administración de los designados albaceas a las reglas generales, es claro que, de acuerdo con el art. 1720 del Código Civil, vienen obligados los administradores a rendir cuenta de sus operaciones y, no estableciéndose en las disposiciones testamentarias normas especiales acerca del tiempo en que habría de realizarse esa dación de cuentas, la misma ha de hacerse al finalizar el encargo recibido como último acto de su administración; será a través de la detallada y justificada rendición de cuentas al final de la administración".

15 En la SAP Barcelona (S. 1ª) 29 abril 2015 (JUR 2015, 158223) se desestima la aplicación analógica de las normas del mandato precisamente para evitar que la duración del encargo se prolongue hasta el final del mandato. En su defecto se prefiere la aplicación analógica de "las disposiciones establecidas para la administración de los bienes de los hijos menores de edad a que antes hemos aludido con preferencia a las previstas para el mandato con la idea dominante de que cualquier administración de bienes conlleva rendición de cuentas". De ahí que el juzgador estime la remoción del administrador y se le condene a la rendición de cuentas.

cuando supongan un mayor beneficio para el heredero menor de edad[16]. Esta tesis puede chocar con el principio del interés del menor puesto que sólo permitiría la remoción del administrador cuando este hubieran infringido normas imperativas. Sin embargo, son numerosas las situaciones en las que no es necesario violar una norma de derecho estricto para que se perjudique el interés del menor. Además, con base a las normas de mandato *ex* art. 1720 CC sólo deben rendir cuentas al término de su cargo, de modo que no cabe ninguna rendición de cuentas de tipo anual como sucede con los tutores en virtud del art. 269.4º CC. Esta tesis es la que mas favorece la defensa a ultranza de la voluntad del causante. Sin embargo, se le puede objetar que por lo general en el mandado el mandatario está administrando los bienes del mandante por orden directa de éste que además se trata de un mayor de edad. En el caso del administrador testamentario, este está administrando los bienes de un menor, y las instrucciones recibidas lo han sido a través de un testamento y por lo general de manera incompleta. De modo que es posible vulnerar los intereses de aquel menor.

B) Teoría de la aplicación de las normas del albaceazgo

Otra posibilidad para completar la escasa regulación del administrador testamentario es la de aplicar analógicamente las normas del albaceazgo, puesto que ambos cargos tienen origen testamentario. La existencia de similitudes entre ambas figuras también puede extraerse de la citada STS 16 de abril de 1998 en la que ambas figuras son tratadas conjuntamente. Así pues desde este punto de vista, el administrador testamentario se configura como un albacea especial, al que el testador le habría atribuido una única y concreta función: la administración de los bienes del menor[17]. No obstante, a esta tesis se le objetado que, aún a pesar de existir similitudes entre ambas figuras, sin embargo, las funciones de ambos cargos son diferentes. Así pues, el albacea testamentario tiene una función de ejecución de la voluntad testamentaria que ha de desarrollarse dentro de unos cortos plazos legales de actuación, si bien prorrogables por el testador, que además contrastan con la finalidad propia del administrador voluntario de los bienes del menor. Esta tesis

16 Así en la SAP Valencia (S. 6ª) 25 marzo 2014 (JUR 2014, 162870), a pesar de que la hija menor es la heredera universal de un extenso patrimonio de aproximadamente 800.000 euros, y que además el juzgador estima razonables las peticiones de la madre contra administradora testamentaria (tía de la niña), se termina desestima la demanda interpuesta por la madre. Se dice que: "nos hallamos ante una disposición testamentaria y por tanto la mas formal, grave y absoluta manifestación de la voluntad de la persona, su ultima voluntad y por tanto la querida y además posible en cuanto al destino de su legado. Y, por tanto, entendemos que esta manifestación de voluntad debe estar por encima de las cuestiones que se plantea en la demanda si con ellas debe alterarse dicha ultima voluntad o así lo interpreta quien detenta el poder de administración como mandato del testador con la obligación de mantener y mejorar si posible, el patrimonio legado hasta que la heredera universal alcance su mayoría de edad. No hay suficientes indicios como para pensar que lo expresado en el testamento por el testador no se correspondiera con su intima voluntad. Y esta voluntad debe ser respetada, como máxima expresión del derecho privado; por mas que se vieran razonables -ya se dijo anteriormente - algunas cuanto menos de las pretensiones manifestadas en la demanda por la madre de la menor, actuando para la consecución de un mayor beneficio de su hija menor, la heredera". En esta sentencia se aplican las normas relativas al mandato.

17 Mariño Pardo, F.: "El administrador de bienes", cit.

de la aplicación analógica de las normas propias del albaceazgo está teniendo éxito en la jurisprudencia menor por permitir la utilización analógica del expediente de jurisdicción voluntaria para la remoción de albaceas previsto en el art. 91.2 de Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV) que a su vez tiene encaje las medidas para protección de menores e incapacitados del art. 87.1.a) de esa misma ley[18]. No obstante, como la regulación del cargo del albacea en el Código también presentar ciertas lagunas, al final se tiene que recurrir también de forma analógica a las normas que regulan la tutela. De modo que esta tesis presenta el inconveniente de que en primer lugar hay que recurrir a las normas del albaceazgo para integrar el régimen jurídico del administrador testamentario y, finalmente, en caso de insuficiencia de estas habrá que aplicar las previstas en sede de tutela[19].

C) Teoría de la aplicación analógica de la tutela

En el caso de que el testador no establezca las concretas reglas de actuación del administrador testamentario también se ha propuesto la aplicación analógica de las normas propias de la tutela. Esta tesis cuenta con bastantes apoyos en la doctrina, entre los cuales nos incluimos. Los defensores de esta tesis parten del hecho de que el art. 227 del CC "está no solo incluido sistemáticamente, sino imbuido de toda la regulación de la tutela y de sus principios inspiradores"[20]. No obstante dentro de esta tesis podemos encontrar tendencias, en la primero de ellas –a la que también nos adherimos- están quienes estiman que el administrador testamentario deber estar

18 Así en el AAP León (S.6ª) 26 abril 2017 (Tol 6222273) se establece que al administrador testamentario "habrán de aplicarse por analogía la regulación legal de figuras con la que esta tenga similitud, que en este caso sin duda alguna es la de albacea universal, con plazo de duración fijado en el de la mayoría de edad de la persona titular de los bienes que integran la misma, toda vez que el albaceazgo conforme tiene declarado la jurisprudencia del TS entre otras en su sentencia de fecha 13 de abril de 1992 , es un cargo especial testamentario en el que predominan las funciones tuitivas y de gestión amplia de los bienes hereditarios, que tiene por finalidad la ejecución de la voluntad del causante que los designa en testamento, funciones de gestión que en este caso, al referirse a bienes cuya titular es una persona menor de edad, han de coordinarse con la que regula la propia administración de los bienes de los hijos menores de edad". Asimismo, el AAP Asturias (S.6ª) 26 mayo 2017 (JUR 2017, 190258) estima que el cargo de administrador testamentario se asimila al albacea "siendo así que solicitándose aquí la remoción del cargo con fundamento en el art. 158.6 CC, con el fin de apartar a la menor del perjuicio patrimonial que le irroga el inadecuado ejercicio del cargo por los mismos, ha de estimarse que esa solicitud de remoción tiene encaje en el citado apartado a) del art. 87.1 LJV". Estos autos se basan en la STS 13 abril 1992 que establece que el albacea universal "es un cargo especial testamentario en el que predominan las funciones tuitivas y de gestión amplia de los bien hereditarios, que tiene por finalidad la ejecución de la voluntad del causante que los designa en testamento, funciones de gestión que en este caso, al referirse a bienes cuya titular es una persona menor de edad, han de coordinarse con la que regula la propia administración de los bienes de los hijos menores de edad".

19 Así consta en el citado Auto de la AP Asturias (S.6ª) 26 mayo 2017 (JUR 2017, 190258), donde se explica el *iter* argumental para terminar aplicando las normas de la tutela. Se dice que como quiera que en el art. 910 CC, relativo a la remoción del albacea "no se hace referencia a las causas que pueden determinarla, nuevamente hay que recurrir a la analogía, ahora para aplicar las causas que dan lugar a la remoción de la tutela, y así lo recoge la precitada STS de 13 de abril de 1992, que también contempla como tal, en lo que aquí interesa, la infracción por los administradores de la regla prohibitiva del art. 1459.3 CC, que impide adquirir lícitamente por compra, aunque sea en subasta publica o judicial, los bienes confiados a su cargo o gestión, así como cuando concurre una colisión clara, precisa y notoriamente influyente de los intereses de los albaceas con los de los herederos, determinada por procesos civiles habidos entre ambos y que ocasionan un enfrentamiento que suele superar los cauces procesales, para degenerar en enemistades, rencores y suspicacias con pérdida de confianza".

20 Suárez Sánchez Ventura, J.M.: "La institución tutelar", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado* (coord. Delgado de Miguel), t. IV, *Familia*, vol. 2, Civitas, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 421 a 526; Mariño Pardo, F.: "El administrador de bienes", cit., y Gaspar Lera, S.: "Comentario del art. 227", cit., p. 1085.

sujeto al control de juez, quien en aplicación del interés del menor, podrá no sólo remover al administrador y designar a otro, sino modificar las reglas de administración establecidas por el testador e incluso, yendo todavía más allá, rechazar la exclusión del representante legal[21]. Sin embargo, otro sector aún estando de acuerdo en aplicar las normas propias de la tutela, es partidario de mantener a toda costa la voluntad del testador, en especial en lo que respecta a las reglas de administración, habida cuenta que el art. 227 CC no establece límite para ello. Algún autor incluso llega al extremo de mantener que ese respeto al testador ha de mantenerse incluso si el causante autoriza para realizar actos dispositivos sin autorización judicial como sucede en algunos derechos forales (Ley 65 FN, art. 107.3 CDFA)[22]. No obstante esta posibilidad de que el testador pueda dispensar al administrador voluntad de la aplicación de una norma imperativa ha sido rechazada en algunas resoluciones salvo en el caso de que la administración recayera sobre la parte de la herencia de la que puede disponer libremente el testador[23]. En consonancia con estas resoluciones la doctrina se ha dicho que si bien la administración de los bienes de los menores puede ser ordenada por el testador de acuerdo con el art. 164, sin embargo en ningún caso puede referirse a los actos que, excediendo de la mera administración, se trate de la disposición de los bienes del menor, sea o no recibidos por éste como legítima, por ser imperativa la necesidad de la autorización judicial, conforme al art. 166 CC[24].

21 Así se manifiesta Suárez Sánchez Ventura, J.M.: "La institución", *op. cit.,* pág. 412 y siguientes. Que es seguido por Mariño Pardo, F.: "*El administrador de bienes…", op. cit.*

22 Gaspar Lera, S.: "Comentario del art. 227…", *op. cit.,* pág. 1085. Esta autora, además, estima que el "el administrador designado por el disponente deberá proceder en las mismas condiciones que el tutor, es decir, previa autorización judicial si se trata de llevar a cabo alguno de los actos mencionados en el art. 271, y requiriendo la aprobación judicial de la partición de herencia o división de la cosa común una vez practicadas (art. 272 CC)". No obstante, esta autora, también es partidaria de que habrá que respetar las reglas de administración que establezca el testador, puesto que el art. 227 CC no establece límite para ello, incluso si se le autoriza para realizar actos dispositivos sin autorización judicial como sucede en algunos derechos forales (Ley 65 FN, art. 107.3 CDFA).

23 Así se mantiene por la RDGRN 12 julio 2013 (Tol 3920792*)* en la que en un caso de administración testamentaria se impugna la siguiente cláusula: "Se excluye la necesidad de autorización judicial para cualquier supuesto en que la legislación vigente la exigiese, de modo que el administrador tendrá la plena administración y disposición de los bienes recibidos por el administrado...". El Centro Directivo en su FD3º dice que "Podría considerarse en aras al respeto de la voluntad del difunto, en la que se incluye su libertad para configurar como tuviera a bien su sucesión, que un heredero voluntario -no legitimario- menor de edad podría ser adjudicatario de bienes con sometimiento a un régimen de administración para el que prevea la exclusión de autorización judicial, como permite expresamente la legislación navarra y catalana (en la que, recordemos, no existe legítima material). Si el causante puede no dejar nada al heredero, también podrá dejarle bienes sujetos a administración especial". En el FD4º se concluye que "Sin embargo, el régimen de administración legal no se puede alterar cuando se trata de bienes que integran la legítima del menor de edad, dada su intangibilidad. Con relación a ella las reglas de administración y disposición de los bienes del menor son indisponibles".

24 Pascual Maiques, R.: "Comentario a la RDGRN 12 julio 2013 (Tol 3920792)" dice que: "La cuestión más importante que se plantea en esta resolución es la de la contraposición de principios jurídicos básicos, cuales son, por un lado el de que el testamento es la ley de la sucesión y por otro el límite que la libertad del testador ha de tener respecto a la decisión de enervar los requisitos legales para realizar actos de disposición de los bienes de los menores de edad, que establece el artículo 166 del Código Civil […]. El argumento sostenido en la calificación registral es el de que el artículo 166 del Código Civil es absolutamente imperativo y es una norma de orden público, y por ello, la intervención judicial es imprescindible y la disposición testamentaria que la elimina es nula, y ésta es la tesis que acoge la DGRN en la presente resolución". Disponible en: http://www.tirantonline.com/tol/documento.

En la jurisprudencia podemos encontrar varias resoluciones en las que se establecen las similitudes y diferencias entre ambas figuras[25].

D) Teoría de la aplicación analógica de las normas de administración de los bienes de los hijos menores

En alguna sentencia se ha optado por aplicar al administrador testamentario las normas propias de la administración de bienes de los hijos menores de edad (arts. 164 a 168 CC). Esta vía ofrece la ventaja de impedir que se apliquen las normas del mandato que impiden la remoción del mandatario hasta que se cumpla con el encargo; al tiempo que las normas del mandato también impiden que la rendición de cuentas hasta la finalización del encargo. El juzgador entiende que no se puede rechazar la posibilidad de cese del administrador nombrado por el testador, ni la de imponer determinados controles a su actuación ya que la intangibilidad del nombramiento del administrador puede ir en contra de los intereses del administrado. La posición contraria podría dejar vacía de contenido la voluntad del testador que está orientada a procurar la protección de los menores o incapacitados beneficiados por su disposición a título gratuito[26].

II. PROBLEMÁTICA RELACIONADA CON LA FIGURA

1. La intervención del administrador en los actos de aceptación y partición de herencia.

El primero de los problemas que ocasiona la parca regulación del administrador testamentario se refiere a determinar quien es la persona que está legitimada para intervenir en los actos de aceptación y partición de la herencia. Es decir, si la exclusión del progenitor de las facultades de administración *ex* art. 164.1 CC alcanza

25 Así la SAP Madrid (S.13ª) 20 de marzo de 2012 (JUR 2012, 167604) establece que:"La remoción del administrador de bienes adquiridos por un menor a título gratuito, nombrado por el disponente, del artículo 164, párrafo segundo, primero, del Código Civil , no tiene regulación expresa en nuestro derecho, debiéndose, por identidad de razón, aplicarse por analogía (artículo 4.1 del mismo código) las disposiciones positivas sobre remoción de los tutores (artículo 247, en relación con los artículos 243, 244, 1719 -sobre la ejecución del mandato- y 154 -ejercicio de la administración en beneficio de los menores-, todos del Código Civil). En particular, el artículo 247 del cuerpo legal citado establece:" Serán removidos de la tutela los que después de deferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados"". Por el contrario la SAP Alicante (S.6ª) 28 abril 2003 (JUR 2003, 222502) niega que las facultades y responsabilidades del peculiar administrador ex art. 227 CC no pueden ser equiparados al tutor, "aunque como es obvio también se deben de hallar sometidos en el ejercicio de su misión, y al igual que el tutor en el desempeño de la suya, por un lado a la inspección o vigilancia del Ministerio Fiscal en los términos que para los tutores establece el art. 232 del Código Civil como sobre todo a la de Tribunal que constituyó la tutela en los términos que también establecen los Arts. 231, 233, 271 y concordantes del Código Civil, así como finalmente vendrá obligado a la oportuna rendición de cuentos a la finalización de su cargo, como también lo previene el Art., 907 y concordantes del mismo texto legal con relación al albacea".

26 Este es el caso de la citada SAP Barcelona (S. 1ª) 29 abril 2015 (JUR 2015, 158223) en la que se declara el cese y remoción del administrador testamentario y se le condena a la rendición de cuentas por aplicación de "las disposiciones establecidas para la administración de los bienes de los hijos menores de edad", desestimándose la aplicación de las normas del mandato que hubieran impedido aquella remoción.

o no a los actos de aceptación y partición y adjudicación de herencia. Esta cuestión ha quedado zanjada por Dirección General de los Registros y del Notariado al reconocer en una resolución que los actos de aceptación y partición de la herencia se encuentran fuera de la zona de exclusión contemplada por el art. 164.1 CC. En consecuencia, la representación legal del progenitor superviviente se extienda naturalmente a los actos particionales, lo que es compatible con el hecho de que -en virtud de lo manifestado en el testamento de su *ex* marido- su representación legal quede excluida respecto de la administración de aquellos bienes comprendidos en los supuestos de los arts. 162.3 y 164.1 CC[27]. Son varios los razonamientos por los que una persona que ha sido expresamente excluida de la administración de los bienes de su hijo menor por el testador puede, sin embargo, aceptar esa misma herencia en representación de aquel menor. En primer lugar, se parte de que la voluntad del testador no puede imponerse sobre el alcance de una institución como es la representación en general. De modo que al tratarse de una materia de orden público no puede estar sujeta a la libre disposición de los particulares, de modo que en su interpretación debe de buscase siempre el interés superior del menor representado. Así pues, se rechaza que el representante legal del menor no pueda intervenir en ningún acto relacionado con la herencia de este por el hecho que haya sido excluido de su administración. El hecho de que se trate de una cuestión de orden público impide que se aplique el razonamiento de que la exclusión total del representante legal habría sido más acorde con la voluntad del testador y que si el testador ha apartado a una persona de la administración de los bienes dejados en herencia. Así pues, con base a los citados argumentos la doctrina más reciente de la DGRN choca frontalmente con aquellas tesis que defienden la prevalencia a ultranza de la voluntad del testador[28]. En segundo lugar, como refuerzo a la tesis de la prevalencia del orden público, se parte de que la regla general es que los progenitores tienen una representación general sobre la persona y bienes el menor y que las exclusiones de administración previstas en los arts. 162.3, 164.1 y 227 CC constituyen la excepción a la misma. Para llegar a este razonamiento se parte del hecho de que los progenitores tienen legalmente encomendada la defensa de la persona y el patrimonio de sus hijos durante su minoridad (o mientras dure su incapacitación), mientras que la exclusión de la representación de los progenitores y la atribución de las facultades de administración de los bienes del menor (o incapacitado) a un tercero responden a un acto de voluntad de carácter privado[29]. Además, hay que tener en cuenta el último inciso del art. 227 CC cuando dice que "las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor" (léase aquí

27 Así se argumenta en el FD 4º de la RDGRN 4 diciembre 2017 (RJ 2017,5683).

28 Desde la RDGRN 12 julio 2013 (RJ 2013\6676) empieza a consolidarse esa tendencia a establecer límites a la voluntad del testador. En este caso se deja sentado que "…no cabe que el régimen de administración dispuesto por el causante, que tenderá a ser amplio y dinámico, pueda incidir en la modificación de las reglas dispositivas de los bienes de menores, y en la prohibición de gravamen, cualitativo y cuantitativo, sobre la legitima de un menor".

29 Así se continúa justificando en el FD 4º de la RDGRN 4 diciembre 2017 (RJ 2017,5683).

representante legal), de modo que cabe entender que quien tiene la representación general es el representante legal, por lo que las funciones que se confieren al administrador testamentario han de hacerse de manera expresa. De modo, que las que no han sido mencionadas corresponden al progenitor[30].

2. Límites a la figura del administrador

A) Límites institucionales

En la doctrina de la DGRN se reconoce la existencia de una suerte de filtro previo a esta administración especial que está constituido por la existencia de límites institucionales a la misma. Se parte del hecho de que el administrador testamentario *ex* arts. 162.3, 164.1 y 227 del CC no es un representante legal con funciones generales, puesto que ha sido nombrado en un acto de naturaleza privada, de modo que su posición no puede ser equiparable ni a la de los padres ni a la de los tutores. La superioridad de la representación de los progenitores se debe a que su origen se encuentra en la Ley, al tiempo que es una consecuencia de la filiación natural y adoptiva. En el caso de los otros representantes legales, los tutores, la superioridad proviene de que esta se produce mediando intervención judicial. Con base a estos razonamientos en alguna resolución se afirma que no puede interpretarse extensivamente el alcance de las funciones del administrador testamentario ni tampoco que estas pueden invadir las que corresponden al representante legal del menor[31]. De algunas cuestiones relacionadas con estos los límites institucionales a la figura del administrador testamentario también se ha ocupado la jurisprudencia en alguna ocasión, si bien señalando las concretas funciones corresponden a los representantes del menor y no al administrador especial[32].

B) Límites naturales

La capacidad de actuación del administrador voluntario tiene unos límites naturales fuera de los cuales carece de capacidad de actuación[33]. Así sucede con los actos de aceptación de herencia y partición, estos se encuentran fuera de los límites de su capacidad de actuación por dos razones: porque se trata de actos previos a la adquisición de esos bienes y porque son actos cuya trascendencia supera la mera administración de los mismos. Los actos particionales tienen potenciales repercusiones patrimoniales negativas para los menores, piénsese que las deudas de

30 Vid. el FD 5° de la RDGRN 4 diciembre 2017 (RJ 2017,5683).

31 Así se razona en el FD 4° de la RDGRN 4 diciembre 2017 (RJ 2017, 5683).

32 Así, en la STS 24 de febrero de 2004 (RJ 2004\1804) se niega la validez del emplazamiento en una demanda contra la herencia yacente realizado al administrador testamentario, considerando que aquel emplazamiento debería de haberse realizado a los representantes legales del menor. En la RDGRN 12 junio 2013 (RJ 2013,6676) se dice que "el heredero menor de edad deberá estar correctamente representado en la aceptación y adjudicación por sus representantes legales, y en su caso por el defensor judicial cuando por haber conflicto de intereses fuera necesario".

33 La existencia de estos límites naturales se recoge en el FD5° de la RDGRN 4 diciembre 2017 (RJ 2017, 5683).

una herencia aceptada de manera simple y pura podrían alcanzar a los herederos, así como el importe de las cargas, sobre todo las fiscales, que también podrían repercutir negativamente en el patrimonio del menor. En la doctrina de los autores también se ha dicho que los padres tienen la representación legal de los hijos y por lo tanto el administrador solo podrá empezar a ejercer sus funciones cuando los bienes hayan entrado a formar parte del patrimonio del hijo menor, es decir, una vez que haya sido aceptada la herencia, el legado o la donación[34]. En el supuesto del art. 227 CC, que se trata de una norma similar a la del art. 164.1º, si bien en sede de tutela, la doctrina también mantiene que las liberalidades en favor del tutelado no serán eficaces sino desde la aceptación de la herencia, donación o legado por el tutor del menor o incapacitado[35]. Otro argumento utilizado por la DGRN es que el administrador no puede aceptar la herencia porque no puede repudiarla[36]. Puesto que sería contradictorio mantener que el administrador testamentario es el legitimado para aceptar la herencia y que el representante legal es el legitimado para repudiarla, pudiéndose llegar a la situación de que uno aceptase y el otro repudiase (a un mismo tiempo).

En cuanto a la partición de herencia también son de aplicación algunos razonamientos utilizados para la aceptación de la herencia. Así pues, la partición de la herencia tampoco se trata de un acto de administración sino un acto previo, y necesario, para determinar los concretos bienes y titularidades que corresponden al menor, con lo cual se completará el proceso de adquisición hereditaria[37]. No obstante, el testador siempre tiene la posibilidad de excluir a los progenitores del proceso de partición si designa un contador-partidor testamentario, pero en ningún caso es admisible afirmar que esas facultades corresponden al administrador testamentario. Realmente será a partir de la partición y posterior adjudicación de los bienes, cuando ya podrá ejercerse la administración por el administrador testamentario puesto que ese será el minuto cero a partir del cual operará la exclusión del representante legal *ex* arts. 227, 162.3 y 164.1 CC[38].

34 Vid. Sánchez-Calero Arribas, B.: *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 279 y 280.

35 Gaspar Lera, S.: "Comentario del art. 227", cit., p. 1083.

36 En el FD6º de la RDGRN 4 diciembre 2017 (RJ 2017, 5683) se establece que en: "nuestro Derecho ninguna de las normas que se refiere a la capacidad para aceptar o repudiar herencias o legados menciona al administrador testamentario sino a los representantes legales (padres o tutores). Este es el caso del art. 166.2 (aplicable a los progenitores), el 271.3 CC (aplicable al tutor) y el 93.2 de la LJV (progenitores y tutores y el defensor judicial en su caso). Así pues, en esta resolución no se admite la capacidad para aceptar herencias al administrador testamentario puesto que las facultades de aceptar y repudiar herencias han de recaer en una misma persona.

37 En el FD 7º de la RDGRN 4 diciembre 2017 (RJ 2017, 5683) se establece que "Si se asumiera que el administrador testamentario nombrado es el que debe realizar la partición en nombre del menor sin otro requisito o condición, estaríamos excluyendo al mismo del régimen legal del contador-partidor, incluidas las limitaciones y prohibiciones que le afectan, como la de no ser uno de los coherederos (art. 1057 del CC)".

38 Vid. el FD 7º de la RDGRN 4 diciembre 2017 (RJ 2017, 5683).

3. La administración testamentaria de la legítima

En las resoluciones relativas a la administración testamentaria en numerosas ocasiones podemos encontrar casos en los que el testador, en su afán de que el ex cónyuge supérstite no pueda aprovecharse de su patrimonio, no sólo no le permite administrar el mismo durante la minoridad de los hijos comunes, sino que incluso prolonga el régimen de la administrador mucho más allá de la mayoría de edad[39]. En nuestra opinión con este tipo de disposiciones se puede estar violando el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, por lo que están afectadas de causa de nulidad. Cuestión completamente diferente sería el supuesto en que la administración se prolongase más allá de la mayoría de edad con la parte de herencia relativa a la parte de libre disposición, puesto que del mismo modo que el testador no estaba obligado a dejarla en herencia al menor, también es totalmente libre para gravar esta parte[40].

En la doctrina no es pacífica la cuestión de si la administración testamentaria puede recaer sobre los bienes que el hijo puede recibir en concepto de legítima, habida cuenta del principio de intangibilidad de la legítima *ex* art. 813.2º CC. La tesis predominante es la que mantiene que la facultad del disponente a título gratuito para excluir a los padres de la administración puede extenderse a los bienes que constituyen la legítima del hijo. Se dice que en verdad más que un gravamen sobre la legítima se trata de una limitación sobre los derechos sobre la patria potestad de los progenitores. Además, como en el art. 164.1 CC no se establecen restricciones para la administración de los bienes adquiridos por título gratuito se entiende que es posible la exclusión sobre los bienes recibidos en pago de legítima[41].

Todos esos argumentos utilizados nos parecen correctos si bien únicamente con respecto a la administración durante la minoría de edad del heredero, y siempre que esta administración se mantenga dentro de los límites de la administración ordinaria. Hasta la mayoría de edad, como el menor no puede administrar por sí mismo sus propios bienes en principio es indiferente quien se encargue de su administración y no se puede hablar de gravamen sobre su legítima. Sin embargo, lo anterior no

39 En la jurisprudencia y en las resoluciones de la RDGRN podemos encontrar ejemplos de administraciones testamentarias que superan la mayoría de edad: En el caso de la RDGRN de 12 de julio de 2013 (RJ 2013, 6678), la administración llega a los 35 años. En la SAP Guipúzcoa (S.3ª) 28 septiembre 2017 (JUR 2017,306434) y la SAP Madrid (S.13ª) 25 abril 2014 (JUR 2014,159974), hasta los 25 años. En las SSTS 6 de octubre de 2005 (RJ 2005,8759) y 16 de abril 1998 de la hasta los 23 años.

40 Un supuesto en el que se distingue entre el gravamen sobre la legítima y la libre disposición es el de la SAP Valencia (S.6ª) 25 marzo 2014 (JUR 2014\162870) el testador "instituyó heredera universal a su única hija con prohibición de enajenar, gravar o disponer "sin el consentimiento de la administradora" hasta tanto alcance la mayoría de edad -respecto de la legítima- y la de 25 años para la plena disposición de los bienes". Entendemos que en este caso se refiere al resto de bienes de la herencia que no forman parte de la legítima.

41 En refuerzo de esta tesis se cita la STS de 6 de octubre de 2005. Vid. Llamas Pombo, E.: "Comentario del art. 164", en AA.VV. *Código civil comentado* (dir. A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, J., y R. Valpuesta Fernández), 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2016, pág.835; Sánchez-Calero Arribas: *La intervención…, cit.,* pp. 276 a 279) y De Prada González, J.M.: "La patria potestad tras la reforma del Código Civil", *AAMN,* t. XXV, 1983, pp. 397 a 398.

supone que los administradores tengan un cheque en blanco para sobrepasar los actos de administración ordinaria sobre los bienes del menor, ni aun en el caso de que así se hubiera autorizado por el testador. Con frecuencia se plantean casos en los que el testador al nombrar administrador le excluye de "la necesidad de autorización judicial para cualquier supuesto en que la legislación vigente la exigiese, de modo que el administrador tendrá la plena administración y disposición de los bienes recibidos por el administrado". En contra de esta práctica muy extendida se puede argumentar que se trata de la violación de una norma imperativa como el art. 166 CC que exige la previa autorización judicial para la venta de los bienes del menor, aunque si se tratara de bienes que no están incluidos en la legítima entendemos que si que se puede fijar un régimen especial para la administración y disposición de los bienes[42].

Esa doble distinción, durante la minoría de edad, entre actos que sobrepasen la administración ordinaria y los que la respectan, desaparece al alcanzar la mayoría de edad del heredero o legatario. A partir de la mayoría de edad, entendemos que si se mantiene la administración testamentaria se incurrirá en cualquier caso en una violación del principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima, si la administración recae sobre los bienes que integran la misma. Habrá conculcación de la legítima aun cuando en el régimen previsto por el testador no suponga ninguna infracción de orden público (como en el caso analizado en que se produjo una violación del art. 166 CC). Traspasado el límite de la mayor edad la administración testamentaria sobre los bienes del menor siempre supondrá la imposición de una condición o gravamen puesto que el legitimario no podrá disponer libremente de sus bienes hasta la fecha en que cese aquella.

Otro sector de la doctrina entiende que no es posible gravar la legítima, porque la palabra "condición" del art. 813.2º CC debe de entenderse en sentido amplio, incluyendo el caso de la administración de los bienes del legitimario[43]. Al administrador testamentario se le puede aplicar lo que la que la doctrina mantiene, con carácter general y fuera del concreto ámbito del art. 164.1 CC, respecto a la intangibilidad cualitativa de la legítima. Se ha dicho que la intangibilidad cualitativa de legítima prevista en el art. 813.2º ha de interpretarse con relación al 792 CC, de modo que la condición contraria a las leyes se tendrá por no puesta y en nada perjudicará al heredero o legatario, aún cuando el testador disponga otra cosa[44].

42 En la RDGRN 12 julio 2013 (RJ 2013,6676) no se admite la viabilidad de la dispensa de autorización judicial cuando el menor es legitimario, puesto que el artículo 166 CC Código Civil es absolutamente imperativo y es una norma de orden público, y por ello, la intervención judicial es imprescindible y la disposición testamentaria que la elimina es nula.

43 Vid. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia* (arts. 164 y 166 C.c.), vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1106 y 1107. En el mismo sentido, Aranda Rodríguez, R., *La representación legal de los hijos menores,* BOE, Madrid, 1999, pp. 45 y 46.

44 Díez Picazo y Gullón Ballesteros: *Sistema de Derecho Civil*, vol. VI, tomo 2, *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 181, 182 y 183; Busto Lago, J.M.: "Limitaciones dispositivas del causante: legítimas y reservas", en AA.VV.: *Derecho de sucesiones. Práctica jurídica* (coord. R. Bercovitz), Tecnos, Madrid, 2009, pp. 461 y 462.

En la doctrina solo se contemplan como excepciones a la intangibilidad cualitativa de la legítima las relativas al usufructo vidual y con relación al tercio de mejora (art. 813 CC), así como el gravamen del tercio de mejora en favor de legitimarios o descendientes (art.782 CC). En el caso de la legítima estricta sólo se admiten como excepciones a la intangibilidad la sustitución fideicomisaria en favor de hijos o descendientes incapacitados (art. 808.2º y 813) o el caso de los legados de usufructo y de renta vitalicia cuyo valor sea superior a la parte disponible. Es de destacar que dentro de este sector doctrinal ninguno de los autores incluye la constitución de la administración especial del art. 164.1 como una excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima.

Teniendo en cuenta lo expuesto por este sector doctrinal, al que nos adherimos, la administración testamentaria se convierte en un gravamen a partir del momento en que el menor adquiera la mayoría de edad. De ahí que por aplicación del art. 792 CC, podrá impugnarse la cláusula en la que se establezca la prolongación de la administración testamentaria más allá de la mayoría de edad, salvo que el heredero se tratase de una persona con capacidad judicialmente modificada.

4. La remoción del administrador testamentario

La medida sobre la remoción del administrador antes del tiempo previsto por el testador para la duración de su cargo divide tanto a la jurisprudencia como a la doctrina. Por una parte se ha mantenido que la remoción puede tener lugar siempre que concurran intereses contrapuestos entre los administradores y los administrados o se produzca incumplimiento, culpa o negligencia civil en el desempeño de las obligaciones propias de su cargo[45]. Por otro lado, está el sector de los defensores del mantenimiento a ultranza de la voluntad del testador por entender que así se deduce de lo dispuesto en el art. 164.1 *in fine* "Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos". De ahí que si el administrador no se aparta de aquella voluntad no podrá ser removido, aunque sea perjudicial para los intereses del menor (este inciso final lo añadimos nosotros). Para este sector el administrador sólo podrá ser removido en el caso de un comportamiento grave cercano a los límites del Derecho penal[46]. Como

45 El AAP Asturias (S.6ª) 26 mayo 2017 (JUR 2017\190258) en su FD2º estima procedente la remoción de los administradores: "La remoción como causa de terminación del albaceazgo viene expresamente recogida en el art. 910 del CC, y aunque no se hace referencia alguna en el mismo a las causas que pueden determinar tal remoción, lo cierto es que es criterio judicial comúnmente aceptado el aplicar por razones de analogía entre otras las causas que dan lugar a la remoción de la tutela, y así lo recoge la precitada STS de 13 de abril de 1992".

46 Este comportamiento grave se exige en la Pontevedra (S.3ª) 24 febrero 2006 (JUR 2006,104680) que además considera implícitamente que al administrador se le pueden aplicar las normas del albaceazgo: " Constante doctrina jurisprudencial ha venido llenando el vacío legal del art. 910 CC en expresión de las causas concretas motivadoras de remoción, señalándose, entre otras, aquellas exclusivamente personales que hacen imposible o sumamente dificultoso el ejercicio del cargo- como la pérdida y suspensión o carencia de plenos derechos civiles y capacidad de obrar, incapacitación, minoría de edad, enfermedad o senectud impeditiva-, las que son determinantes de indignidad para suceder, la realización de conductas dolosas civiles o penales en perjuicio del caudal delictivo y derechos de los herederos, o la total inoperancia o ineficacia por negligencia maliciosa

ya hemos venido diciendo, las malas relaciones que con frecuencia existen entre el testador y su ex cónyuge, también se dan entre el administrador y el cónyuge excluido, puesto que en muchísimas ocasiones el testador nombra administrador testamentario a uno o varios de sus hermanos. De modo que las malas relaciones, entre los antiguos cuñados, se reavivan con la designación de uno de ellos como administrador de los bienes de sus sobrinos.

De ahí que frecuentemente el administrador, con la única intención de que el ex cónyuge de su difunto hermano no se aproveche del patrimonio que este le ha dejado en herencia a su sobrino, no tienen inconvenientes en hacer pasar estrecheces económicas al menor, con la excusa de mantener su patrimonio lo más integro posible. Esto es así porque en la inmensa mayoría de casos el menor convive con el progenitor excluido de la administración. Muchas de las medidas que perjudiquen al progenitor supérstite también causarán perjuicio al menor, de la misma manera que en el caso de las ventajas también afectarán a ambos. Por todo ello en la jurisprudencia encontremos supuestos en los que al menor –heredero de un gran patrimonio- se le hace pasar por situaciones incluso rayanas con la necesidad para evitar que su progenitor pueda aprovecharse del dinero o del patrimonio dejado en herencia por el testador[47].

La cuestión puede complicarse en aquellos casos en los que el testador, hermano del administrador, utiliza en su testamento todos los mecanismos posibles (sustitución vulgar, pupilar y ejemplar, así como la sustitución fideicomisaria) para evitar que, en caso de muerte prematura del hijo común, su poco apreciado ex cónyuge pudiera heredar todo el patrimonio del menor por la aplicación de las normas de la sucesión intestada. Para evitar esta posibilidad en todas aquellas sustituciones designa como beneficiario a su hermano. A partir de ese momento el administrador ya es una persona interesada en que el patrimonio que herede el menor se mantenga la más íntegro posible, puesto que él mismo o sus descendientes podrían heredarlo en caso de muerte prematura del menor. Queremos pensar que la gran mayoría de los administradores que son tíos carnales de los administrados no se dejan llevar por la avaricia y están preocupados por el bienestar de sus sobrinos. Pero a nadie se le escapa que se produce una doble conjunción de circunstancias que podrían

o indiferencia, omisión y desatención constatada, que rebasen el simple descuido- por todas, SS. TS. 5.7.1947, 23.2.1973 y 13.4.1992, y S. AP Vizcaya (Secc. 5ª) 11.3.1996".

47 Es paradigmático el Auto de la AP de León (S.6ª) que admite la remoción de los administradores testamentarios nombrados por el testador (sus hermanos) a su hija menor. Entre otros motivos los administradores dejan de pagar el colegio privado donde estaba escolarizada la menor, dejan de pagar cualquier tipo de cantidad para atender a las necesidades de la menor, incluso inician un desahucio por precario en precario de la vivienda que había sido su domicilio habitual que era titularidad de los administradores. En la SAP Madrid (S. 20ª) 12 junio 2014 (AC 2014,1541) se reconoce el derecho de la menor a que se le asigne una suma de 3000 € al mes, puesto que no se trata de cubrir meramente sus necesidades urgentes, perentorias, vitales o mínimas [como sucede con la pensión por alimentos], sino de darle un status económico-social acorde al patrimonio que posee y las frutos y rentas que este genera. En la SAP Madrid (S.13ª) 25 abril 2014 (JUR 2014,159974) se declara la nulidad de la cláusula testamentaria en la que se impide a la madre que viva con sus hijos menores en el piso que el padre les ha dejado en herencia.

perjudicar al menor, puesto que el tío con la excusa de mantener el patrimonio del menor lo más íntegro posible lo administra de la manera más austera posible; pero realmente pretende un doble objetivo que su ex cuñado o ex cuñada se beneficie lo más mínimo posible, pero al mismo tiempo estará conservando lo más intacta posible una hipotética futura herencia para él o para sus descendientes. De ahí que en ocasiones la figura del administrador testamentario puede terminar convirtiéndose en una situación similar a la de la fábula de la zorra cuidando el gallinero.

5. La rendición de cuentas

Una cuestión íntimamente unida a la remoción de los administradores es la del establecimiento de la medida de rendición de cuentas que aquellos han de efectuar en caso de prosperar aquella[48]. En el caso del administrador testamentario no podemos encontrar en todo el Código civil ninguna referencia a su remoción, ni tan siquiera en el art. 227 CC. De modo que se impone nuevamente la aplicación analógica con otras figuras. En el caso de los albaceas en el art. 907 CC se contempla la posibilidad de que rindan cuentas a los herederos. Como no se hace ninguna otra indicación se entiende que la rendición del albacea tendrá lugar al final del encargo. En el caso de los tutores en el art. 269 CC se establece que "El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular: […] 4.º A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración"[49]. En el caso de los progenitores el art. 168 establece que los hijos podrán solicitar la rendición de cuentas al término de la patria potestad. La falta de regulación de la rendición de cuentas del administrador produce varias dudas: en primer lugar, si el causante puede eximir al administrador de la rendición de cuentas. En este caso pensamos que, si esta se exige al resto de figuras, como el mandato, el albaceazgo, la tutela y en la patria potestad, no tiene sentido no hacerlo con el administrador. La segunda cuestión es si la rendición de cuentas se ha de producir necesariamente al final del encargo, como sucede con el mandato, el albaceazgo y en el caso de la patria potestad o si esta se puede exigir anualmente como sucede con el tutor. En la jurisprudencia predomina el criterio de que la obligación de rendir cuentas se produzca al terminar el cargo de administrador con la mayoría de edad del menor o al llegar aquella edad que se haya fijado en el testamento, a lo que nosotros añadimos que también puede tener lugar cuando se produzca la remoción del

48 En el AAP Asturias (S.6ª) 26 mayo 2017 (JUR 2017,190258) de manera sucinta se establece el contenido de la rendición de cuentas "Esa rendición de cuentas, con expresión detallada y documentada de ingresos y gastos y elaboración de un balance de la situación actual de los bienes que integraban a la fecha de fallecimiento del causante el haber hereditario, habrá de realizarse dentro del plazo de dos meses a partir de la fecha de esta resolución". En la SAP Barcelona (S. 1ª) 29 abril 2015 (JUR\2015\158223) se establece que "La rendición de cuentas, según la mencionada STS de 1 de mayo de 1998 supone que 'el mandatario exponga las resultas económicas de su gestión, especificando, por supuesto, tanto el activo como el pasivo, y en su caso, el saldo resultante. La sola presentación de documentos no es rendición de cuentas, según reitera la jurisprudencia, sino que esta exige la presentación detallada de ingresos y gastos con elaboración de un balance de la situación de manera que el mandante tenga la demostración de toda la actividad que ha llevado a término el mandatario (STS de 28 de octubre de 1969)".

49 AAP Asturias (S.6ª) 26 mayo 2017 (JUR 2017,190258).

administrador[50]. Por el contrario es prácticamente imposible encontrar sentencias en las que se admita la rendición de cuentas con carácter anual[51]. En aquellos casos en que se ha denegado la remoción ha sido aplicando a la administración testamentaria las normas propias del mandato que solo permite aquella rendición de cuentas a la finalización del encargo.

La única explicación que encontramos es que la rendición de cuentas es una medida que se suele solicitar junto con la remoción del administrador, de ahí que sean muy escasos los pleitos en los que únicamente se pida la rendición de cuentas sin solicitar la consiguiente remoción del administrador. Nos extraña que tan siquiera se solicite con carácter subsidiario para el caso de que el juzgador no declarase la remoción. En la doctrina tampoco se encuentran defensores de esta posibilidad.

En nuestra opinión, al administrador testamentario sí que se le puede exigir la rendición de cuentas con carácter anual. Entendemos que esta sería la posición más adecuada, puesto que a diferencia del albacea o del mandatario, el administrador puede estar desempeñando su cargo durante muchísimos años, piénsese en aquellas sentencias que hemos comentado en las que se nombra administrador a los menores hasta que cumplan 35 años. Piénsese también en el caso del administrador testamentario nombrado a un menor que sufriendo una grave enfermedad mental probablemente será incapacitado. En este caso nos encontraríamos con ante el absurdo de que el administrador no tendría que rendir cuentas hasta el fallecimiento del menor. Por todas estas circunstancias lo adecuado sería que la rendición pudiera exigirse con carácter anual como muy bien se prevé con por la ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, en cuyo art. 7.2 (Supervisión) se establece que "el administrador del patrimonio protegido deberá rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando lo determine éste y, en todo caso, anualmente, mediante la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente". Asimismo, entendemos que la rendición anual de cuentas es posible por aplicación

50 En la STS 16 abril 1998 (RJ 1998,2392) se nombran administradores para los hijos hasta los 23 años. Alguno de los hijos al llegar a la mayoría de edad exige la rendición de cuentas (sin solicitar la remoción). El TS no accede a ello por estimar que no es posible la rendición de cuentas hasta que se termine el encargo lo que se producirá cuando los hijos del testador vayan cumpliendo 23 años. No obstante, la Audiencia sí que admitió la petición de los administrados y condenó a los administradores a presentar cuentas anualmente. El TS aplica a los realmente designados como albaceas las reglas generales sobre administración de bienes, al considerar que, con base en el artículo 1720 Código Civil, deberán rendir cuentas al término de su encargo: "será a través de la detallada y justificada rendición de cuentas al final de la administración cuando pueda apreciarse si los designados han cumplido sus funciones de acuerdo con las instrucciones del testador y con la diligencia de un buen padre de familia".

51 En el caso de la SAP Valencia (S.6ª) 25 marzo 2014 (JUR 2014,162870) se había solicitado en uno de los pedimentos de la demanda que se declarase "la obligación de efectuar la Rendición de cuentas anual". Esta petición es desestimada porque en la "cláusula CUARTA del testamento, es claro que el causante, deja en las manos de la administradora todo el poder de disposición sin fijar periodos para tal rendición, por lo que ciertamente ha de entenderse que dicha rendición habrá de tener lugar al final del mandato o encargo; y que en todo caso habrá de responder de su gestión, por los posibles daños y perjuicios ocasionados ex art. 1718 y ss. del CC".

analógica de lo establecido en el art. 269.4º CC para el tutor. En nuestra opinión hay que tener en cuenta el último inciso del art. 227 CC al decir que "Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor". De modo que el testador en principio sólo puede transmitir al administrador aquellas facultades y con aquellos mismos límites de los que dispone el tutor. Así pues, al administrador testamentario no sólo se le puede exigir anualmente la rendición de cuentas en el caso de que el testador no lo hubiera hecho constar en el testamento, sino que está obligado a ello incluso en el caso de que hubiera sido eximido de tal obligación. Finalmente, está el argumento de que si es posible remover al administrador testamentario antes de la finalización de su mandato también ha de ser posible la rendición de cuentas que es una medida de control mucho menos grave. En todo caso siempre ha de ser posible en virtud del principio de protección del interés de menor. En varias resoluciones se ha establecido que la voluntad del testador –implícita en la designación de los administradores testamentarios- es que la administración siempre se ejercite en interés del menor, de donde es lícito deducir que los administradores por él designados puedan ser removidos de la administración si esta perjudica a los menores[52]. En nuestra opinión este mismo interés en favor del menor ha de ser interpretado en el sentido de que se apliquen de manera analógica las disposiciones relativas al tutor que permitan la rendición anual de cuentas.

52 Así sucede con el AAP Asturias (S.6ª) 26 mayo 2017 (JUR 2017,190258): "es evidente que la voluntad del testador -implícita en la designación de los administradores de los bienes, que en su condición de heredera, corresponden a su hija menor de edad, una vez excluida en el testamento la posibilidad de administradora de los mismos de su madre- es que esa administración se ejercite en beneficio e interés de la misma, es licito deducir que también será voluntad del causante que los administradores por él designados puedan ser removidos de la administración, cuando ésta perjudique a la titular de los bienes, su hija, cuyo interés prevalente ha de prevalecer en todas las decisiones que afecten a sus derechos. Es por ello que no puede aceptarse la premisa de que parte el auto recurrido de que la administración debe permanecer en el tiempo hasta la mayoría de edad de la misma sea cual sea su desarrollo".

BIBLIOGRAFÍA

Aranda Rodríguez, R.: *La representación legal de los hijos menores,* BOE, Madrid, 1999.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia* (arts. 164 y 166 C.c.), vol. II, Tecnos, Madrid, 198.

Busto Lago, J.M.: "Limitaciones dispositivas del causante: legítimas y reservas", en AA.VV.: *Derecho de sucesiones. Práctica jurídica* (coord. R. Bercovitz), Tecnos, Madrid, 2009.

De Prada González, J.M.: "La patria potestad tras la reforma del Código Civil", *AAMN,* t. XXV, 1983, pp. 355 a 420.

Díez Picazo y Gullón Ballesteros: *Sistema de Derecho Civil*, vol. VI, t. 2, *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2017.

Gaspar Lera, S.: "Comentario del art. 227. Disposiciones de bienes a título gratuito a favor del menor o incapaz sujeto a tutela", en AA.VV.: *Código civil comentado* (dir. A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, J., y R. Valpuesta Fernández), 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2016.

Llamas Pombo, E.: "Comentario del art. 164", en AA.VV. *Código civil comentado* (dir. A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, J., y R. Valpuesta Fernández), 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2016.

Mariño Pardo, F.: "El administrador de bienes de un menor o incapacitado nombrado en acto a título gratuito. Naturaleza y cuestiones generales. La Resolución DGRN de 12 de julio de 2013". Disponible en: http://www.iurisprudente.com/2014/06/el-administrador-de-bienes-de-un-menor.html (Consultado el 29 agosto 2018).

Pascual Maiques, R.: "Comentario a la RDGRN 12 julio 2013". Disponible en: http://www.tirantonline.com/tol/documento.en/ *Tol 3920792.*

Sánchez-Calero Arribas, B.: *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Suárez Sánchez Ventura, J.M.: "La institución tutelar", en *Instituciones de Derecho Privado (*, coord.. Delgado de Miguel). Tomo IV. Familia. Volumen 2" Editorial Civitas y Consejo General del Notariado), Madrid, 2002, págs.425 a 584.

LA RESOLUCIÓN DE LA VENTA DE BIENES DE CONSUMO

TERMINATION OF THE SALE OF CONSUMER GOODS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 157-187

María Jesús
MONFORT
FERRERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: Este trabajo analiza los dos supuestos de resolución de la venta de bienes de consumo contenidos en la regulación del TRLGDCU. Se estudia la resolución debida a la falta de entrega del bien al consumidor, como la producida por la falta de conformidad del bien con el contrato, partiendo de la regulación, análisis y aplicación práctica de la resolución por incumplimiento del art. 1124 del Código Civil.

PALABRAS CLAVE: Venta de consumo, entrega de bienes, falta de conformidad, resolución de la venta, restitución.

ABSTRACT: This work analyzes the two cases of resolution of the sale of consumer goods contained in the regulation of the TRLGDCU. The resolution due to the lack of delivery of the good to the consumer is studied, such as that produced by the lack of conformity of the good with the contract, based on the regulation, analysis and practical application of the resolution for default of art. 1124 of the Civil Code.

KEY WORDS: Consumer sale, delivery of goods, lack of conformity, termination, sale rescinded, restitution.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA Y RESOLUCIÓN POR FALTA DE CONFORMIDAD.- III. MOMENTO DE LA RESOLUCIÓN.- 1. Momento de la resolución por incumplimiento de la obligación de entrega.- 2. Momento de la resolución por falta de conformidad.- IV. INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO.- 1. Incumplimiento de la obligación de entrega.- 2. Incumplimiento de la obligación de conformidad.- V. EJERCICIO DE LA RESOLUCIÓN.- VI. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN.- 1. Efecto liberatorio.- 2. Efecto restitutorio.- 3. Indemnización de daños y perjuicios.

I. INTRODUCCIÓN

El TRLGDCU contempla la resolución de la venta de bienes de consumo como un remedio o derecho del consumidor ante el incumplimiento, concretamente de la obligación de entrega del vendedor, o ante la falta de conformidad del bien con el contrato, cuando sí se ha entregado. Sin embargo, y al igual que el Código civil, prácticamente no la regula. Tampoco el Tribunal supremo ha tenido muchas ocasiones de pronunciarse, pues los casos que se llevan por vía judicial, por razones económicas suelen quedarse en instancias anteriores.

En relación con el contrato de compraventa de bienes de consumo, el TRLGDCU hace referencia a la resolución en dos supuestos: en el art. 66 bis, en el que se recoge la resolución por el incumplimiento del vendedor de su obligación de entrega; y, en el art. 118, en el que la resolución es un remedio subsidiario para el consumidor ante la entrega de un bien no conforme con el contrato.

Aunque la regulación de la resolución en el TRLGDCU es realmente escasa, el art. 59 TRLGDCU hace que también le sea aplicable toda la regulación general, ya que dispone que "los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos". Así pues, se trate o no de un contrato con consumidores, y aunque no se haya pactado en el contrato, frente al incumplimiento de una de las partes, el art. 1124 CC faculta a la parte que ha cumplido o está dispuesta a cumplir su prestación en una relación obligatoria sinalagmática, bien a exigir el cumplimiento forzoso, bien a resolver la relación, con

• María Jesús Monfort Ferrero
Licenciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia y Doctora en Derecho por dicha Universidad. Desde 2002, Profesora Titular de Universidad en el Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia. Colaboradora en la UOC desde 2014. Las líneas principales de investigación, el campo de las obligaciones y contratos y el Derecho de familia, se han plasmado en diversos artículos y monografías. maria.j.monfort@uv.es

indemnización de daños y perjuicios en ambos casos. Pero nos encontramos con el mismo problema, saber en qué consiste esta resolución o cuáles son sus efectos, puesto que son cuestiones que tampoco regula el Código, las da por supuestas, como se ha indicado en más de una ocasión. No obstante, respecto al art. 1124 CC sí que contamos con abundante jurisprudencia y con estudios doctrinales que han tratado de aclarar estas cuestiones.

En cualquier caso, no resulta difícil deducir que con la resolución se faculta al acreedor a poner fin a la relación obligatoria, o contractual, cuando ya no es posible o ya no es satisfactoria para él la realización de la prestación deseada. Por tanto, se trata de un supuesto de ineficacia sobrevenida del contrato por voluntad de una de las partes.

II. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA Y RESOLUCIÓN POR FALTA DE CONFORMIDAD

El art. 66 bis TRLGDCU establece, en su número 2, que "si el empresario no cumple su obligación de entrega, el consumidor y usuario lo emplazará para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el empresario no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato". No obstante, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato cuando el empresario haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea esencial a la vista de las circunstancias o cuando el consumidor informe al empresario, antes de la celebración del contrato, de que es esencial la entrega antes, o en una fecha determinada.

En cuanto a sus efectos, el apartado 3 dispone que el empresario deberá proceder a reembolsar, sin ninguna demora indebida, todas las cantidades abonadas por el consumidor en virtud del mismo.

El art. 66. bis recoge, pues, el derecho del consumidor a dar por finalizada la relación que tenía con el vendedor en caso de incumplimiento de este de su obligación de entrega. En este primer supuesto de resolución regulado por el TRLGDCU nos encontramos con un autentico incumplimiento, pues una de las partes no ha ejecutado la prestación debida. Por tanto, la resolución del art. 66 bis es una posibilidad que tiene el consumidor ante dicha falta de entrega, pero no la única. También podría acudir a los remedios o soluciones que regula el Código Civil con carácter general frente al incumplimiento[1]. Esto es, en caso

1 Como pone de manifiesto López Maza, S.: "Entrega de los bienes comprados mediante un contrato de venta", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y sus Leyes Complementarias,* (coord. R. Bercovitz rodríguez Cano), Aranzadi, Cizur menor, 2ª ed., 2015, en las pp. 926 y 927 "no obstante, el Considerando 53 y el artículo 18.4 DDC señalan que, además del derecho a resolver el contrato que tiene el consumidor ante el incumplimiento de la obligación de entrega por parte del empresario, cabe acudir a otros remedios o soluciones, conforme a la legislación nacional aplicable. Entre ellos,

de que el comprador siga interesado en la entrega de la cosa, y la entrega sea todavía posible, podría continuar esperando. Esto es, podría conceder un nuevo plazo para la entrega. También podría exigir el cumplimiento forzoso, es decir, interponer una acción de cumplimiento (art. 1124 CC). Puede, simplemente, dejar de pagar. El comprador tiene derecho a suspender el cumplimiento de su obligación de pagar el precio mientras no se le entregue la cosa (art. 1466 CC). Y, en cualquier caso, puede exigir una indemnización de los daños y perjuicios que el retraso o incumplimiento de la entrega, le haya producido. Nuestro Derecho establece, además, la compatibilidad de la acción de resolución con otros posibles remedios. El art. 66 bis TRLGDCU contiene una especialidad para el caso de que el comprador-consumidor decida resolver. Regula qué y cómo lo debe hacer, frente a la resolución del art. 1124 CC.

Como se indicaba anteriormente, en la regulación de la compraventa de bienes de consumo se prevé otro supuesto de resolución. Es la resolución por incumplimiento de la obligación de conformidad del bien. El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, y responde frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien (art. 114 TRLGDCU).

En este supuesto podría resultar más difícil hablar de incumplimiento, puesto que el vendedor sí que ha cumplido con su obligación principal de entrega. Pero cuando se trata de una compraventa de consumo la ley exige al vendedor que entregue un bien se sea conforme con el contrato. Por tanto sí podemos hablar de una obligación de conformidad del bien (o obligación de entregar un bien conforme con el contrato) y por tanto, también de incumplimiento de esta obligación; un incumplimiento que puede ser resolutorio conforme al art. 121 TRLGDCU, aunque pudiera no serlo conforme al 1124 CC.

Los remedios o derechos que tiene el consumidor ante la falta de conformidad son los previstos en el art. 118 TRLGDCU, el cual dispone que "el consumidor y usuario tiene derecho a la reparación del producto, a su sustitución, a la rebaja del precio o a la resolución del contrato". Los tres primeros están previstos más bien para el caso de cumplimiento defectuoso y el último de ellos, la resolución, para un incumplimiento definitivo. Estás cuatro posibilidades de actuación que tiene el consumidor no están situadas en el mismo plano, es decir, el consumidor no puede indistintamente optar por una u otra. En primer lugar, deberá intentar la reparación o la sustitución del producto y sólo cuando estas no se puedan exigir

el Considerando enumera expresamente, con carácter de *numerus apertus*: a) la concesión de un nuevo plazo adicional para la entrega; b) exigir el cumplimiento forzoso del contrato —se entiende que se trataría de una reclamación judicial—; c) retener el pago…; d) pedir daños y perjuicios. Hay que tener en cuenta que lo que impone la Directiva es el reconocimiento al consumidor del derecho a resolver el contrato, siendo el resto de soluciones de carácter facultativo".

o cuando no se hubieran llevado a cabo en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor, podrá el consumidor exigir la rebaja del precio o la resolución del contrato. Además, la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia.

La aplicación práctica de la resolución en estos casos es limitada por ser subsidiaria. El consumidor para solucionar la falta de conformidad deberá intentar primero la reparación o la sustitución del producto. Puede tener especial importancia para el consumidor en los supuestos de falta de conformidad en las ventas de bienes de segunda mano, en los que se encuentra excluida la posibilidad de que el consumidor exija la sustitución del bien. Igualmente, la reparación de los bienes de segunda mano puede resultar, gran parte de las veces, complicada y costosa, por lo que la rebaja del precio y la resolución serán los únicos recursos del consumidor para solucionar la falta de conformidad[2].

III. MOMENTO DE LA RESOLUCIÓN

1. Por incumplimiento de la obligación de entrega

Cuando el empresario no cumple a tiempo con su obligación de entrega el art. 66 bis establece que el comprador le concederá un nuevo plazo para que el vendedor cumpla con esta obligación. Con carácter general el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato una vez haya transcurrido el plazo adicional que debe conceder al empresario tras el primer incumplimiento de su obligación de entrega. Es decir, si el vendedor incumple su obligación de entrega, el consumidor deberá emplazarle para que cumpla en un nuevo plazo adecuado a las circunstancias. Si en este nuevo plazo concedido por el consumidor, el empresario continúa sin entregar el bien, el consumidor ya podrá resolver.

La resolución por falta de entrega es, pues, un remedio subsidiario[3], en el sentido de que sólo podrá exigirse cuando se produzca un segundo incumplimiento de la entrega. También es subsidiaria la resolución prevista en el art. 118 TRLGDCU, ya que sólo cabe tras haber intentado la reparación o la sustitución del bien, como veremos. No ocurre lo mismo con la resolución por incumplimiento del art. 1124 CC.

Ahora bien, no siempre se exige la concesión de un nuevo plazo por parte del consumidor al empresario para que el contrato pueda resolverse. Se prevén también en el art. 66 bis una serie de supuestos en que la resolución opera

2 Avilés García, J.: *Los contratos de compraventa de bienes de consumo,* Comares, Granada, 2006, pp. 374 y 375.

3 López Maza, S.: "Entrega", cit., p. 922.

automáticamente[4]. Así pues, el consumidor puede resolver de inmediato en dos supuestos:

a) Cuando el empresario haya rechazado entregar los bienes. No es necesaria la concesión de un nuevo plazo para la entrega si el empresario ya ha manifestado que no tiene intención de cumplir, puesto que de nada serviría la espera. Aunque no le exija la ley, el "rechazo al cumplimiento", debe ser manifiesto, expreso y claro. No basta el simple silencio, puesto que de otro modo no se tendría la certeza de estar ante un verdadero "rechazo" o repudiación por el vendedor. Si el consumidor pudiera interpretar el silencio como un rechazo, cuando en realidad pudiera tratarse de un simple retraso o de una negligencia, se podría correr el riesgo de eludir de manera generalizada la exigencia del párrafo primero de conceder nuevo plazo para la entrega. No obstante, apunta la doctrina, habrá casos en los que no sea necesaria una "repudiación expresa para constatar que el vendedor no estará en condiciones de cumplir, por voluntad propia o por otra contingencia"[5].

Además de esta exigencia, el consumidor que pretende la resolución debe haber cumplido o estar dispuesto a cumplir su prestación de pago del precio, puesto que la resolución es un remedio de que dispone la parte cumplidora frente al incumplimiento de la otra parte (art. 1124 CC), por lo que no será posible la resolución cuando el consumidor no quiera o no pueda cumplir[6]. En estos casos, cesa la obligación de entrega del vendedor (arts. 1466 y 1467 CC), por lo que no podemos hablar de incumplimiento de esta obligación.

b) Cuando el plazo de entrega sea esencial, bien porque así se deriva de las circunstancias, bien porque así lo haya manifestado el consumidor. Tampoco tiene sentido en este caso conceder un nuevo plazo al empresario para la entrega puesto que el interés del consumidor se vería frustrado con una entrega tardía.

4 Como señala Fenoy Picón, N.: "La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores", ADC, 2013, tomo LXVI, fasc. II, p. 777, no era necesario incorporar estas excepciones al TRLGDCU, pues, de acuerdo con la jurisprudencia del TS del 1124 CC, ante un incumplimiento resolutorio, el perjudicado podrá directamente resolver. Y es un incumplimiento resolutorio "aquel en el que habiendo un termino esencial para el cumplimiento, el vendedor no entrega el bien en la fecha exigible. También es incumplimiento resolutorio, aquel en el que el vendedor indica al comprador que no le entregará el bien. Nuestro Derecho (más bien su puesta en práctica) recoge, pues, los dos supuestos del artículo 18.1.II de la Directiva 20/83/UE que permiten al comprador-consumidor resolver directamente la relación de compraventa. Y los indicados incumplimientos resolutorios también lo son para la compraventa del TRLGDCU". Aunque, para evitar dudas, lo correcto es que se incorporen estas excepciones al TRLGDCU.

5 Carrasco Perera, A.: "Comentarios a la Ley 3/2014, de reforma de la LGDCU. Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 42 y 43.

6 López Maza, S.: "Entrega", cit., p. 929, quien afirma que la primera excepción, es decir, que el vendedor se niegue a cumplir, "tendría, a su vez, varias excepciones, es decir, supuestos donde no cabría la resolución automática. El empresario no tiene la obligación de entregar: 1) cuando el consumidor no cumpla con su obligación de pago del precio (artículo 1466: *exceptio non adimpleti contractus*), salvo que estemos ante un supuesto de pago del precio aplazado; 2) cuando estando ante un caso de pago aplazado del precio, el empresario descubre, tras la venta, que el comprador es insolvente (artículo 1467 CC)".

Señala la doctrina que no es necesario que se haya incluido en el contrato una declaración expresa de esencialidad (aunque en este caso podría encontrarse el consumidor con un problema de prueba), pero tampoco basta el hecho de que se haya incluido esta mención, ni el hecho de que el comprador informe de esta circunstancia, para convertir el término en esencial[7].

En cualquier caso, el cumplimiento tardío debe efectivamente frustrar el interés del comprador. Ahora bien, en mi opinión y de acuerdo con la literalidad de la norma, puesto que es difícil saber si efectivamente se frustra o no el interés del comprador, en el caso de que este haya comunicado en el momento de celebración del contrato una fecha como esencial, debería considerarse que hay un término esencial y no indagar mas sobre si efectivamente se ha frustrado o no el interés del consumidor con el retraso en la entrega.

2. Momento de la resolución por falta de conformidad

La resolución por falta de conformidad es también un remedio secundario o "último", puesto que sólo procede cuando se constate que es imposible, o ha resultado infructuosa, la reparación o la sustitución del bien y cuando una rebaja del precio tampoco satisfaga el interés del consumidor. La gravedad de los efectos de la resolución, que conlleva la extinción de la relación contractual y que es contraria al principio de conservación del contrato, impone que antes se opte por los otros remedios.

La resolución es un remedio, en principio, no deseado por ninguna de las partes. No interesa al vendedor puesto que supone la terminación de un contrato ya celebrado y la recuperación de un producto de difícil colocación en el mercado, puesto que ya no es nuevo. Tampoco es una buena opción para el comprador, que si adquirió ese producto es porque estaba interesado en él, de modo que es más lógico que busque el cumplimiento del contrato salvo que la falta de conformidad sea de tal importancia que haya quedado totalmente insatisfecho[8]. No obstante, aun en este caso en que la falta de conformidad deje totalmente insatisfecho al comprador sin que quepa la posibilidad de subsanarla, la posibilidad de acudir directamente a la resolución no se contempla en la regulación del TRLGDCU. Por último, hay que tener en cuenta que, como se ha dicho, que sea un remedio subsidiario es una exigencia del principio de conservación del contrato.

Así pues, el consumidor puede resolver en los siguientes supuestos:

7 Carrasco Perera, A.: "Comentarios", cit., pp. 42 y 43.

8 Marín López, M.J.: "Garantías y servicios posventa", en AA.VV. *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios,*(coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Cizur menor, 2ª ed., 2015, pp. 1762 y 1763.

a) Cuando no pudiera exigir la "reparación o la sustitución". Aunque la literalidad de la ley es clara en este punto, hay discrepancias en la doctrina a la hora de interpretar este inciso, puesto que la Directiva 1999/44/CE variaba su redacción al decir que el consumidor podría pedir la resolución si no podía exigir "ni la reparación ni la sustitución". Así, un sector de la doctrina considera que la ley española mejora la situación del consumidor respecto a la contemplada en la Directiva, ya que al estar recogidos los remedios principales de forma alternativa, basta que uno de ellos no pueda exigirse para que el comprador pueda resolver el contrato[9]. De este modo, si el bien no puede ser reparado, por ejemplo, aunque pueda ser sustituido, el consumidor podría resolver. Lo mismo ocurriría si el bien no puede ser sustituido, pero sí reparado.

Así, por ejemplo, la SAP Zaragoza 14 febrero 2007[10] declara la resolución de la compraventa de un automóvil cuando ya se había intentado la reparación, siendo que era posible la sustitución del vehículo por otro nuevo de las mismas características.

Otros autores, sin embargo, entienden que hemos de interpretar nuestra ley de acuerdo con la Directiva, de modo que sólo cuando no puede exigirse ninguno de los dos remedios principales, ni la reparación ni la sustitución, es cuando el consumidor está en condición de resolver el contrato[11]. Ciertamente, pese a la claridad de la ley, el consumidor, en la práctica, puede tener complicada la resolución del contrato cuando, por ejemplo, aunque no pueda repararse el bien, este pueda sustituirse por otro idéntico sin mayores complicaciones para el empresario.

Puesto que la resolución es un remedio subsidiario y reservado para casos en los que la falta de conformidad sea de cierta importancia, el consumidor deberá intentar, en primer lugar, la reparación o la sustitución del producto. Cuando el

9 Marín López, M.J.: "Garantías", cit., p. 1764. Igualmente, Espina Fernández, S.: "Los derechos de los consumidores ante la falta de conformidad con el contrato de compraventa", *Aranzadi Instituciones*, (BIB 2004\504), p. 8, afirma que "entender otra interpretación, sería dejar sin contenido efectivo el derecho de opción de saneamiento reconocido a los consumidores –ya que débil opción sería la que, entre dos alternativas de saneamiento, obligase a utilizar sucesivamente y de forma subsidiaria las dos alternativas de la opción– y sería incompatible con las reglas e) y f) del artículo 6 ya que ante la frustración de una forma de saneamiento dichas reglas facultan al consumidor a exigir la otra forma de saneamiento no utilizada o bien la rebaja del precio o la resolución del contrato".

10 Sentencia de la AP Zaragoza 14 febrero 2007 (JUR 2007, 254577).

11 Vérgez Sánchez, M.: *La protección del consumidor en la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo,* Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 99 y sigs.; Castilla Barea, M.: *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo,* Dykinson, Madrid, 2005, pp. 252 y 253; Represa Polo, M.P.: "Los derechos del consumidor ante el incumplimiento de la obligación de conformidad". *Garantía en la venta de bienes de consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio),*(coord. S. Díaz Alabart), Edisofer, Madrid, 2006, pp. 161 y 162; Moscoso Torres, P.J.: "El régimen legal de las garantías en la venta de bienes de consumo", *Hacia un Código del consumidor (*dir. Azparren Lucas), Madrid, 2006, pp. 794; Álvarez Lata, N y Peña López, F.: *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor* (coord. J.M. Busto Lago) 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 711.

vendedor le comunique que éstas, o al menos una de ellas, son imposibles o desproporcionadas es cuando podrá resolver el contrato.

b) Cuando la reparación o la sustitución no se hubieran llevado a cabo en un plazo razonable. El art. 120 b) TRLGDCU, al igual que la Directiva, impone que la reparación y la sustitución deberán llevarse a cabo en un plazo razonable, en otro caso, el artículo siguiente permite al consumidor resolver el contrato. El problema es determinar cuándo el plazo es razonable, puesto que no se establece en la ley ningún periodo máximo, sino que dependerá de la naturaleza de los productos y de la finalidad que pretendiera darles el consumidor[12].

c) Cuando la reparación o la sustitución no se hubieran llevado a cabo sin "mayores inconvenientes" para el consumidor. De nuevo el legislador, siguiendo los pasos del legislador comunitario, emplea un concepto jurídico indeterminado. La doctrina[13] señala que por "inconvenientes" debemos entender cualquier irregularidad en la reparación o en la sustitución del bien, diferente a la del retraso como, por ejemplo, que el bien entregado en sustitución tenga nuevamente una falta de conformidad; o que la reparación se haya realizado sin éxito.

Así, en la SAP A Coruña 25 enero 2007 podemos leer que "no puede obligarse al consumidor a una nueva sustitución o reparación[14]. El consumidor no tiene garantía de que con una nueva oportunidad de cumplimiento, los muebles que vayan a entregarse sean conformes al contrato. Tiene una pérdida de confianza en el futuro cumplimiento del vendedor". Igualmente en la SAP Alicante 18 diciembre 2009 se dice que después de ocho reparaciones del vehículo no puede obligarse al autor "a soportar nuevas privaciones del uso del vehículo al tener que trasladarlo al taller para proceder a sucesivas e indefinidas reparaciones, ni tampoco puede obligársele a la sustitución del vehículo por otro nuevo pues es comprensible su falta de confianza con ese modelo"[15].

Por otro lado, la norma exige que los inconvenientes sean mayores, es decir, habrá ciertos inconvenientes que sí deberá soportar el consumidor, sin que pueda pretender la resolución del contrato. Lo determinante es que, una vez hecha la

12 Así, la SAP Pontevedra 11 abril 2003 (2003, 210483) considera que una semana es tiempo razonable para hacer la reparación de un teléfono móvil, puesto que el móvil es un bien que se necesita de inmediato y si se tarda en reparar, es razonable entender que el comprador no lo hubiera adquirido. Si bien se apoyan en los arts. 1484 y 1486 CC. La SAP Barcelona 29 abril 2008 (JUR 2008, 170620) considera que no es razonable las sucesivas reparaciones que se hicieron a un ordenador desde el 29 de septiembre hasta el 6 de marzo del año siguiente.

13 Marín López, M.J.: "Garantías", cit., p. 1753.

14 SAP A Coruña 25 enero de 2007 (JUR 2007, 291096).

15 SAP Alicante 18 diciembre 2009 (AC 2010, 717). Se trataba de la compraventa de un vehículo *Land Rover Freelander* en septiembre de 2003 que, desde ese momento, había sufrido al menos ocho reparaciones documentadas en un periodo inferior a un año.

reparación o la sustitución, debe haberse corregido la falta de conformidad y el consumidor debe quedar satisfecho[16].

d) Cuando el empresario se niegue a dar solución a la falta de conformidad, o la fecha de entrega del bien sea esencial[17]. Aunque son supuestos que no menciona la ley, es obvio que, si el empresario se niega a reparar el bien o a sustituirlo por otro, por considerar que no hay falta de conformidad, el consumidor podrá intentar directamente la resolución del contrato. Lo mismo ocurre cuando al consumidor ya no le satisface esperar a que el bien sea reparado o sustituido por otro porque lo necesitaba para una fecha determinada. Nos encontramos aquí con el mismo problema al que se hacía referencia en la falta de entrega. Esto es, no será necesario que el consumidor haya mencionado en el contrato expresamente la esencialidad, aunque se podrá encontrar con un problema de prueba cuando el carácter esencial no se derive claramente de la naturaleza del bien y no se haya hecho constar expresamente en el contrato.

IV. INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

1. Incumplimiento de la obligación de entrega (presupuestos: falta de entrega)

El art. 66 bis TRLGDCU se refiere a la facultad del comprador de resolver el contrato por incumplimiento del vendedor de su obligación de entrega de cosas muebles corporales. El problema que trata de resolver este artículo es el de la falta de entrega del vendedor y, por tanto, el incumplimiento previsto por la norma es únicamente el debido a la falta de entrega de estos bienes.

Otros posibles incumplimientos del vendedor bien deberán encajarse en la falta de conformidad, bien en la norma general del art. 1124 CC. Por otro lado, como ya se ha dicho, el mero retraso cuando todavía es posible satisfacer el interés del consumidor, no constituye un incumplimiento resolutorio, pues el consumidor deberá emplazar al empresario para que cumpla en un plazo adicional.

Además, puede tratarse del incumplimiento de la entrega única o de cualquiera de las entregas en caso de se hubiera pactado la entrega por partes, siempre que haya fundados motivos para inferir que "se producirá un incumplimiento esencial del contrato en relación con futuras entregas"[18].

16 Ortí Vallejo, A.: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE,* Comares, Granada, 2002, p. 176.

17 Marín López, M.J.: "Garantías" , cit., p. 1765 y 1766.

18 Carrasco Perera, A.: "Comentarios", cit., p. 39.

2. Presupuestos: Incumplimiento resolutorio: falta de conformidad que no sea de escasa importancia

Como ya se ha indicado, la resolución no procede cuando el incumplimiento, o la falta de conformidad, sea de escasa importancia (art. 121 TRLGDCU). El primer problema consiste en distinguir cuándo la falta de conformidad es o no de escasa importancia[19]. No cabe duda, como apunta la doctrina, de que para ello se tendrá que acudir a criterios objetivos (como, por ejemplo, sería una falta de conformidad de escasa importancia, que el defecto se refiera al embalaje o la presentación). Pero, junto a estos criterios objetivos, también deberá tenerse en cuenta el criterio subjetivo del consumidor. Esto es, cuando ante una falta de conformidad concreta, el interés del consumidor no queda satisfecho y, no queda satisfecho porque, si el consumidor hubiera conocido esa falta de conformidad, no hubiera contratado o hubiera pagado menos precio por la cosa, utilizando palabras del Código civil (si bien también puede entenderse que en estos casos el comprador ya dispone de las acciones edilicias, de modo que para disponer de este plus de protección basta con que los defectos sean de "menor entidad").

En definitiva, ha quedado frustrada la finalidad del comprador al haber adquirido dicho bien[20]. El contrato podrá resolverse salvo que los defectos sean "pequeños, nimios, sin importancia o apenas perceptibles, siempre que el interés contractual del consumidor sea satisfecho. La falta de conformidad de escasa importancia es un tipo de anomalía cualitativa, ante la cual el consumidor, a lo más, podrá ejercitar la reducción del precio"[21].

Señala algún autor que el incumplimiento debe referirse, para no ser de escasa importancia, a las prestaciones principales, por lo que no es posible la resolución por infracción de deberes accesorios[22]. Sin embargo, en mi opinión, podría darse el caso de que la falta de conformidad afectase a una prestación comúnmente considerada accesoria pero que para el comprador fuese importante. De modo que, aplicando los criterios subjetivos, también en este caso procedería la resolución. Por ejemplo, si como prestación accesoria se hubiera contratado la instalación o el montaje y el consumidor necesitaba el bien para una fecha determinada en la que, por esa falta, no se pudo utilizar.

19 Sobre la cuestión, véase Fenoy Picón, N.: "La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del texto refundido de consumidores", *A.D.C.,* tomo LXII, 2009, núm. I, pp. 211 a 334.

20 Marco Molina, J.: "La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías sobre bienes de consumo". *RCDI*, 2002, núm. 674, p. 2330; Marín López, M.J.: "Garantías", cit., p. 1768; Represa Polo, M. P.: "Los derechos", cit., p. 168.

21 Fenoy Picón, N.: "La entidad", cit., p. 298.

22 García Vicente, J.R.: "La contratación con consumidores", en AA.VV., *Tratado de contratos* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), tomo II, Tirant lo Blanch, 2013, p. 1712.

Por último, como también ha indicado la doctrina esta exigencia de que la falta de conformidad no sea de "escasa importancia" del art. 121 TRLGDCU, no encaja con la práctica jurisprudencial respecto a la resolución del art. 1124 CC, pues la jurisprudencia ha venido exigiendo que el incumplimiento fuera grave. Una vez más en la regulación del TRLGDCU, se beneficia al consumidor, puesto que basta que la falta de conformidad no sea de escasa importancia para que este pueda resolver. El juez no podrá exigir que la falta sea grave[23].

La SAP de La Rioja de 22 mayo 2012 considera que "lo que establece la Ley 23/2003 para el consumidor es un régimen más benévolo que el propio art. 1124, ya que frente a la necesaria gravedad que exige el art. 1124 CC, el art. 7 de la citada ley sólo exige para la resolución contractual que la falta de conformidad subsistente a los remedios anteriormente intentados (reparación o sustitución) no sea de escasa importancia. No debe olvidarse que la legislación especial referida a los consumidores supone un refuerzo de protección al consumidor, una protección mínima del consumidor y cuyo principal objetivo es rebajar el nivel de frustración contractual necesario para la resolución (basa en ella, como se ha señalado, que los defectos del bien no sean de mínima importancia siempre que el consumidor haya intentado infructuosamente otras formas de saneamiento preferentes)"[24].

Entiende Marín López que, en concordancia con lo que se ha visto anteriormente respecto al momento de la resolución, esta será posible, aunque la falta de conformidad sea de escasa importancia, cuando la reparación o la sustitución del bien no hayan subsanado la falta de conformidad, o cuando el vendedor se niegue a reparar o sustituir el bien o no lo haga en un periodo de tiempo razonable. En estos casos el comprador puede resolver, aunque el incumplimiento sea de escasa importancia, pues "de lo contrario se obligaría al consumidor a mantener la vinculación contractual a pesar de reiterados incumplimientos leves del vendedor". Además, esta tesis sería acorde "con la doctrina de nuestros tribunales, que obligan

23 Ortí Vallejo, A.: *Los defectos*, cit., p. 184, para quien exigir que el defecto no sea de escasa importancia no es lo mismo que exigir que sea grave; Castilla Barea, M.: *El nuevo*, cit., p. 249; Represa Polo, M.P.: "Los derechos", cit., pp. 268 quien, refiriéndose al vicio oculto, también señala que la escasa importancia es una noción más exigua que la de gravedad. Marín López, M.J.: "Garantías", cit., p. 1768, quien no descarta que la jurisprudencia siga exigiendo que "la falta de conformidad sea grave para poder resolver (equiparando lo no leve –lo que no es de escasa importancia– con lo grave)".

24 La SAP La Rioja 22 mayo 2012 (AC 2012, 489) se refiere a la compra de un lavabo fabricado por la demandada que retenía agua en el pozo y, al ser reparado por la vendedora, se agrietó, con lo que resultaba inútil como lavabo y como elemento decorativo. La AP considera improcedente la resolución por haber transcurrido el plazo de 3 años para la interposición de la acción.
La SAP Murcia 7 julio 2009 (JUR 2009, 382453), entiende que las oxidaciones en la parte inferior de una cabina de hidromasaje, debidas probablemente a una defectuosa instalación de la cabina, son una falta de conformidad pero de escasa importancia, puesto que no afectan a la finalidad de la cabina, que puede seguir utilizándose, aunque no tienen porqué ser soportadas por el comprador. Por ello se condena a la rebaja del precio y no a la resolución del contrato. Igualmente, la SAP Murcia 29 abril 2008 (JUR 2008, 339607) considera de escasa importancia el "ruido interno" que hace el motor de una moto, sin que afecte a su funcionamiento ni exija reparación alguna por parte del taller.

al acreedor a solicitar primero el cumplimiento y, si este deviene infructuoso, le permiten la resolución"[25].

Sin embargo, otros autores se muestran contrarios a esta tesis[26]. Ciertamente, no porque el consumidor haya señalado la existencia de una falta de conformidad de escasa importancia, haya solicitado la reparación o la sustitución, por ejemplo, y el vendedor se haya negado a esta, procede directamente la resolución. Imaginemos el caso de que la falta de conformidad se encuentra, como comentábamos anteriormente, en la presentación o en embalaje. Objetivamente un supuesto de escasa importancia y que tampoco es relevante para el consumidor. Considero que, salvo que el vendedor esté de acuerdo en la resolución, será muy difícil que el consumidor logre la aprobación del juez para lograrla. Habrá supuestos en los que sí proceda la resolución pese a que la falta de conformidad sea de escasa importancia, pero no en todos. Habrá que valorar el caso concreto.

V. EJERCICIO DEL DERECHO A RESOLVER

La concurrencia de los presupuestos necesarios para que el contrato pueda resolverse no produce automáticamente la resolución, sino que es necesario su ejercicio por parte del consumidor. No olvidemos que la resolución, también en el caso de contratación con consumidores, es una opción. El consumidor podría optar por exigir el cumplimiento forzoso, en el caso de la falta de entrega, o por la rebaja del precio, por ejemplo, en caso de falta de conformidad.

Por lo tanto, la resolución, como facultad del acreedor, derecho del consumidor o remedio ante el incumplimiento requiere, al menos, de una declaración de voluntad de este. Eso, sin tener en cuenta que podría ser que el empresario no estuviera de acuerdo con la existencia de una la falta de conformidad, en cuyo caso habría que acudir al juez. La falta de entrega es, sin duda, un supuesto más objetivo, más teniendo en cuenta que el consumidor le debe dar al empresario un nuevo plazo para cumplir. Por tanto, en la mayor parte de los casos, el empresario que no ha entregado el bien tendrá que aceptar la resolución. No obstante, también podría haber problemas cuando el vendedor entrega fuera de plazo y el interés del consumidor ya se ha visto frustrado, o cuando el vendedor considera que la entrega sí se ha producido.

25 Marín López, M.J.: "Garantías", cit., p. 1768. Parece desprenderse lo contrario de la SAP Cantabria 24 marzo 2009 (AC 2009, 1382) al decir que "la resolución sólo procede cuando el consumidor no pueda exigir aquellas opciones; luego si la reparación o la sustitución son posibles en términos razonables, no cabe pretender la resolución de la venta, y tampoco cabe cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia; es decir –y expresado de otra manera– la resolución del contrato es una opción de saneamiento subsidiaria o en defecto de la reparación o sustitución del bien de consumo que constituya el objeto de la venta, procedente, además, sólo cuando la falta de conformidad ostente una entidad importante".

26 Carrasco Perera, A.: *Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 1229 y Fenoy Picón, N.: "La entidad", cit.. p. 270.

En relación con el ejercicio la resolución surge la cuestión de si esta facultad se puede ejercitar extrajudicialmente o, por el contrario, hay que acudir al juez necesariamente. Ya en relación con la resolución del art. 1124 CC, la doctrina[27] se planteaba la duda de si la mera declaración del acreedor tenía eficacia resolutoria desde el mismo momento en que se producía, o sí era necesario el acuerdo o conformidad con la resolución propuesta por el acreedor. Obviamente, será necesario el acuerdo del incumplidor ya que, en otro caso, será el juez el que la declare en una sentencia.

Como señala la doctrina[28], aunque en el derecho continental la resolución tradicionalmente es judicial, de manera que la sentencia es, además, constitutiva, en nuestro Derecho se ha debilitado este carácter y el art. 1124 CC no exige que haya de ser el juez quien la constituya, ni siquiera quien la declare. Podría hablarse, pues, de una evolución jurisprudencial, pues, aunque parece que el legislador del 1124 CC está pensando en una resolución judicial cuando establece que "el Tribunal decretará la resolución que se reclame…", poco a poco se ha ido permitiendo por los tribunales, "que la resolución pueda producirse a través de declaraciones de voluntad extrajudiciales"[29].

Si las partes están de acuerdo en que la falta de conformidad puede dar lugar a la resolución, no se planteará mayor problema. Pero en otro caso, si el vendedor entiende que es de escasa importancia, no habrá más remedio que acudir al juez para que determine la importancia del defecto y si se trata o no de un incumplimiento resolutorio[30]. Lo mismo ocurre en caso de resolución por falta de entrega. Si el vendedor acepta que no ha entregado la cosa ni en el tiempo pactado, ni en el adicional, o que se trataba de un término esencial, la resolución se podrá producir extrajudicialmente. Cabe, pues, la resolución extrajudicial, como consecuencia de una declaración de voluntad del consumidor de dar por resuelto en contrato y que el vendedor acepte, y la resolución judicial, declarada en sentencia, cuando el vendedor no acepte la resolución exigida por el comprador[31].

Señalaba la doctrina que hubiera sido deseable introducir un artículo en el TRLGDCU en el que se indicara "con claridad y sin lugar a dudas que la resolución es de ejercicio extrajudicial. No basta disponer de una jurisprudencia

27 Montés Penadés, V. L.: "De las obligaciones puras y de las condicionales", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo), tomo XV, Vol. 2, Edersa, Madrid, 1989, p. 1226; Álvarez Vigaray, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento,* Comares, Granada, 1986, p. 230; Ogáyar y Ayllón, T.: *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los arts. 1124 y 1504 C.C.,* Aranzadi, Pamplona, 1983, p. 107.

28 Clemente Meoro, M.E.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 122.

29 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* Vol. II, Tecnos, Madrid, 1996, p. 703, aun cuando puntualiza que, en definitiva, son los tribunales quienes tienen que establecer si la resolución llevada a cabo extrajudicialmente estaba bien o mal hecha y quienes deben discernir sus consecuencias.

30 Castilla Barea, M.: *El nuevo,* cit., p. 248.

31 Marín López, M.J.: "Garantías", cit., p. 1769.

que, interpretando el art. 1124, realmente modifica la norma que aquél dispone", a lo que se añade que la notificación de la resolución debería poder hacerse de cualquier forma. Además, se añadía que "si tenemos presente que para la reparación o la sustitución del producto, el art. 119 TRLGDCU regula, con claridad, su ejercicio extrajudicial y que la resolución es remedio subsidiario, lo adecuado es considerar que todo el conjunto de remedios de los que el consumidor puede disponer, por la entrega de un producto no conforme con el contrato, puede válidamente ejercitarlos de modo extrajudicial. No parece adecuado que unos remedios tengan una forma de ejercicio y otros, otra"[32].

En caso de que el comprador decida resolver y el vendedor se muestre de acuerdo con la resolución, la resolución será efectiva desde el acuerdo, aunque ciertos efectos se puedan retrotraer al momento de la celebración del contrato. Esto es, la resolución se produce cuando el consumidor lo así lo decide y lo comunica al vendedor, cuando hay acuerdo. Ahora bien, si las partes no se ponen de acuerdo sobre si se ha producido o no los presupuestos para la resolución, será necesario un control judicial, por lo que esta será de carácter judicial (si bien también puede ser un árbitro quien lo decida), y los efectos comenzarán a producirse desde la sentencia y no desde que el acreedor optó por la resolución.

Por otro lado, frente a la afirmación de que su ejercicio puede producirse tanto por vía de acción como de excepción[33], la jurisprudencia entiende que sólo por vía de acción puede resolverse el contrato. Así, la SAP Cantabria 15 julio 2009 afirma, respecto a un supuesta resolución por falta de entrega que "la pretensión resolutoria de la parte demandada y apelante ejercitada al amparo de la derogada Ley 23/2003, no puede prosperar porque, a falta de una resolución convencional o ya declarada judicialmente, y de acuerdo con reiteradísima jurisprudencia (por todas STS 27-7-2007) la resolución ha de ejercitarse por vía de acción y no de excepción"[34].

32 Fenoy Picón, N.: "La compraventa", cit., p. 783.

33 Represa Polo, M.P.: "Los derechos", cit., p.167, quien afirma, respecto a la resolución del contrato, que "su ejercicio puede plantearse tanto como una acción como por vía de excepción, es decir, puede el consumidor ante la falta de conformidad, concurriendo los presupuestos vistos, solicitar la resolución del contrato, e, igualmente, puede oponerse a la pretensión de cumplimiento planteada por el vendedor en la que le reclame el pago del precio, solicitando, además, que se resuelva la compraventa. La LGVBC no regula el ejercicio la *exceptio adimpleti contractus*, pero no existe ninguna razón para excluir su aplicación puesto que nos encontramos ante un contrato sinalagmático y ante el incumplimiento del vendedor de su obligación de entrega de los bienes conforme al contrato, puede el consumidor oponer esta circunstancia cuando s le reclame el cumplimiento de su obligación, por aplicación de las normas generales (art. 1124 CC)". Cita la autora a Marín López, M.J. No obstante, una cosa es que el comprador pueda paralizar la acción del vendedor que reclama el pago del precio con la *exceptio adimpleti contractus*, puesto que tiene la intención de resolver el contrato, y otra es que pueda en ese momento ejercitar la resolución.

34 SAP Cantabria 15 julio 2009 (AC 2009, 1873). Se trataba de una compraventa de muebles, algunos de ellos defectuosos y otros no entregados, de la que solo se había pagado parte del precio. Cuando el vendedor demanda al consumidor exigiéndole el pago de la totalidad del precio, este pretende dar por resuelto el contrato dada la falta de entrega y de conformidad. La AP admite la excepción y paraliza el procedimiento, en tanto no se cumpla (entrega de los muebles que faltan) o se resuelva el contrato.

VI. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

Tradicionalmente se ha admitido que con la resolución del contrato se extingue el vínculo contractual. Propiamente con la resolución no se extingue el contrato, sino que transforma las obligaciones que este había generado[35], o deja al contrato sin efectos, entendiéndose por estos los que serían propios del contrato en cuestión, no los que precisamente se hayan pactado para el caso de resolución.

En cualquier caso, con la resolución las partes quedan liberadas, por lo que si el comprador todavía no ha pagado el precio ya no tendrá que pagarlo. La resolución lleva aparejada la restitución recíproca de las prestaciones que hasta este momento se hayan realizado, con el objeto de hacer desaparecer los efectos propios del contrato que este hubiera podido desplegar. Por lo tanto, el vendedor deberá devolver el precio abonado y el comprador deberá restituir el producto adquirido, siempre y cuando uno y otro hubieran recibido la prestación o parte de ella.

1. Efecto liberatorio

Una primera consecuencia de la resolución del contrato es la liberación de las partes. Si las prestaciones, o alguna de ellas, no se habían cumplido, ya no se deberán cumplir.

En el caso de resolución por falta de entrega, una vez resuelto el contrato las partes quedan liberadas de su obligación de cumplir. El vendedor ya no deberá entregar la cosa ni el comprador deberá pagar el precio, en caso de que no lo hubiera pagado. Ya que, la resolución a que se refiere el art. 66 bis, se ha producido por decisión del comprador puesto que se ha frustrado su interés con el incumplimiento de la obligación de entrega, aun cuando el vendedor quisiera cumplir, ya no sería posible, pues la relación contractual ha quedado extinguida y el consumidor ya no tiene la obligación de recibir el bien[36].

Exactamente lo mismo ocurre en el caso de resolución por falta de conformidad. Lo normal es que el vendedor, en este supuesto sí que haya cumplido con su obligación de entrega y por este motivo el comprador es consciente de la falta de conformidad. Mas frecuente será el supuesto de que el comprador no hubiera

35 Rodríguez-Rosado, B.: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 158 y 159, quien afirma que "la resolución no extingue el contrato ni de forma retroactiva —"como si nunca hubiese existido"— ni actual. La resolución opera ciertamente la extinción de las obligaciones contractuales primerias, los deberes de prestación, produciendo por tanto el consiguiente deber de restitución. Pero el contrato y la relación jurídica contractual no se extinguen, ni devienen ineficaces, sino que se transforman en una relación que obliga a la restitución de las prestaciones realizadas". A lo que añade que "eso hace que sigan en vigor estipulaciones contractuales previstas para casos de conflicto, cláusulas penales, determinaciones sobre el Derecho aplicable y, en general las disposiciones no referidas a los deberes de prestación primarios".

36 López Maza, S.: "Entrega", cit., p. 924.

comenzado a pagar el precio o no lo hubiera pagado en su totalidad. En este caso, queda liberado de tal obligación.

2. Efecto restitutorio

La resolución supone la extinción del contrato con efectos retroactivos, por tanto, las partes deberán restituirse las prestaciones. El comprador deberá restituir la cosa con los frutos, aunque puede ser que la cosa no se ha entregado y por tanto, no se tendrá que restituir. Y el vendedor deberá restituir el precio con los intereses. El vendedor ha de restituir el dinero, no cumple con la entrega de un vale para adquirir nuevos productos en su negocio por el importe que conste en el mismo[37].

En caso de resolución por falta de entrega, lo normal es que el vendedor no haya entregado la cosa por lo que el TRLGDCU sólo regula la obligación de este de restituir el dinero recibido. Aunque también puede darse el caso de que el comprador todavía no hubiera pagado el precio, por lo que nada se tendría que restituir por parte del empresario, o que el comprador hubiera recibido parte de la cosa, con lo que también este debería restituir lo recibido hasta el momento de la resolución.

A) Restitución en caso de resolución por falta de entrega

Obligación de restitución del empresario: Restitución del dinero

Además del efecto liberatorio, el art. 66 bis en su apartado tercero regula el alcance del efecto restitutorio de las cantidades abonadas por el consumidor. Este artículo dispone que "cuando se haya resuelto el contrato, el empresario deberá proceder a reembolsar, sin ninguna demora indebida, todas las cantidades abonadas por el consumidor y usuario en virtud del mismo". Obviamente, si el consumidor todavía no hubiera comenzado a cumplir con su obligación de pago del precio, no sería de aplicación el artículo puesto que no habría nada que restituir. Y, aunque la ley no lo mencione, el consumidor deberá restituir, igualmente, todo lo que hubiera recibido en virtud del contrato.

Objeto de la restitución serán "todas las cantidades abonadas por el consumidor", por tanto, no sólo la parte del precio que ya se hubiera pagado sino cualquier pago legítimo hecho por el consumidor en relación con el contrato. Deberán restituirse las arras, se apliquen o no al precio, y, en caso de haberse

37 Así se desprende, por ejemplo, de la SAP Toledo 10 junio 2010 (JUR 2010, 267416)

cumplido sólo en parte la obligación de entrega, los gastos de entrega y devolución de la parte de la cosa, costes de instalación, reparación o mejora[38].

Igualmente, aunque la ley no lo mencione, deberán restituirse los intereses que el precio abonado al empresario hubiera devengado. Señala la doctrina que "quien está disfrutando de un bien que está generando frutos, como es el dinero, no puede enriquecerse a costa de quien se lo entregó y tiene derecho a recuperarlo"[39]. No se plantea en este punto la posibilidad de compensar los intereses con el uso dado a la cosa puesto que el supuesto general que se regula es el de que el comprador no ha usado la cosa puesto que esta no ha sido entregada.

En cuanto al momento de la restitución, esta deberá hacerse lo antes posible, ya que la ley exige que se haga "sin ninguna demora indebida". Esta referencia a la demora indebida ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, puesto que no concreta que demoras pueden estar justificadas y cuando estaríamos ante una demora indebida. En cualquier caso, significa que la devolución no necesariamente debe hacerse inmediatamente o "desde luego" (art. 1113 CC), sino que cabe un tiempo razonable para hacerla. Puesto que no se señala expresamente, como tiempo razonable puede entenderse el plazo de 30 días previsto para la entrega en el párrafo primero art. 66 bis, coincidente con el del art. 76 TRLGDCU, relativo al la restitución del precio cuando el consumidor ejercita su derecho de desistimiento y aplicable por analogía. Ahora bien, la doctrina entiende que este sería un límite máximo, es decir, que cuando haya causa justificada el empresario podrá demorar la devolución hasta 30 días, pero no más allá[40].

Obligación de restitución del consumidor: Restitución de la cosa

En principio, la restitución de la cosa por parte del comprador-consumidor no procederá en el supuesto del art. 66 bis, puesto que el consumidor no ha recibido la prestación. Sin embargo, como ya se ha dicho, puede ser que el consumidor si que la haya recibido en parte. En el caso de que el comprador si que hubiera recibido parte de la prestación también deberá proceder a la restitución de la misma al vendedor.

38 Domínguez Luelmo, A.: "Artículo 76", en AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*,(dir. S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2001, pp. 669 y 670; Carrasco Perera, A.: "Comentarios", cit., p. 43, quien aclara que si bien las cantidades abonadas son las pagadas al vendedor por cualquier concepto y no los costes pagados a terceros (transporte, instalación) ni los costes de reparación u mejora de la cosa, todos serán reembolsables o indemnizables. López Maza, S. "Entrega", cit., p. 925.

39 López Maza, S.: "Entrega", cit., p. 927; Quicios Molina, S.: "Restitución de frutos, compensación de mejoras e intereses del precio en la resolución", en *Tratado de compraventa,* (dir. A. Carrasco Perera), tomo II, Aranzadi, Navarra, 2013, p. 1464.

40 Carrasco Perera, A.: "Comentarios", cit., p. 41; López Maza, S.: "Entrega", cit., p. 925, quien señala que está en contra de esta opinión Fuenteseca Degeneffe, C., "Artículo 18. Entrega", en AA.VV.: *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil: comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU),* (coord. S. Díaz Alabart y M.T. Álvarez Moreno), 2014, pp. 431.

Al consumidor no debe suponerle ningún coste, por lo que "el comprador no estará sujeto a indemnizar ni restituir el (eventual) valor de uso de la cosa durante el tiempo que haya disfrutado de ella, ni tampoco por el desgaste de uso ordinario ni por los deterioros sufridos que no le sean imputables"[41]. Puesto que la cuestión de la restitución del bien por parte del consumidor no se hace mención en el art. 66 bis, la trataré al hilo de la restitución de la cosa en caso de resolución por falta de conformidad.

B) Restitución en caso de resolución por falta de conformidad

En este caso, el vendedor sí que habrá entregado la cosa, puesto que de otro modo no podría apreciarse la falta de conformidad y estaríamos en un supuesto de incumplimiento por falta de entrega al que ya nos hemos referido. Es posible que también el comprador haya pagado el precio, por lo que ambos deberán restituirse las prestaciones recibidas. Si está poco regulada la resolución y sus efectos en caso de falta de entrega, no encontramos ninguna alusión el TRLGDCU a la restitución en el supuesto de resolución por falta de conformidad.

Respecto a la obligación de restitución del precio del vendedor será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 66 bis en lo relativo al momento de la restitución. Es decir, cuando se haya resuelto el contrato, el empresario deberá proceder a reembolsar, sin ninguna demora indebida, todas las cantidades abonadas por el consumidor y usuario en virtud del mismo. Valga lo dicho al comentar este artículo respecto a que la restitución deberá hacerse sin ninguna demora indebida. Si comprador y vendedor deben restituirse las prestaciones, estamos ante una obligación recíproca y, por tanto, de cumplimiento simultáneo. En el momento en que el comprador restituya o ponga a disposición del vendedor el producto adquirido, este último debería restituir las cantidades recibidas del comprador.

En cuanto al objeto de la restitución, el art. 66 bis se refiere a "todas las cantidades abonadas por el consumidor", sin embargo, ante la resolución por falta de conformidad, cabe plantearse si el empresario también debe restituir todas las cantidades recibidas o puede deducir el valor de uso. En caso de falta de conformidad es posible que el consumidor haya utilizado la cosa comprada hasta que detecta y exige la reparación de la falta de conformidad, de modo que la cosa puede haberle sido útil durante algún tiempo. Por ello, cabe plantearse si esa utilidad o beneficio obtenido por el comprador "es partida que ha de computarse en el efecto restitutorio que conlleva la resolución de la relación de compraventa"[42].

41 Carrasco Perera, A.: "Comentarios", cit., p. 43.

42 Fenoy Picón, N.: "Comentario a la STS 17 enero 2008: Compraventa internacional de vehículos automóviles de segunda mano: aplicación de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980; no hay falta de conformidad; no denuncia en plazo de la falta de conformidad (comparación con la denuncia del TRLGDCU y otros modelos

Respecto al efecto restitutorio de la resolución del art. 1124 CC, la doctrina sí que ha considerado que conlleva la devolución del valor de uso que se hubiese hecho de la cosa, aunque dicho valor de uso podría tratarse en concepto de resarcimiento por el incumplimiento imputable. Así, hay autores que afirman que el empresario no deberá restituir los intereses devengados durante el tiempo de pendencia de la condición (se entiende aplicable a la resolución del art. 1124 CC lo dispuesto para las obligaciones condicionales en los arts. 1122 y 1123 CC) pues "son la compensación al vendedor por el uso o disfrute de la cosa por el comprador. Y esto por aplicación del art. 1120 CC. Los frutos producidos por la cosa debida se entienden compensados con los intereses del precio"[43].

Sobre esta cuestión, la Directiva 1999/44/UE daba libertad a los Estados miembros, al decir, en su Considerando (15) que "los Estados miembros podrán establecer que se pueda reducir el importe de la restitución al consumidor teniendo en cuenta el uso que este haya hecho del bien desde el momento en que le fue entregado". Sin embargo, la Ley 23/2003 sobre Garantías en la venta de Bienes de Consumo no recogió esta posibilidad, que tampoco pasó, lógicamente, a la redacción del TRLGDCU[44]. Al contrario, el art. 21 de este texto legal establece que "la devolución del precio del producto habrá de ser total en el caso de falta de conformidad del producto con el contrato, en los términos previstos en el título V del libro II". Por lo tanto, podemos concluir en este punto que el empresario deberá restituir todas las cantidades que hubiera recibido en virtud de la venta del bien de consumo, al igual que ocurre en la resolución del art. 66 bis TRLGDCU, sin que pueda cobrarse el valor de uso.

La SAP Barcelona 12 junio 2014, respecto a la consideración de la recurrente de que de resolverse el contrato se produciría un enriquecimiento injusto si es condenada a la devolución de todo el precio pagado pues habría disfrutado gratuitamente el demandante del vehículo durante todo este tiempo, entiende

de Derecho privado europeo); desestimación de la indemnización solicitada por el comprador; descripción del sistema de la Convención de Viena de la falta de conformidad de la mercadería", *CCJC*, vol. 78, sept-dic., 2008, pp. 1322 a 1327; Fenoy Picón, N.: "La compraventa", cit., p. 789.

43 Rovira Jaén, F. J.: *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (su razón histórica)*, Civitas, Madrid, 1995, p. 304. En la SAP Castellón 26 febrero 2008 (AC 2008, 891) se compensa el valor de uso con los perjuicios sufridos y estima que "el beneficio que el uso del vehículo le ha reportado a la compradora no es superior al de las molestias y perjuicio patrimonial que le han ocasionado las averías atendidas las circunstancias concretas del presente caso".

44 Con anterioridad a esta Ley, la Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, en su art. 11, sí que establecía que "el régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidades de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, en lo sucesivo deberá permitir que el consumidor o usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio; pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro; pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento". Tras la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, se modificó el citado art. 11, de modo que además de hacerse referencia también al cumplimiento defectuoso se añadía que "la devolución del precio del producto habrá de ser total en el caso de que se encuentre dentro del plazo de garantía legal, en los términos previstos en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo". Finalmente, este artículo pasó a ser el art. 21 del TRLGDCU.

que "al margen de que la Ley especial que nos ocupa no contempla factor o elemento alguno de reducción para el caso de instar el consumidor la resolución del contrato, …, dicha solución resulta inaceptable pues penalizaría los derechos del consumidor y mermaría en gran medida la eficacia de la propia garantía que legalmente se le impone al vendedor pues se habría pagado por la utilización de un producto viciado lo mismo que por uno correcto –y ello sin entrar a considerar las penurias vividas por el demandante con ocasión de las diferentes averías sufridas–. Además, la parte demandada tenía en sus manos haber evitado la depreciación de la que ahora se queja facilitando al comprador la sustitución del vehículo tan pronto advirtió las graves anomalías que presentaba el vehículo de autos"[45].

Sin embargo, la ya citada SAP Alicante 18 diciembre 2009[46] condena al vendedor del vehículo a restituir una cantidad, 20.142,28 € más los intereses, inferior al valor del vehículo, 2.600 €, si bien no justifica si esa disminución es debida al valor de uso. Igualmente en la SAP Castellón 28 noviembre 2005, si bien al importe del vehículo se suma el del impuesto de matriculación a efectos de su restitución, se establece que "a ese importe hay que reducirle un 20%, cantidad que se estima prudencialmente como acorde con el tiempo en que se ha utilizado el vehículo, teniendo en cuenta que el uso durante ese periodo de tiempo no ha sido el idóneo para un vehículo de las características del adquirido, y que se han ocasionado múltiples molestias e incomodidades…"[47].

Respecto a la obligación de restitución de la cosa por parte del comprador-consumidor, tras la resolución, el comprador deberá restituir la cosa que fue objeto de la compraventa. El TRLGDCU no contiene regla alguna relativa a cómo debe realizarse esta restitución ni de qué ocurre cuando la cosa se ha deteriorado, mejorado o, incluso, se ha perdido. Tampoco la jurisprudencia se detiene mucho en esta cuestión. Tradicionalmente, y en relación con la resolución del art. 1124 CC se ha considerado de aplicación lo previsto en el art. 1122 CC, al que remite el art. 1123 CC por considerarlo un caso particular de la idea de condición resolutoria[48].

Partimos de que la obligación de restitución, como obligación de dar, lleva consigo la obligación de conservación de la cosa hasta el momento en que se haga efectiva la devolución. No obstante, la cosa puede haberse deteriorado o perdido.

45 SAP Barcelona 12 junio 2014 (AC 2014, 1689) trata de la compra de un automóvil Audi A4 Avant 2.0 TDI de 170 cv que, a los pocos meses de su compra, ya se tuvo que sustituir el motor y, a partir de ahí, sufrió averías importantes (bomba de aceite, control e inyección y turbo). Cuando se solicita la resolución, el vehículo había recorrido más de 180.000 km.

46 SAP Alicante 18 diciembre 2009 (AC 2010, 717).

47 SAP Castellón 28 noviembre 2005 (AC 2006\219).

48 Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos*, cit., p. 723.

Aunque la ley no lo regule, si aplicamos de forma análoga lo dispuesto en el art. 120 a) TRLGDCU relativo a la reparación o sustitución del bien[49], el ejercicio del derecho a resolver y su obligación a restituir, no debe suponer para el consumidor coste alguno, por lo que los gastos de conservación y almacenamiento hasta el momento en que se haga efectiva la resolución, deberán asumirse por el vendedor.

Por la misma razón, el comprador deberá restituir la cosa en el estado en que se encuentre. No debe hacerse cargo del deterioro normal por el uso ni tampoco, lógicamente, del deterioro que sea consecuencia de la falta de conformidad. Ni siquiera de los daños que pueda haber sufrido la cosa cuando por su acción o por la de un tercero se haya actuado sobre la cosa tratando de solventar la falta de conformidad. Ahora bien, otro tipo de deterioros debidos a la culpa del consumidor, sí deberán ser soportados por este, indemnizando los perjuicios que suponga el deterioro que, en la práctica, supondrá una compensación con parte del precio que debiera restituir el empresario.

Lo mismo se puede decir si la cosa se hubiere perdido o no pudiera restituirse. Si se ha perdido sin culpa del deudor, por caso fortuito o fuerza mayor o debido al defecto o falta de conformidad, el comprador no deberá restituir la cosa, aunque sí tendrá derecho a que se le restituya el precio que pagó (art. 1122. 1 y art. 1182 CC), teniendo en cuenta, además, la especial protección que el TRLGDCU dispensa al consumidor. El comprador, por el hecho de que haya perecido la cosa, no pierde la posibilidad de resolver. Recordemos que, en la regulación del saneamiento por vicios ocultos en el Código civil, la pérdida de la cosa tampoco es un obstáculo para el ejercicio de la acción redhibitoria, ni siquiera cuando la pérdida se deba a culpa o negligencia del comprado (arts. 1487 y 1488 CC).

Si la cosa se ha perdido por su culpa, y no puede restituirla, tampoco pierde la posibilidad de resolver, pero esta deja de tener sentido puesto que no puede exigir la restitución del precio, que quedaría compensado con el valor de la cosa que él debería entregar, al haberse convertido en una restitución por equivalente. El art. 1122. 2 CC en este punto establece que, si la cosa se pierde por culpa del deudor, éste quedará obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios[50]. Exigirle al consumidor que restituya por equivalente el valor de la cosa y, además, indemnice al empresario los daños derivados de la pérdida, resulta excesivo teniendo en cuenta, además, que se trata de un consumidor.

Por último, si la cosa hubiera experimentado alguna mejora, dice el art. 1222 CC que tendremos que distinguir si la mejora ha operado por obra de la

49 Avilés García, J.: *Los contratos*, cit., pp. 376.

50 También, según el art. 1307 CC, cuando "el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha".

naturaleza o se a debido a la actuación del consumidor. Si la cosa se mejora por su naturaleza, o por el tiempo, cede a favor del vendedor. Si la mejora se debe a la acción del comprador, este tendrá los mismos derechos que el usufructuario. Es decir, podrá el consumidor retirar las mejoras que hubiere introducido, siempre que fuere posible hacerlo sin detrimento de los bienes. Si no puede retirarlas porque con ello se perjudica la cosa, ceden a favor del vendedor[51]. Seguramente, el consumidor que desea la resolución por falta de conformidad pese a haber introducido mejoras en la cosa que no va a poder retirar, asume la perdida de ese gasto frente a la posibilidad de recuperar el precio que pagó por el bien.

3. Efecto indemnizatorio

Mas que un efecto propio de la resolución, la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento es un remedio compatible con ella, así como con la exigencia del cumplimiento forzoso. Así lo vemos en la regulación de las obligaciones y contratos del Código civil (art. 1124 y 1101). El art. 8 c) TRLGDCU lo configura, además, como un derecho de básico del consumidor.

En cualquier caso, el consumidor que pretenda ser indemnizado deberá contar con los presupuestos para el nacimiento de la obligación de indemnizar. Por tanto, deberá probar el daño, la falta de entrega o la falta de conformidad, la relación de causalidad entre el incumplimiento por falta de entrega o de conformidad y el daño y, por último, la imputación subjetiva del daño al contratante incumplidor. Y, como señala la doctrina, el legislador de consumo "es consciente de que por la dificulta de acreditar el daño es improbable la reclamación del consumidor dañado frente al incumplimiento del empresario o profesional, puesto que el riesgo de incertidumbre sobre su acreditación, así como los costes aparejados a su ejercicio (arbitral o judicial) son fuertes incentivos para que no se pretendan acciones indemnizatorias"[52].

A) Por falta de entrega. Actualmente ya no se regulan las consecuencias de la demora en la restitución de estas cantidades por el empresario. Antes de la reforma operada a través del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, el apartado 3 del art. 66 bis disponía, además, que "en caso de retraso injustificado en cuanto a la devolución de las cantidades, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio de su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad"[53]. Sin

51 El TS, en la mayoría de las ocasiones ha solventado el problema de las mejoras introducidas en la cosa que debe restituirse conforme al art. 1124 CC acudiendo a los artículos 1123 y 1122.6 CC. Así, entre otras, la STS 10 marzo 1950 (RJ 1950, 704), 7 julio 1982 (RJ 1982, 4220), 6 febrero 1984 (RJ 1984, 576), 17 junio 1986 (RJ 1986, 3554), 24 febrero 1988 (RJ 1988, 1301), 13 octubre 1995 (RJ 1995, 7080).

52 García Vicente, J.R.: "La contratación", cit., p. 1714.

53 La doctrina (entre otros, Fuenteseca Degeneffe, C.: "Artículo", cit. p. 452; Domínguez Luelmo, A.: "Artículo", cit., p. 671; Sánchez Gómez, A.: "Artículo 104", en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de*

embargo, hoy en día el consumidor no podrá exigir esta cantidad de dinero al empresario, aunque sí la indemnización de daños i perjuicios que el retraso en la restitución pueda haberle causado.

Así pues, el consumidor que haya sufrido algún perjuicio por la demora o incumplimiento de la obligación de entrega y pretenda ser indemnizado, deberá cumplir los requisitos generales, esto es: a) falta de entrega del producto por el vendedor; b) existencia del daño; c) relación de causalidad entre la falta de cumplimiento o el retraso y el daño; 4) que el daño sea imputable al vendedor.

Como señala la doctrina, deberán indemnizarse si así se reclaman, tanto los daños materiales como los daños morales, "incluyendo el interés contractual negativo o la confianza del consumidor en que la cosa se acabaría entregando". Sin embargo, la indemnización no incluirá el lucro cesante, ya que el consumidor no actúa en el ámbito de una actividad empresarial o profesional[54].

Como ya se ha señalado, la acción de indemnización de daños y perjuicios es compatible tanto con la solicitud de cumplimiento forzoso, como con la resolución del contrato. Por tanto, se podrá exigir siempre que se den los requisitos que hemos visto anteriormente. No se exige pues, que el incumplimiento sea grave, ni que se trate de un incumplimiento definitivo. Basta un retraso en la obligación de entrega para que, si este ha causado daños al consumidor, pueda solicitar la reparación de los mismos.[55]

B) Por falta de conformidad. El art. 117 TRLGDCU en su párrafo segundo contiene una norma de remisión respecto a la posibilidad del consumidor a pedir una indemnización de los daños y perjuicios causados por la falta de conformidad, al decir que "en todo caso, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad". Respecto a los daños indemnizables por falta de conformidad, se indemnizarán también los daños patrimoniales, los personales y los daños morales.

los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Navarra, 2009, p. 1309; García Vicente, J.R.: "La contratación", cit., p. 1703; López Maza, S.: "Entrega", cit., p. 926) entendía que se trataba de una especie de cláusula penal, pero sin posibilidad de ser moderada por el juez. Exigirla o no era un derecho del consumidor y la cuantía era la fijada por la ley, el doble de la suma adeudada, por lo que compartía tanto la naturaleza de sanción, puesto que se podía exigir en cualquier caso, y de indemnización de daños y perjuicios, puesto que si éstos excedían de esa cantidad el consumidor podía reclamar el exceso.

54 García Vicente, J.R.: "La contratación", cit., p. 872; López Maza, S.: "Entrega", cit., p. 928.

55 En este sentido López Maza, S.: "Entrega", cit., p. 928, quien, sin embargo, continúa diciendo que sólo cabe reclamar la indemnización cuando el vendedor no haya restituido las cantidades sin demora indebida, es decir, "a partir del momento en que el comprador opta por la resolución, sólo tiene que devolver las cantidades adeudadas".

Por lo que respecta a los daños personales, es más dudoso que se pueda exigir su satisfacción por esta vía, puesto que si se ha adquirido un bien por un consumidor y el uso normal del bien le ha producido daños corporales o personales, más que alegar una falta de conformidad, lo lógico es se que considere que el producto es defectuoso y se acuda a la normativa de los arts. 128 y sigs. TRLGDCU. Lo mismo puede decirse respecto a los daños causados a otros bienes por el producto adquirido. Así, el art. 129 establece que el régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado".

Respecto a los daños materiales en el propio producto aparecidos dentro de los plazos de garantía, si encajan en una falta de conformidad, el consumidor debería acudir a los remedios o derechos derivados de la falta de conformidad y no pretender directamente una indemnización ni por producto defectuoso, ni derivada del incumplimiento de la obligación de conformidad[56]. En primer lugar, pues, debería solicitar la reparación o la sustitución del bien dañado y, cuando no fuera posible realizar estas conforme a lo que ya se ha dicho, solicitar la resolución del contrato o la rebaja del precio.

Por último, no cabe duda que, los daños morales, se incluirán en la indemnización. El hecho de adquirir un bien que no sea conforme con el contrato puede suponer la frustración de las expectativas legítimas del consumidor de manera que le produzca "zozobra, desasosiego o aflicción"[57], situaciones que, aunque son mas frecuentes en contratos como los de viaje combinado o de prestación de servicios médicos, también pueden darse en determinadas compras de bienes de consumo[58].

56 El art. 142 TRLGDCU dispone que "los daños materiales en el propio producto no serán indemnizables conforme a lo dispuesto en este capítulo, tales daños darán derecho al perjudicado a ser indemnizado conforme a la legislación civil y mercantil". Parra Lucán, A.: "Disposiciones comunes en materia de responsabilidad", en AA.VV., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*,(coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano). Aranzadi, Cizur menor, 2ª ed., 2015, p. 2044, entiende que "en el ámbito de la Unión Europea, los problemas de los daños en el propio producto defectuoso han sido objeto de atención por la Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo. Esta Directiva fue incorporada al Derecho español por la Ley 23/2003, de 18 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, y su regulación ha sido incorporada al TRLGDCU (arts. 114 a 127). En su caso, la víctima deberá acumular una y otra acción (que pueden ir dirigidas contra personas distintas) o, si lo prefiere, incluso, a la vista de la jurisprudencia, pretender la indemnización de todos los daños sufridos al amparo de las reglas generales de responsabilidad".

57 García Vicente, J.R.:"La contratación", cit., p. 1715, que, además, apunta que en muchas ocasiones la indemnización de los daños morales se justifica por la dificultad de acreditar los daños propiamente patrimoniales y con una finalidad extraña a la indemnización (que es puramente resarcitoria) como puede ser la preventiva de conductas dañosas o, sin más, la puramente punitiva (sancionar económicamente al empresario incumplidor).

58 En la SAP Valencia 12 enero 2011 (AC 2011, 1722) también relativa a una compraventa de un vehículo, se condena a indemnizar básicamente por la privación de uso, mientras el coche ha estado en el taller y por los desembolsos que efectivamente ha hecho el comprador, y no por la existencia de un daño moral.

Así, la SAP Asturias 28 mayo 2008, si bien considera que no procede la resolución del contrato de compraventa de un vehículo, "lo que no puede ignorar el tribunal son las molestias, incomodidades, preocupaciones y pérdida de tiempo que para el apelante ha supuesto los defectos que presenta el vehículo, agravadas por la falta de respuesta y solución satisfactoria tanto por la vendedora como por el fabricante… Perjuicio moral que supera el ámbito patrimonial y que debe ser indemnizado"[59].

No obstante, en muchos de los casos en que se condena a indemnizar no se especifica qué daños concretos son los que se están reparando. Así, la SAP Zaragoza 14 febrero 2007, condena a la devolución del precio pagado por el bien adquirido, en este caso un automóvil, más el interés legal de la misma desde el momento de la compra del vehículo, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad con el contrato, sin especificar los daños y perjuicios concretos[60].

Debe ser indemnizado tanto el daño emergente como el lucro cesante. En la SAP Barcelona 29 abril 2008 afirma que "es evidente que la falta del ordenador personal durante el tiempo que media desde el mes de septiembre hasta el mes de marzo, en que estuvo permanentemente sometido a reparaciones sin éxito, debió trastornar la normal actividad y los beneficios de su utilización debían reportarse para el actor y que cuantifica en el 35% de su coste"[61].

59 SAP Asturias 28 mayo 2008 (JUR 2008, 330316).

60 SAP Zaragoza 14 febrero 2007 (JUR 2007, 254577). Sin embargo, en la SAP Castellón 28 noviembre 2005 (AC 2006, 219), en la que también se solicitaba la resolución de la venta de un automóvil, no se condena a restituir los intereses salvo los devengados a partir de la fecha "en que la entidad actora ponga el vehículo a disposición de la demandada, al cesar el uso del vehículo por parte de la compradora del mismo".

61 En la SAP Barcelona 29 abril 2008 (JUR 2008, 170620).

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Lata, N y Peña López, F.: *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor* (coord. J.M. Busto Lago) 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

Álvarez Vigaray, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento,* Comares, Granada, 1986.

Avilés García, J.: *Los contratos de compraventa de bienes de consumo,* Comares, Granada, 2006

Carrasco Perera, A.: *Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

-"Comentarios a la Ley 3/2014, de reforma de la LGDCU. Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 9, 2014, pp. 33 a 48.

Castilla Barea, M.: *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo,* Dykinson, Madrid, 2005.

Clemente Meoro, M. E.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* Vol. II, Tecnos, Madrid, 1996.

Domínguez Luelmo, A.: "Artículo 76", en AA.VV., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (dir. S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2001, pp. 669 y ss.

Espina Fernández, S.: "Los derechos de los consumidores ante la falta de conformidad con el contrato de compraventa", *Aranzadi Instituciones,* (BIB 2004, 504).

Fenoy Picón, N.: "Comentario a la STS 17 enero 2008: Compraventa internacional de vehículos automóviles de segunda mano: aplicación de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980; no hay falta de conformidad; no denuncia en plazo de la falta de conformidad (comparación con la denuncia del TRLGDCU y otros modelos de Derecho privado europeo); desestimación de la indemnización solicitada por el comprador; descripción del sistema de la

Convención de Viena de la falta de conformidad de la mercadería", *CCJC,* vol. 78, sept-dic., 2008, pp. 1299 a 1339.

Fenoy Picón, N.: "La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de los Consumidores", ADC, tomo LXII, 2009, núm.1. pp. 211 a 334.

Fenoy Picón, N.: "La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores", ADC, 2013, tomo LXVI, fasc. II, pp. 717 y ss.

Fuenteseca Degeneffe, C.: "Artículo 18. Entrega", en AA.VV., *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil: comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)* (coord. S. Díaz Alabart y M. T. Álvarez Moreno), Reus, Madrid, 2014, pp. 431 a 460.

García Vicente, J.R.: "La contratación con consumidores", en AA.VV., Tratado de contratos (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), tomo II, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1498 y ss.

Juárez Torrejón, A.: *La protección contractual del consumidor por las faltas de conformidad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

López Maza, S.: "Entrega de los bienes comprados mediante un contrato de venta", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y sus Leyes Complementarias* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Cizur menor, 2ª ed., 2015.

Marco Molina, J.: "La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías sobre bienes de consumo", *RCDI*, 2002, núm. 674, p. 2275 y ss.

Marín López, M.J.: "Garantías y servicios posventa", en AA.VV., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Cizur menor, 2ª ed., 2015.

Montés Penadés, V. L.: "De las obligaciones puras y de las condicionales", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo) tomo XV, vol. 2, EDERSA, Madrid, 1989, pp. 1173 y 1174.

Moscoso Torres, P.J.: "El régimen legal de las garantías en la venta de bienes de consumo", en AA.VV.: *Hacia un Código del consumidor* (dir. Azparren Lucas), Madrid, 2006, pp. 727 y ss.

Ogáyar y Ayllón, T.: *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los arts. 1124 y 1504 C.C.,* Aranzadi, Pamplona, 1983.

Ortí Vallejo, A.: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE,* Comares, Granada, 2002.

Parra Lucán, A.: "Disposiciones comunes en materia de responsabilidad", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano) Aranzadi, Cizur menor, 2ª ed., 2015, p. 2044 y ss.

Quicios Molina, S.: "Restitución de frutos, compensación de mejoras e intereses del precio en la resolución", en AA.VV.: *Tratado de compraventa* (dir. A. Carrasco Perera), tomo II, Aranzadi, Navarra, 2013, pp.

Represa Polo, M.P.: "Los derechos del consumidor ante el incumplimiento de la obligación de conformidad", en AA.VV.: *Garantía en la venta de bienes de consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio),* (coord. S. Díaz Alabart), Edisofer, Madrid, 2006, pp. 133 y ss.

Rodríguez-Rosado, B.: *Resolución y sinalagma contractual,* Marcial Pons, Madrid, 2013.

Rovira Jaén, F. J.: *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (su razón histórica),* Cívitas, Madrid, 1995.

Vérgez Sánchez, M.: *La protección del consumidor en la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo,* Aranzadi, Pamplona, 2004.

DEBER DE TRANSPARENCIA MATERIAL EN LA CONTRATACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CON CONSUMIDORES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

DUTY OF MATERIAL TRANSPARENCY AND CONSUMER MORTGAGE LOANS IN SPANISH LAW

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 188-219

M. Natalia
MATO PACÍN

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: La abundante jurisprudencia recaída en los últimos años como consecuencia de una contratación de préstamos hipotecarios de consumo carente de la debida transparencia material permite delimitar los deberes que, en este sentido, vinculan a las entidades bancarias: cuál es su fundamento, supuestos de hecho, consecuencias y, principalmente, los criterios aplicados en la práctica por los tribunales.

PALABRAS CLAVE: Transparencia material; préstamos hipotecarios; consumidores; cláusula suelo; préstamos en divisa extranjera; IRPH.

ABSTRACT: Last years' jurisprudence on consumer mortgage loans owing to a lack of the material transpareny due allows for an analysis of the duties that bind financial entities on this matter: grounds, hypotheses, consequences and, mainly, guidelines used by the courts in practice.

KEY WORDS: Material transparency; consumer mortgage loans; floor clauses; loans on foreign currency; IRPH.

SUMARIO.- I. LA NECESIDAD DE UN CONTROL ESPECIAL PARA LAS CLÁUSULAS QUE DEFINEN EL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO Y SUPUESTOS DE HECHO. II. ELEMENTOS A VALORAR (O NO) EN EL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL.- 1. Información y contexto precontractual. 2. El papel del notario.- 3. El perfil del consumidor.- 4. La observancia de las obligaciones de información en la normativa sectorial bancaria.- III. POSITIVIZACIÓN DE LOS DEBERES DE TRANSPARENCIA: ¿CAMBIOS A LA VISTA?.- IV. CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD POR FALTA DE TRANSPARENCIA.- BIBLIOGRAFÍA.

I. LA NECESIDAD DE UN CONTROL ESPECIAL PARA LAS CLÁUSULAS QUE DEFINEN EL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO Y SUPUESTOS DE HECHO

El proceso de contratación en el ámbito bancario, especialmente cuando de clientes consumidores se trata, es el típico ejemplo de formación de un contrato no negociado. El contenido del mismo está recogido en largos y farragosos clausulados de los que habitualmente no tiene un claro conocimiento la parte adherente. Así, el consumidor no siempre evalúa ni presta atención, por ejemplo, a cláusulas que regulan límites a la responsabilidad de la entidad financiera predisponente, a cláusulas que le imponen determinados gastos de formalización, la contratación de un seguro, una penalización desproporcionada en caso de incumplimiento o a cláusulas que obligan a litigar, en su caso, en tribunales lejanos. Y respecto de este tipo de cláusulas, es relativamente irrelevante la información que le preste la entidad financiera al consumidor. Es decir, para su validez la normativa española[1] las sujeta a un primer control denominado de incorporación: un control formal que lo que exige es que el clausulado se entregue y sea accesible al consumidor y que su redacción sea clara y legible de tal modo que se le posibilite su lectura en el caso de que el consumidor quiera detenerse a analizar el contenido del contrato

1 A modo de breve referencia al marco jurídico español en el que nos movemos en cuanto a protección del consumidor frente a cláusulas abusivas en contratos no negociados se refiere, cabe señalar que la principal norma vigente en esta materia en la actualidad es el Real Decreto Legislativo 1/2017, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU). Esta norma vino a derogar parcialmente a la Ley de condiciones generales de la contratación (Ley 1/1998, de 13 de abril, vigente en algunas cuestiones, en adelante LCGC), por la que se había transpuesto al ordenamiento jurídico español la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, norma que garantiza al consumidor una protección mínima en esta materia, obligatoria en todos los Estados de la Unión Europea.

• M. Natalia Mato Pacín
Profesora del Departamento de Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid. Su tesis (Cláusulas abusivas y empresario adherente) fue galardonada con el XVIII Premio Sancho Rebullida a la mejor tesis en Derecho civil en su curso académico. Ha sido Secretaria de la Junta Arbitral de Consumo de la Zona Noroeste de la Comunidad de Madrid (2012-2013). Su campo de investigación se centra, principalmente, en la contratación con consumidores y la contratación mediante condiciones generales. así como en el Derecho de fundaciones. Correo electrónico: mmato@der-pr.uc3m.es

que firmó (artículos 5 y 7 de la LCGC y artículo 80 TRLGDCU)[2]. Pero no se exige, desde el punto de vista de la regulación protectora de los consumidores en contratación no negociada, explicaciones o una información más detallada de este tipo de cláusulas a las que, por otra parte, el adherente no suele prestar atención porque no es eficiente hacerlo (sería mayor el coste que las ventajas)[3].

De ahí que el control que realmente supone una protección para el consumidor respecto de las cláusulas predispuestas no sea este primer control formal sino el denominado control material o de abusividad: que la cláusula no represente un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe y en perjuicio del consumidor (artículos 82 y ss. TRLGDCU)[4]. Si así fuera, la cláusula sería considerada nula por abusiva. Y este hecho no cambiaría aunque se hubiera explicado y resaltado su contenido al consumidor. Seguiría siendo abusiva porque el problema que da lugar a dicha abusividad trae causa de la existencia de un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes intrínseco a la cláusula. Defecto que no se elimina por ser puesto de manifiesto y cuyo control se justifica por el especial procedimiento de formación del contrato, predeterminado e impuesto por una de las partes, sin ser expresión de una plena autonomía bilateral de la voluntad[5].

Ahora bien, este razonamiento no se puede aplicar a todas las cláusulas del contrato. Sí a las de naturaleza accesoria o contingente -ejemplos de las cuales son las citadas anteriormente-, pero no a aquellas que recogen los elementos esenciales del contrato, es decir, el objeto principal del mismo. Respecto de las primeras, la protección del consumidor no viene por la información que ha recibido sobre ellas sino por su contraste con lo que sería un reparto equilibrado de los derechos y obligaciones de las partes. Al haber sido cláusulas impuestas y no negociadas,

2 Los artículos 5 y 7 LCGC hablan de "*transparencia, claridad, concreción y sencillez*" y rechazan las cláusulas "*ilegibles, ambiguas, oscuras* e *incomprensibles*" mientras que el artículo 80.1.a) TRLGDCU señala la necesidad de "*concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa*" y de cognoscibilidad ("*accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido*", si atendemos al artículo 80,1,b) TRLGDCU).

3 Acerca del comportamiento eficiente del adherente nos remitimos al análisis de Alfaro Águila-Real, J.: *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 70 y ss. y Pagador López, J.: *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 113 y ss.

4 El artículo 82 TRLGDCU recoge el núcleo de este control material mediante una cláusula general que hace pivotar la valoración de la abusividad alrededor de dos conceptos: la buena fe y el desequilibrio significativo de derechos y obligaciones de las partes. Esta cláusula general se complementa con un listado no exhaustivo de cláusulas más delimitadas, que sirve de apoyo para concretar lo abstracto de estos conceptos (artículos 85 a 90 TRLGDCU).

5 Acerca del fundamento de los distintos controles a los que se sujetan las cláusulas no negociadas con consumidores, nos remitimos a los trabajos de Alfaro Águila-Real, J.: *Las condiciones*, cit., pp. 52 y ss.; Miquel González, J. M.: "Comentario al artículo 82", en AA.VV.: *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (dir. por S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011, pp. 715 y ss. (en especial, pp. 726 y ss.); Carrasco Perera, A.: *Derecho de contratos*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 773 y ss.; Pagador López, J.: "Condiciones generales y cláusulas abusivas", en AA.VV.: *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007* (dir. por M. Rebollo Puig; M. Izquierdo Carrasco), Iustel, Madrid, 2011, pp. 1407 y ss.

serán válidas en tanto en cuanto sean equilibradas[6]. Sin embargo, el grado de conocimiento por parte del consumidor de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato -y, por tanto, las advertencias e indicaciones que haya hecho el predisponente al respecto- es relevante y tiene consecuencias en cuanto a su validez. Al ser este tipo de cláusulas, las que delimitan los elementos esenciales del contrato -el bien o servicio y el precio a pagar como contrapartida-, las que son tomadas realmente en consideración por el consumidor para decidir si contratar o no, lo que debe garantizarse es que sean efectivamente conocidas por él[7]. Aquí no cabe realizar un control de contenido en el sentido antes expuesto, esto es, un contraste entre la cláusula del contrato y lo que "debería ser" la cláusula para ser considerada como equilibrada puesto que, por un lado, no existe un parámetro de contraste (¿cuándo el precio es muy alto o muy bajo para el bien o servicio?) y, por otro, no cabe un control judicial de precios (esto debería quedar para el mercado y la competencia)[8]. Si las cláusulas han sido debidamente conocidas y comprendidas por el consumidor y, como consecuencia, las ha consentido, este consentimiento es el que garantiza su validez. Así conceptuado, se entiende cómo cobra relevancia respecto de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, precisamente, la información que se ha transmitido sobre ellas. Debe garantizarse su pleno conocimiento, que sepa el consumidor lo que realmente está contratando para que pueda comparar y elegir entre las distintas opciones en el mercado, es decir, para que pueda funcionar la competencia. Porque si se han conocido y comprendido, no hay posibilidad de un control de contenido ulterior: aquí el problema no es el contenido sino que si éste no es efectivamente conocido, el consumidor no puede saber qué está contratando y realizar la comparaciones oportunas[9].

En este contexto hay que entender la única norma que hace referencia al régimen aplicable a las cláusulas no negociadas que definen el objeto principal del contrato. Efectivamente, y a diferencia de las cláusulas accesorias, no existe en la actualidad en España, normativamente hablando, una regulación jurídica completa y clara del control al que las primeras se someten, ni desde el punto de vista de su configuración ni en cuanto a sus consecuencias jurídicas. El único texto al que se puede recurrir es al art. 4.2 Directiva 93/13/CEE, que dispone que "la apreciación

6 Miquel González, J. M.: "Comentario", cit., p. 718.

7 Alfaro Águila-Real, J.: *Las condiciones*, cit., p. 64; Miquel González, J. M.: "Comentario", cit., pp. 726-727; Pertíñez Vílchez, F.: *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 24 y ss.

8 Miquel González, J. M.: "Comentario", cit., p. 723.

9 Al respecto, *vid*. Miquel González, J. M.: "Comentario", cit., pp. 726-727; Pertíñez Vílchez, F.: "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *InDret*, núm. 3, 2013, p. 13; *La nulidad*, cit., pp. 25 y ss.; González Pacanowska, I.: "Comentario al artículo 80", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias* (coord. por R. Bercovitz), Aranzadi, Navarra, 2015, p. 1063; Cañizares Laso, A.: "Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo", *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre, 2015, pp. 75-76, 81; Pazos Castro, R.: *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 412 y ss.

del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá" a aquellas que se recojan el bien o servicio y el precio o retribución "siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"[10]. A partir de este artículo la jurisprudencia ha desarrollado el control aplicable a las cláusulas no negociadas que definen el objeto principal del contrato y que ha venido a denominarse como control de transparencia material.

Del texto literal del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE se deduce, *a sensu contrario*, que las cláusulas que regulan elementos esenciales están excluidas del control de abusividad si son transparentes. Aunque la configuración y naturaleza jurídica del control de transparencia material ha sido y es una cuestión controvertida entre la doctrina[11], parece que esta claridad y comprensibilidad a la que hace referencia la norma es algo distinto a la transparencia exigida como requisito en el control de incorporación del que hablábamos antes[12]. Si bien todas las cláusulas del contrato no negociado -elementos esenciales y accesorios- deben ser legibles y accesibles (esto es, deben superar el control formal de incorporación) para entenderse incluidas en el contrato, este primer control formal es insuficiente respecto de los elementos esenciales del contrato. Y lo es porque ellos, como señalábamos antes, sí que influyen en la toma de decisión del consumidor de contratar y, por tanto, es preciso que éste sea plenamente consciente de lo que implican. En palabras del Tribunal Supremo es necesario que el consumidor "tenga un conocimiento

10 Acerca del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE y su aplicación en el ordenamiento jurídico español a pesar de no estar transpuesto en nuestra normativa, por todos, Cámara Lapuente, S.: "Transparencia, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LC, marzo 2015, pp. 557 y ss.

11 De forma sintética, dejamos indicado que se ha cuestionado su pertenencia al control de incorporación formal (Cámara Lapuente, S.: "Transparencias", cit., pp. 562 y ss.; Albiez Dohrmann, K. J.: "Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16: *Andriciuc y otros/Banca Românesac□ SA*", *La Ley Unión Europea*, núm. 53, noviembre 2017, p. 14; Valpuesta Gastaminza, E.: "El control de incorporación y transparencia de condiciones generales del contrato en los contratos bancarios según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en AA.VV.: *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil* (dir. por L. M. Miranda; J. Pagador), Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 464 y ss.) o una mayor vinculación con el control de abusividad. Dentro de esta última postura, que parece haber sido la adoptada por el Tribunal Supremo, también se ha debatido acerca de su relación con el control de abusividad. En este sentido, parte de la doctrina -entre la que nos situamos- se ha posicionado a favor de entender que la falta de transparencia da lugar a entrar a valorar la abusividad de una cláusula (lo que Cámara Lapuente, S.:"Transparencia", cit., pp. 562 y ss., denominó como "abusividad ponderada") frente a aquellos otros autores que sostienen que la falta de transparencia hace directamente abusiva a la cláusula (siguiendo al autor, "abusividad directa"). A favor de la necesidad de valoración de los efectos de la falta de transparencia, entre otros, Pertíñez Vílchez, F.: *La nulidad,* cit, pp. 108 y ss.; Cañizares Laso, A.: "Control de incorporación", cit., pp. 92 y ss.; Mato Pacín, M. N.: "El contrato de servicios bancarios: Las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *Jus Civile*, núm. 3, 2017, pp. 163 y ss.; Pazos Castro, R.: *El control*, cit., pp. 414, 439. A favor, por el contrario, de una equiparación automática entre abusividad y falta de transparencia, Alfaro Águila-Real, J.: "De nuevo sobre la STUJE de 26 de enero de 2017. El análisis de Cámara confirma que el TJUE ha perdido el norte", Blog Almacén de Derecho, 13 de febrero de 2017; Miranda Serrano, L.: "El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria", *InDret*, 2/2018, pp. 16-17. Por su parte, algunas resoluciones del Tribunal Supremo hacían dudar de la configuración del control que aplicaba, pero ésta parece quedar clara en la STS 9 marzo 2017 (RJ 2017, 977) (tras la doctrina del TJUE en su sentencia de 26 de enero de 2017, caso *Banco Primus*), en la que subraya que «el control y la transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación». Asimismo, también en la STS 24 enero 2018 (RJ 2018, 182), donde señala que "si hubiera quedado acreditado el cumplimiento de la información precontractual […], no habría duda de la transparencia de la cláusula y por lo tanto no podría entrar a juzgarse su carácter abusivo".

12 Por todos, Pertíñez Vílchez, F.: *La nulidad,* cit., pp. 43 y ss.

real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato", que sea capaz de entender "la carga económica y jurídica" de la cláusula (STS 9 mayo 2013[13]). Siguiendo con esta idea, el mismo órgano jurisdiccional significa que el control de transparencia "a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó" (STS 9 marzo 2017[14]). Esta comprensibilidad real no se consigue, por un lado, solo con un control que lo único que garantiza al consumidor es la mera posibilidad de conocer el contenido del clausulado si así lo quiere y tampoco, por otro y como veremos, necesariamente con el cumplimiento de los requisitos de información específicos que impone la normativa bancaria sectorial, normativa de carácter administrativo y que no excluye la aplicación de las disposiciones de la LCGC y el TRLGDCU en materia de contratación no negociada.

Para una exposición adecuada de los deberes de información y transparencia que pesan sobre las entidades financieras predisponentes en cuanto a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, debemos servirnos de un análisis de la doctrina jurisprudencial en los tres casos más relevantes que se han dado en el ámbito de la contratación bancaria de consumo, en concreto, de la contratación de préstamos hipotecarios: las cláusulas suelo, las cláusulas en divisa extranjera y las cláusulas índice IRPH. Comenzaremos delimitando los supuestos de hecho y su pertenencia a la categoría de cláusulas que definen el objeto principal del contrato.

En rigor, las cláusulas que dieron pie al desarrollo por primera vez del control de transparencia material fueron las conocidas como *cláusulas suelo*. Cláusulas que se habían insertado en multitud de contratos de préstamo hipotecario en el mercado bancario español y que suponían incorporar un límite inferior a las oscilaciones del tipo de interés cuando éste estaba calculado a partir de un índice de referencia variable. Tomando los datos de la primera sentencia del Tribunal Supremo que se pronunció al respecto (STS 9 mayo 2013[15]), un ejemplo podría ser un tipo de interés retributivo a pagar resultante de la fórmula EURIBOR + 1.25% que, sin embargo, nunca descendería en la práctica del 2.5% porque, en el mismo contrato, se ha incluido este tope mínimo como cláusula suelo. Se trata de una cláusula cuyo perjuicio al consumidor proviene de la imposibilidad de beneficiarse de las potenciales bajadas de tipos de interés que pudieran darse a lo largo de la vida del préstamo[16].

13 STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088).

14 STS 9 marzo 2017 (RJ 2017, 977).

15 STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088).

16 Acerca de las cláusulas suelo y su funcionamiento, una primera aproximación en Pazos Castro, R.: *El control*, cit., pp. 400-402.

En el caso de los *préstamos hipotecarios en divisa extranjera*, las cláusulas controvertidas son aquellas que fijan la moneda en la que se concede el préstamo y en la que también tiene que devolverse el mismo. Una moneda extranjera en el sentido de distinta de aquella a la que el consumidor esté habituado por ser, por ejemplo, la moneda en la que percibe la mayor parte de sus ingresos. En la práctica, por los tipos de interés y de cambio, las divisas elegidas en el periodo en el que mayoritariamente se contrataron este tipo de préstamos por consumidores eran los francos suizos y los yenes japoneses. El atractivo de este contrato respecto de un préstamo en euros y referenciado al EURIBOR residía, por una parte, en la aplicación de un tipo de interés de referencia más bajo que el EURIBOR (el LIBOR, asociado a cada una de las dos divisas ante mencionadas) y, por otra parte, en el juego de los tipos de cambio entre un euro fuerte y las otras divisas extranjeras, depreciadas respecto del euro en ese momento. Así conceptuado, al riesgo normal de la fluctuación del tipo de interés de referencia, se añade en este contrato el riesgo de la variación del propio tipo de cambio. Y es que este riesgo no afecta solo a una posible subida de la cuota mensual a pagar (en su conversión a euros) sino que también tiene consecuencias respecto de la cantidad pendiente de amortizar (de nuevo, convertida en euros): el recálculo de cantidades según la fluctuación del tipo de cambio se aplica a todo y, por tanto, también a la deuda pendiente del prestatario[17].

Por su parte, la última cláusula definitoria del objeto principal del contrato llevada a los tribunales alegando falta de transparencia ha sido la denominada *cláusula índice IRPH*. Esta cláusula recoge el interés remuneratorio del préstamo en una fórmula cuyo índice de referencia no es el más conocido EURIBOR sino otro, denominado índice IRPH y que es resultado de la media simple de los tipos de interés utilizados por las entidades financieras en préstamos a más de tres años para la adquisición de vivienda libre. Es un índice oficial[18], publicado por el Banco de España y que ha tenido un comportamiento peor para el prestatario en comparación con la evolución de estos últimos años del EURIBOR[19].

Estas tres cláusulas son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, en el caso que nos ocupa, el tipo de interés a pagar, es decir, el precio del préstamo hipotecario. La delimitación de las cláusulas que entran dentro de esta categoría no ha sido una cuestión inicialmente exenta de discusión pero, incluso siguiendo

17 Respecto del funcionamiento y características de este tipo de préstamos y sin perjuicio de lo que se exponga y cite después, nos remitimos a Cazorla González-Serrano, L.: "Una aproximación a la naturaleza jurídica de la conocida como "hipoteca multidivisa"", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 140, 2015, pp. 269 y ss.

18 Regulado como tal en la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España.

19 La evolución del EURIBOR respecto del "IRPH entidades" (único índice IRPH vigente en la actualidad de tres tipos que había anteriormente), escogiendo los valores de los meses de enero en los últimos años, ha sido la siguiente (siendo el EURIBOR el primer dato y el IRPH el segundo): enero 2008, 4,49 frente a 5,62; enero 2010, 1,23 frente a 2,81; enero 2012, 1,83 frente a 3,71; enero 2014, 0,56 frente a 3,27; enero 2016, 0,042 frente a 2,014; enero 2018, -0,189 frente a 1,93 (datos del Banco de España disponibles en https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productosservici/relacionados/tiposinteres/).

la doctrina del TJUE -que ha abogado por una interpretación restrictiva de lo que puede ser considerado como elemento esencial a los efectos del control de transparencia material[20]-, los tres casos señalados comparten esta naturaleza. En todos ellos las cláusulas no solo están referidas al tipo de interés sino que están íntimamente relacionadas con él, forman parte del mismo. Es obvio en el caso del índice IRPH, pues es parte central de la fórmula de cálculo del interés nominativo. También lo es la referencia a la divisa extranjera, sin la que no podría determinarse el precio del préstamo a lo largo de la vida del contrato. Por su parte, aunque un préstamo a interés variable con cláusula suelo podría sobrevivir si esta última se suprimiera -devengándose simplemente el tipo de interés variable que correspondiera en cada momento sin ningún límite-, esto no es obstáculo para afirmar el íntimo vínculo que tiene la cláusula suelo con el interés remuneratorio: posiblemente el diferencial ofrecido al consumidor por el prestamista hubiera sido más elevado en el caso de no haberse incluido el tope inferior que supone una garantía de rentabilidad para la entidad financiera; del mismo modo, es razonable pensar que, por la incidencia que tiene la cláusula suelo en el precio del préstamo, sería un elemento a tener en consideración por parte del consumidor para tomar la decisión de contratar o no ese préstamo con esas condiciones concretas[21].

Introducida de forma sintética el fundamento y concepto del control de transparencia y delimitadas las cláusulas que han dado lugar a su desarrollo, el siguiente paso de lógico interés es exponer cómo los tribunales han aplicado en la práctica esta exigencia de una información o advertencia cualificadas respecto de los elementos definitorios del objeto de un contrato de préstamo hipotecario. Para ello se pueden identificar algunas variables a tener en cuenta con distinto grado de intensidad. La más importante a valorar es, sin duda alguna, el comportamiento de la entidad financiera predisponente para dar a conocer el contenido y consecuencias de las cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato.

II. ELEMENTOS A VALORAR (O NO) EN EL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL

1. Información y contexto precontractual

20 En su sentencia de 30 de abril de 2014, Caso *Kásler* (TJCE 2014, 105), señaló que la categoría de cláusulas cuyo posible carácter abusivo no cabe apreciar por ser elementos esenciales tiene un alcance reducido y solo abarca la estricta adecuación entre el precio o retribución y los bienes o servicios.

21 Resalta este argumento de las consecuencias prácticas significativas para el consumidor de una cláusula suelo, considerándolas como elementos esenciales, Alfaro Águila-Real, J.: "Más sobre las cláusulas de "suelo": ¿cómo saber si una cláusula forma parte de los elementos esenciales del contrato?", *Blog Almacén de Derecho*, 23 de marzo de 2011. En contra, Cámara Lapuente, S.: "Transparencias", cit., pp. 624 y ss.

Que una cláusula supere el control de transparencia material significa que ha sido debidamente conocida y comprendida por el consumidor y que éste ha podido tomar la decisión de contratar teniéndola en cuenta en su valoración, si así lo ha querido. Esto implica, evidentemente, conocer su existencia pero también sus implicaciones para el contrato, es decir, para los derechos y obligaciones de cada una de las partes en el mismo. Es el "conocimiento real y razonablemente completo de qué papel juegan en el contrato", el conocimiento de la "carga jurídica y económica" de las cláusulas, al que se refirió el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013[22], primera en la que, al hilo de las cláusulas suelo, se pronunció acerca de la necesidad y configuración del control de transparencia material[23].

En la práctica, respecto de este tipo de cláusulas -las cláusulas suelo-, el problema principal fue que las entidades financieras las habían incluido en el contrato sin resaltarlas tanto como su condición de elementos esenciales requería, dificultando al consumidor hacerse una idea completa de cuál era el tipo de interés retributivo del contrato. Su ubicación en el clausulado en un lugar diferente a aquel en el que se regulaba principalmente el precio del préstamo invitaba al consumidor a creer que el tipo de interés a pagar estaba determinado solo por el valor del índice de referencia y el diferencial a sumar, sin ser consciente de que había un tercer elemento que podía entrar en juego con unas consecuencias significativamente perjudiciales para él[24].

El problema de falta de transparencia es relativamente distinto en el caso de los préstamos hipotecarios en divisa extranjera. En este supuesto no se trata de que el consumidor no supiera de la existencia de la cláusula. Es decir, el prestatario conocía que el préstamo estaba denominado en una divisa distinta al euro. De lo que no era consciente (en los casos en los que así se concluyera) era de las implicaciones de estas cláusulas. Implicaciones que, como se ha expuesto arriba, no se reducían a un aumento de la cantidad de euros que necesitaría el consumidor para satisfacer la cuota mensual en el caso de que hubiera una apreciación de la divisa extranjera -consecuencia, por otra parte, como señalan los tribunales, relativamente previsible para un consumidor medio-. Dado que también la cantidad pendiente de amortizar está referenciada a la moneda extranjera, su valor en euros se ve afectado por las fluctuaciones del tipo de cambio, algo ya no

22 STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088).

23 En el mismo sentido, por todas, STS 8 septiembre 2014 (RJ 2014, 4660), STS 24 marzo 2015 (RJ 2015, 845) y STS 9 marzo 2017 (RJ 2017, 977).

24 Como sostuvo el Tribunal Supremo en la sentencia de 2013 antes citada, "la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor, con la información suministrada, entendería que el precio del crédito estaría constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactados".

tan predecible para el consumidor sin la correspondiente advertencia. De hecho, para ilustrar los importantes efectos de la oscilación del tipo de cambio en un préstamo en divisa extranjera podemos tomar los datos del supuesto de hecho analizado en la sentencia del Tribunal Supremo más relevante respecto de este tipo de cláusulas, la sentencia de 15 de noviembre de 2017[25]. Un consumidor concierta un préstamo hipotecario en yenes japoneses en 2008, siendo en ese momento inicial el contravalor en euros de la cantidad debida por el prestatario 260.755 euros. En 2012, después de pagar cuatro años de cuotas y debido a una apreciación del yen japonés respecto del euro, la cantidad debida pendiente de amortizar por ese consumidor -en euros- había ascendido a 404.323 euros. Como apunta el Tribunal, se trata de una consecuencia contraria a la lógica de que, conforme se van abonando cuotas del préstamo, el importe de la carga económica que supone éste para el consumidor irá, en todo caso, descendiendo. No en vano, como ha señalado algún tribunal, el permanente recálculo del capital inicial (en su conversión a euros, se entiende) "es la verdadera espada de Damocles del consumidor en este tipo de contratos" (SAP Salamanca 18 enero 2018[26]).

¿Qué comportamiento tenían que haber observado las entidades prestamistas para entender proporcionada una información previa suficiente al consumidor? A la vista de la jurisprudencia se pueden concretar o identificar en sus razonamientos jurídicos una serie de elementos susceptibles de ser valorados:

- Claridad de la información publicitaria y entrega de documentación que pueda ser soporte de la información acerca de las condiciones del contrato. En este sentido, se presta atención a si se ha facilitado un folleto informativo y/o la oferta vinculante[27].

- En la documentación proporcionada, si se han resaltado de una forma especial las cláusulas que definan el objeto principal del contrato, sin enmascararlas entre otras de distinta naturaleza (referido a las cláusulas suelo, STS 9 de mayo de 2013[28]). En este sentido, la sentencia de 9 de marzo 2017[29] señala como elemento a tener en cuenta el hecho de que la cláusula esté "introducida y ubicada dentro del contrato de tal forma que no aparece enmascarada ni se diluye la atención del contratante entre otras cláusulas, sino que se muestra como una cláusula principal del contrato que expresa con meridiana claridad el contenido de la misma que

25 STS 15 noviembre 2017 (RJ 2017, 4730).

26 SAP Salamanca 18 enero 2018 (JUR 2018, 64426).

27 A modo de ejemplo, en la SAP Madrid 12 diciembre 2017 (JUR 2018, 44454), SAP Valladolid 27 diciembre 2017 (JUR 2018, 53027), SAP Valladolid 9 enero 2018 (JUR 2018, 64471) o SAP Salamanca 18 enero 2018 (JUR 2018, 64426), se resalta que no quedó probado (tiene la carga de la prueba la entidad financiera predisponente) que hubiera existido la información precontractual necesaria puesto que no se acreditó la entrega al consumidor de ninguna información por escrito con anterioridad a la suscripción del préstamo.

28 STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088).

29 STS 9 marzo 2017 (RJ 2017, 977).

no es otro que los límites al tipo de interés, señalando como límite inferior el 3% nominal anual, que aparecía resaltado en negrilla"[30].

- También, y con un énfasis especial, si se han incluido en la documentación entregada indicaciones y simulaciones de los distintos escenarios económicos que pueden darse a lo largo de la vida del contrato y que pueden afectar de forma significativa a las cláusulas definitorias del objeto y, por tanto, a la carga económica o jurídica del mismo. En el caso de las cláusulas suelo, variaciones de los tipos de interés y las consecuencias en cada caso de la inclusión de este límite. Respecto de las cláusulas en divisa extranjera, simulaciones de los distintos escenarios en función de la fluctuación del tipo de cambio y sus consecuencias para las obligaciones del consumidor. A este respecto, el TJUE, en su famosa sentencia de 20 de septiembre de 2017, caso *Andriciuc*[31], encargada de delimitar la información debida al consumidor en el caso de las cláusulas en divisa extranjera, interpreta que el artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE implica en este supuesto de hecho que las entidades deben facilitar previamente a los consumidores la información suficiente para que éstos estén en condiciones de "tomar decisiones fundadas y prudentes". Esto implica que el prestatario comprenda no solo que existe la posibilidad de que la divisa extranjera fluctúe sino también el riesgo al que se expone si vienen *mal dadas*, es decir, en caso de apreciación de la divisa extranjera y cuáles son las consecuencias económicas –"potencialmente significativas", resalta el TJUE- que asume en este sentido[32]. Y entendido este deber, además, de una manera extensiva porque no solo debe explicarse el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula -el impacto de la fluctuación en las cuotas y capital pendiente de amortizar- sino también, en su caso, "la relación entre este mecanismo y el prescrito por otras cláusulas", lo que es de resaltar en la medida en que muchos préstamos hipotecarios con cláusulas en divisa extranjera contienen otras cláusulas vinculadas y que también se podrían calificar como problemáticas en cuanto a sus consecuencias para el consumidor[33].

30 Cabría matizar, no obstante, que en el razonamiento jurídico de esta sentencia el peso principal lo tiene, a nuestro juicio, el hecho de resulta acreditada la negociación individual de la cláusula suelo (lo cual lleva también a cuestionarse el porqué del resto de la argumentación respecto del control de transparencia material, que solo es de aplicación a las cláusulas no negociadas). Esto es, consideramos que, por sí solo, el hecho de resaltar la cláusula en el contrato en negrita no conlleva automáticamente el control de transparencia material.

31 STJUE 20 septiembre 2017, Caso *Andriciuc* (TJCE 2017, 171), comentada por Albiez Dohrmann, K. J.:"Sentencia", cit., pp. 1 y ss. La doctrina de esta sentencia es asumida posteriormente por nuestro Tribunal Supremo (STS 15 noviembre 2017 (RJ 2017, 4730)).

32 Por ejemplo, en la SAP Madrid 30 octubre 2017 (JUR 2018, 1744), en la que se falló a favor de considerar superado el control de transparencia material, se especifica que consta acreditado que al prestatario se le expusieron posibles escenarios y simulaciones de evolución desfavorable del tipo de cambio.

33 Una de ellas es la que atribuye a la entidad facultades de resolución anticipada del contrato por fluctuaciones significativas de los tipos de cambio que le perjudiquen. El funcionamiento interrelacionado de estas cláusulas -cuya existencia era altamente imprevisible, además, para el consumidor- agrava todavía más su posición de debilidad pues puede verse ante la pérdida del beneficio del plazo y ante la obligación de devolver la totalidad del préstamo recibido sin haber mediado un incumplimiento importante por su parte. Sin perjuicio, obviamente, de que esta cláusula tiene la naturaleza de accesoria y, por lo tanto, queda sujeta al control de abusividad o desequilibrio, con independencia de que se resalte o no.

En cualquier caso, estas simulaciones y otras advertencias o informaciones precontractuales, de forma conjunta con la entrega de documentos señalada en el primer punto, representan el núcleo de la transparencia. De hecho, como ha señalado el Tribunal Supremo (STS 24 enero 2018[34]) el problema no radica en la información prestada al tiempo de la firma del contrato sino en la ausencia de la información precontractual, "muy relevante en este tipo de contratos en que la escritura de préstamo hipotecario se otorga por el prestatario al mismo tiempo que firma la escritura de compra del inmueble, cuyo pago es objeto de financiación". Aunque el notario lea las condiciones contractuales (al papel del notario nos referiremos en el siguiente epígrafe), siguiendo con el razonamiento del órgano jurisdiccional, para considerar acreditada la transparencia de la cláusula era necesario "que se acreditara que la información […] le había sido comunicada y explicada a la prestataria con un mínimo de tiempo de antelación al otorgamiento de la escritura para que hubiera decidido optar por esa concreta financiación con conocimiento del efecto que sobre el precio del préstamo podía operar la limitación al interés variable por debajo [respecto de una cláusula suelo]".

- Si se han intercambiado emails o correspondencia de la que se deduzca la familiaridad del consumidor con la existencia y los riesgos derivados de la cláusula[35].

- También ha sido en ocasiones objeto de valoración la formación del empleado de la entidad de crédito con la que se formalizó el contrato: difícilmente ha podido transmitir y explicar al consumidor las implicaciones y riesgos del mismo si carecía de los conocimientos suficientes[36].

- Por otro lado, el hecho de quién ha tomado la iniciativa en contratar tiene presencia en algunos fundamentos jurídicos en el caso de los préstamos en divisa extranjera. En este sentido, parece que, salvo que la iniciativa del consumidor -preguntando e interesándose por este tipo de préstamos- haya ido precedida de información por otra vía (por ejemplo, por haber acudido a otras sucursales previamente), no de forma necesaria es un dato relevante. A pesar de que no haya sido un producto recomendado por el personal de la entidad sino solicitado por el propio consumidor, si no presenta un perfil que presuponga que tiene conocimientos suficientes y no se le ha dado la información previa necesaria, no se puede concluir, por este único hecho, que tenía un conocimiento pleno[37].

34 STS 24 enero 2018 (RJ 2018, 182).

35 Por ejemplo, en la SAP Madrid 30 octubre 2017 (JUR 2017, 1744) consta acreditado el intercambio de correos electrónicos entre el prestamista y la entidad bancaria, uno de ellos con el siguiente contenido bastante esclarecedor respecto del conocimiento que tenía el consumidor: "*Hola Luis Alberto, buenos días. Te falta hacer la simulación en yenes, porque todavía tengo mis dudas. Por otro lado, el franco suizo el 1% qué es, qué significa. El 2,32% lo entiendo. Hace 4 días estaba a 2, 40%. Me hace falta más información para tomar la decisión ya de con qué divisa empezamos. Te adjunto el certificado de deuda. Por favor envíamelo cuando puedas lo de la hipoteca en yenes. Saludos*".

36 SAP Valladolid 8 febrero 2018 (JUR 2018, 52863).

37 SJPI Madrid 22 diciembre 2017 (JUR 2018, 27994).

- Las entidades financieras han aludido al acceso de los consumidores a su página web -en la que se proporcionaba información sobre la evolución de las variables del préstamo y las cuotas a pagar- así como al hecho de que éstos abonaran las cuotas correspondientes durante largos periodos -incluso en momentos en los que les era perjudicial el tipo de cambio-, como un argumento para respaldar el conocimiento pleno de las características del contrato por parte de los prestatarios. No parece ser, sin embargo, un buen razonamiento en la medida en que se trata de un conocimiento *a posteriori* de la conclusión del contrato, momento a tener en cuenta para valorar la información que ha recibido el consumidor y el grado de conocimiento que tenía de lo que estaba contratando[38].

Es de advertir que, no obstante, a pesar de que estos son los criterios que más presencia tienen en los razonamientos jurídicos de los tribunales al hilo de cláusulas suelo y cláusulas en divisa extranjera, el Tribunal Supremo ha dejado claro desde el principio que no existe una serie de parámetros concretos y tasados a cumplir que, siempre y automáticamente, conlleven la transparencia suficiente de una cláusula que define el objeto principal del contrato. Hay que estar a las circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia y de un consumidor perfectamente informado (ATS 3 junio 2013 [39] y STS 9 marzo 2017[40]).

Y es por esto que la postura del Tribunal Supremo respecto de la tercera cláusula que habíamos introducido al inicio del trabajo y a la que todavía no hemos hecho referencia en este epígrafe, la cláusula índice IRPH, ha sido distinta. En la sentencia de 14 de diciembre de 2017[41], sentencia en la que este órgano jurisdiccional se pronuncia sobre esta cláusula y el control de transparencia material, se falla a favor de considerar que no hacía falta, para entender cumplida con la debida transparencia, informar al consumidor de manera pormenorizada acerca de cómo se forma este índice. Al tratarse de un índice oficial, publicado periódicamente por el Banco de España, sostiene el Tribunal Supremo que se trata de una información pública y accesible para cualquiera sin realizar especiales esfuerzos y que, por tanto, a la vista de las circunstancias concretas, era suficiente con una mención al índice de referencia al que estaba sujeto el préstamo y a su definición. Asimismo, no era necesario para conseguir ese objetivo de un "consumidor perfectamente informado" que la entidad financiera hubiera transmitido al consumidor cuál había sido la evolución pasada del índice ni cuál podía ser su comportamiento futuro.

38 Además de que, como ha señalado la SAP Valladolid 22 enero 2018 (AC 2018, 157), la nulidad de pleno derecho no es susceptible de convalidación, que es como podría ser entendido este comportamiento del consumidor durante la vida del contrato.

39 ATS 3 junio 2013 (RJ 2013, 3617).

40 STS 9 marzo 2017 (RJ 2017, 977).

41 STS 14 diciembre 2017 (RJ 2017, 5540).

El hecho de que la evolución del índice haya resultado *a posteriori* perjudicial para el consumidor en comparación con la del índice más conocido y utilizado en los préstamos hipotecarios a interés variable, el EURIBOR, no puede ser un elemento a tener en cuenta en la valoración de la transparencia a juicio del Tribunal[42].

Ahora bien, conviene señalar que no hay una postura unánime al respecto pues la sentencia contiene un voto particular (suscrito por dos magistrados) en el que se entiende que la complejidad de la fórmula aritmética del índice IRPH y su residual utilización respecto del EURIBOR -con el que los consumidores podían estar más familiarizados- justifica la necesidad de un deber de información más exigente que la mera referencia a la definición del índice[43]. En todo caso, esta controversia no se ha cerrado pues se han planteado por tribunales de instancias inferiores cuestiones prejudiciales ante el TJUE solicitando una aclaración respecto de cómo interpretar, en el concreto caso de las cláusulas índice IRPH, las exigencias del control de transparencia material. Habiendo denegado el tribunal europeo la tramitación de estas cuestiones por el procedimiento acelerado, todavía no está próxima la decisión que ponga punto y final al debate y son muchos los procedimientos que se han suspendido a la espera de sentencia. Como dato que resalta la falta de acuerdo en este punto, debe repararse en que antes de que se plantearan las cuestiones prejudiciales y a pesar de la citada sentencia del Tribunal Supremo, se podían encontrar resoluciones de Juzgados de Primera Instancia que fallan a favor de entender que las cláusulas índice IRPH son nulas por no superar el filtro de transparencia ante la falta de información precisa al consumidor[44].

42 Comenta esta sentencia de forma crítica con el fallo principal Martínez Espín, P.: "Las cláusulas IRPH son transparentes ¿o no?", *Centro de Estudios de Consumo*, enero 2018, p. 19, señalando que "supone un paso atrás respecto de la doctrina sobre el control de transparencia" establecida por la sentencia sobre las cláusulas en divisa extranjera. Por el contrario, considera acertada la solución Miranda Serrano, L.: "El control", cit., p. 29.

43 Uno de los argumentos en los que se apoya el voto particular para entender necesarias las advertencias sobre el índice IRPH es su "peculiar composición", incluyendo los diferenciales, gastos y comisiones que los clientes pagan a las entidades. Desde nuestro punto de vista, y teniendo clara la accesibilidad del consumidor a la consulta del índice, lo relevante para determinar el nivel de transparencia exigible no es tanto si el consumidor sabía la concreta fórmula del índice (probablemente, tampoco hubiera sabido interpretar la del EURIBOR, de haber sido el índice de referencia del préstamo) sino si esa "peculiar configuración" afectaba a su posibilidad de variación y hacía que ésta fuera presumiblemente más perjudicial para el consumidor en su evolución futura. Es decir, si ésta iba a mantenerse siempre previsiblemente en valores superiores a los del EURIBOR, sin haber sido este hecho resaltado por el predisponente que, por el contrario, sí que había puesto de relieve en el proceso de contratación la característica positiva de la estabilidad del IRPH. En este sentido, el consumidor sí que podría verse protegido frente a posibles subidas bruscas del EURIBOR porque, al ser el IRPH una media a tres años, tardaría más en reflejar dicho movimiento. De ahí su estabilidad. Pero esta hipotética situación, pensamos, sería solo temporal y muy a corto plazo. Por el otro lado y, aunque evidentemente las evoluciones futuras de ambos índices son imprevisibles, en el caso de bajadas del EURIBOR, como el IRPH recogería las subidas de diferenciales que -presumiblemente- irían fijando las entidades en su oferta comercial para compensar estas bajadas, éste índice sería normalmente mayor que el aquél.

44 SSJPI Sagunto (Valencia) 15 enero 2018 (JUR 2018, 19779), Amurrio (Álava) 15 enero 2018 (JUR 2018, 20713), Alicante 19 enero 2018 (JUR 2018, 41258), Gavá (Barcelona) 20 febrero 2018 (JUR 2018, 55248). Tomando un extracto de esta última resolución, se señala que en supuesto de hecho «no hay prueba alguna que refleje que el actor fuera informado de cuáles eran las características del índice, las diferencias entre el elegido y otros, su comportamiento en ejercicios anteriores y exponer las ventajas que pudiera tener frente a otros, como el Euribor, de comportamiento más ventajoso para los clientes que el IRPH, para que los mismos pudieran decidir si querían subrogarse en ese préstamo hipotecario o elegir otra entidad financiera».

2. El papel del notario

Los contratos de préstamo garantizados con una hipoteca requieren de su formalización ante notario. Las entidades financieras prestamistas han querido ver en la presencia de este operador jurídico la garantía de que el consumidor ha recibido la información suficiente acerca de las características del contrato antes de tomar la decisión. Los notarios, efectivamente, deberán informar a los consumidores ("en los asuntos propios de su especialidad y competencia", según reza el artículo 81.2 TRLGDCU; "respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra", en virtud del artículo 147.2 Reglamento del Notariado). Sin embargo, no se trata éste de un deber de información precontractual, dirigido a influir en la correcta formación de la voluntad del consumidor sino que es menos ambicioso[45].

Además, por otra parte, y como jurisprudencia y doctrina ha puesto unánimemente de relieve, la intervención del notario se produce, en todo caso, en el momento de perfeccionar el contrato, en la fase final del proceso de contratación, cuando ya el consumidor ha tomado la decisión de contratar y cuando, en el caso de que tome consciencia de algún elemento que pudiera afectar a su elección, es muy difícil que la reconsidere. Como de manera sencilla razona el Tribunal Supremo respecto del comportamiento del consumidor en su sentencia de 24 de enero de 2018[46], "aunque en ese momento [la firma del contrato] pudiera ser consciente, merced a cómo se redactó la cláusula, no tenía margen de maniobra para negociar otro tipo de financiación con otra entidad sin frustrar la compra concertada para ese día". La labor del notario que autoriza la operación puede ser un elemento a valorar en tanto en cuanto, si se ha facilitado una información precontractual adecuada, su intervención sirve para completar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y transcendencia de la cláusula en cuestión, pero por sí sola no puede sustituir a esta información precontractual[47].

Por todo ello, como decíamos, es una afirmación reiterada y común a todas las sentencias que la mera lectura y advertencia genérica notarial de los riesgos que la cláusula suelo o la cláusula en divisa extranjera pudiera conllevar, es insuficiente, por sí misma, para entender superado el control de transparencia material. Volveremos más tarde, en todo caso, sobre el papel del notario.

3. El perfil del consumidor

45 Pertíñez Vílchez, F.: "Comentarios al artículo 81 TRLGDCU", en AA.VV.: *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (dir. por S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011, p. 711.

46 STS 24 enero 2018 (RJ 2018, 182).

47 SAP Madrid 12 diciembre 2017 (JUR 2018, 44454).

Dentro de los límites del concepto de consumidor tienen cabida perfiles muy diversos de contratantes, pudiendo ser muy diferente -aun tratándose todos ellos de consumidores- la formación y experiencia de unos y otros[48]. Para analizar si una cláusula supera el control de transparencia se toma como referencia el "consumidor medio"[49], es decir y en palabras del TJUE, se valora si "un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz" ha podido conocer y comprender el alcance de la cláusula en cuestión (sentencia de 20 de septiembre de 2017, caso *Andriciuc,* respecto de los préstamos en divisa extranjera[50]). Por lo tanto, la perspectiva a tener principalmente en cuenta no es, como sería en el error vicio del consentimiento, el perfil del consumidor concreto, es decir, si por su profesión o su experiencia, desplegando una diligencia media, podía o debía haber tenido conocimiento de la cláusula y sus consecuencias. El énfasis no se pone en demostrar que no ha habido una comprensión real de la cláusula, valorando la diligencia desplegada por el prestatario según sus circunstancias subjetivas, sino que lo relevante es el comportamiento desplegado por el predisponente: si ha proporcionado la información suficiente para que la cláusula sea conocida y comprendida por un consumidor medio[51].

48 Según el artículo 3 TRLGDCU, son consumidores "[…] las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial". Por lo tanto, la no vinculación con una actividad continuada con ánimo de lucro parece que es el elemento principal sobre el que pivota el concepto. En todo caso, acerca del concepto de consumidor, véase Cabanillas Sánchez, A.: "El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coord. por F. Blasco; M. Clemente; J. Orduña), tomo I, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 377 y ss.; Cámara Lapuente, S.: "El concepto legal de "consumidor" en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 85 y ss.; Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario al artículo 3", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias* (coord. por R. Bercovitz), Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 55 y ss.

49 Como señala González Pacanowska, I.: "Comentario", cit., pp. 1063 – 1064, de forma mayoritaria se ha entendido en la doctrina siempre que el análisis del control de trasparencia debe enfocarse desde la perspectiva del consumidor medio. En el mismo sentido lo evidencia la SAP Madrid 16 mayo 2017 (JUR 2017, 206161): "[…] con independencia de que el actor no puede ser considerado un inversor profesional, que en este momento no es relevante pues no nos encontramos ante la información precontractual derivada de la Ley del Mercado de Valores, sino ante el mero control de transparencia cualificada determinado por la Directiva 93/13".

50 STJUE 20 septiembre 2017, Caso *Andriciuc* (TJCE 2017, 171).

51 Pertíñez Vílchez, F.: *La nulidad*, cit., pp. 127 y ss. El autor señala la diferente óptica de la que hay que partir para el análisis de la no comprensibilidad en el caso del error vicio del consentimiento respecto del control de transparencia. Aprovechamos para dejar siquiera apuntada y puesta de relieve la estrecha relación entre el problema que justifica la existencia del control de transparencia material que estamos exponiendo y el de la formación del consentimiento contractual en el caso de los vicios del consentimiento. Sin embargo, además de que es más fácil para el consumidor que se cumplan los requisitos para que una cláusula sea considerada como no transparente que los requisitos para que se dé el error (pues en el primer caso no tiene tanto peso la valoración de su comportamiento y perfil, mientras que en el segundo se exige la excusabilidad del error), otro de los problemas que se ha visto para ir por la vía de los vicios del consentimiento en estos casos es la falta de adecuación con los intereses del consumidor de la consecuencia que conllevaría la declaración de nulidad por error vicio del consentimiento de una de estas cláusulas (la anulabilidad implica la nulidad de todo el contrato y no sería posible, *a priori*, declarar nula tan solo la cláusula no conocida y/o comprendida). Está delimitada de manera muy clara la relación entre ambas figuras en Pertíñez Vílchez, F.: *La nulidad*, cit., pp. 125 y ss. También profundiza en esta relación y explora y expone las distintas opciones que se manejan en la actualidad en la doctrina al respecto Miranda Serrano, L.: "El control", cit., pp. 33 y ss.

Sin embargo, consideramos que no puede excluirse totalmente del juicio de valor el perfil concreto del consumidor. Como ha recalcado el TJUE, el juicio de abusividad ha de hacerse atendiendo a las circunstancias del caso concreto en el momento de celebración del contrato[52]. Por lo tanto, puede que en algún supuesto las características particulares del consumidor cobren relevancia. Como señala la SAP Valladolid 12 febrero 2018, "no cabe descartar que en algún caso los conocimientos sobre la materia de una determinada clase de consumidores puedan justificar que la información recibida sea menor, pues no resulta tan necesaria para conocer el contenido de la cláusula y, sobre todo, la carga económica y jurídica que representa". De forma más general, al hilo de la valoración de la transparencia de una cláusula suelo, el Tribunal Supremo citó la existencia de "circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente", "que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio", como un elemento que pudiera ser tenido en cuenta ("en concreto", señala, "pueden ser relevantes circunstancias tales como que el consumidor sea una persona con conocimiento experto en este tipo de contratos")[53].

4. Observancia de las obligaciones de información en la normativa sectorial bancaria

De lo expuesto en los epígrafes anteriores se puede concluir que el factor principal que debe ser objeto de comprobación en el control de transparencia material es la transmisión de información suficiente por parte de la entidad financiera. La configuración de este control, como se ha apuntado, ha sido desarrollada por la jurisprudencia a partir del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE y al hilo de diversas cláusulas concretas. Esto no quiere decir que no exista normativa en el sector bancario que se preocupe de imponer a las entidades en este específico ámbito determinados deberes de información.

En el momento en el que mayoritariamente se comercializaron los préstamos hipotecarios que incluían las cláusulas definitorias del objeto principal que han dado lugar a las controversias que nos ocupan, la norma vigente era la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994. En ella se recogía la obligación de entregar un folleto informativo así como la oferta vinculante donde constara una información básica -estipulada en la propia norma- acerca de las condiciones del contrato. A

52 SSTJUE 21 febrero 2013, Caso *Banif Plus Bank* (TJCE 2013, 46) y 14 marzo 2013, Caso *Aziz* (TJCE 2013, 89).

53 STS 8 junio 2017 (RJ 2017, 2509). El Tribunal (pronunciándose sobre los efectos de una sentencia recaída en una acción colectiva sobre acciones individuales pendientes de resolución) aclara que "pueden ser relevantes circunstancias tales como que el consumidor sea una persona con conocimiento experto en este tipo de contratos o que Banco […] hubiera suministrado una información precontractual adecuada en la que se resaltara, en línea con los criterios establecidos en nuestra sentencia 241/2013, no solo la existencia de la cláusula suelo sino también su trascendencia en el desarrollo del contrato, de modo que el consumidor pudiera tomar plena consciencia, sin necesidad de un análisis exhaustivo del contrato, de que no estaba contratando un préstamo a interés variable, sino un préstamo en el que la variación a la baja del interés resultaba limitada por la existencia de un suelo". También acepta esta matización Pertíñez Vílchez, F.: *La nulidad*, cit., pp. 105-106.

esto se sumaban determinadas cautelas como el derecho de examinar el proyecto de escritura en la notaría de forma previa al otorgamiento o advertencias por parte del notario respecto de, por ejemplo, determinados índices variables o el riesgo de fluctuación del tipo de cambio de las divisas, en su caso.

Los escasos requisitos protectores del cliente de servicios bancarios fueron, sin embargo, aumentando desde entonces con la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y con la Ley 1/2013, de 15 de mayo de 2013, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios. En la primera se detallan, entre otros, deberes vinculados con la transparencia en relación con la publicidad que hacen las entidades de crédito (artículo 5), la información precontractual (artículo 6) y contractual que deben entregar al cliente (a través de fichas de información personalizadas, artículo 7) o las advertencias y explicaciones adecuadas y suficientes para que el destinatario comprenda adecuadamente los términos esenciales del servicio ofertado y pueda adoptar una decisión informada (artículo 9). Por su parte, en la Ley de 2013 se prevé la obligación de incluir junto a la firma del cliente en la escritura pública (en el caso de contratos de préstamo hipotecario que contengan, entre otros, cláusulas suelo o cláusulas en divisa extranjera), "una expresión manuscrita […] por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato" (artículo 6).

Así visto, parece que la normativa sectorial administrativa exige en la actualidad unos requisitos de transparencia que, de observarse, bien podrían significar el cumplimiento del control de transparencia material. ¿Tiene sentido entonces la existencia de este control? La respuesta debe ser afirmativa. En primer lugar, hay que tener en cuenta que se trata, la citada, de una normativa administrativa con la que las entidades de crédito deben cumplir pero que no impide que sigan siendo aplicables a los contratos de préstamo hipotecario con consumidores las disposiciones de la LCGC y el TRLGDCU[54]. Por otra parte, y más importante, su vulneración solo acarreará consecuencias en ese ámbito (es decir, sanciones administrativas) pero no lleva aparejada la posibilidad de declarar la nulidad de una cláusula o un contrato[55]. De ahí que las pretensiones de nulidad parcial por parte de los consumidores aludiendo al artículo 6.3 Código Civil y a la vulneración de normas imperativas (a saber, la Orden de 1994 anteriormente citada, vigente en ese momento) no hayan prosperado (STS 15 noviembre 2017[56]). Por lo

54 El propio artículo 14.2 de la Orden de 2011 señala que "[e]l régimen específico establecido en la presente orden se aplicará sin perjuicio de la legislación general sobre consumidores y usuarios".

55 Así lo dispone, expresamente la STS 15 noviembre 2017 (RJ 2017, 4730). Aunque en algún caso no se hayan calificado estas normas como meramente administrativas sino como administrativas con ciertos efectos jurídico-privados (Múrtula Lafuente, V.: *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012, p. 21), la realidad es que asociar su incumplimiento por parte de las entidades financieras a una sanción administrativa merma en la práctica su valor como mecanismo de control.

56 STS 15 noviembre 2017 (RJ 2017, 4730).

tanto, el (in)cumplimiento de estas obligaciones de transparencia impuestas a los prestamistas es tenido en cuenta por los tribunales en sus razonamientos acerca del control de transparencia material como indicio de haber proporcionado (o no) información adecuada, pero no automáticamente como vía de nulidad de las cláusulas o del contrato de préstamo[57]. Ésta, de apreciarse, debe ser canalizada a través del incumplimiento del control de transparencia material del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE.

III. POSITIVIZACIÓN DE LOS DEBERES DE TRANSPARENCIA: ¿CAMBIOS A LA VISTA?

En la búsqueda de un mercado interior más transparente, eficiente y competitivo y buscando un nivel elevado de protección al consumidor, se dicta la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. En esta norma se recogen una serie de obligaciones para las entidades prestamistas en materia, entre otras, de transparencia[58]. Esta norma será objeto de transposición –tardía- en el Ordenamiento Jurídico español cuando se apruebe el que en la actualidad es un Proyecto de Ley (Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, de 17 de noviembre de 2017).

En el ámbito del control de transparencia cabe destacar que la norma en tramitación vendría a positivizar, en cierta medida, las cuestiones que han sido hasta ahora desarrolladas jurisprudencialmente. Junto con obligaciones más generales respecto de la publicidad y la información precontractual (exigencias de claridad, concisión, etc., artículos 5 y 8 Proyecto de Ley), se establecen medidas concretas que pasan por la existencia de plazos mínimos de entrega de la documentación al consumidor con antelación respecto de la firma del contrato (al menos siete días naturales, artículo 12) o la obligatoriedad de completar y entregar una Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE). Con éstas se busca satisfacer las necesidades

57 Sobre el alcance de la normativa de transparencia bancaria realiza un análisis Pertíñez Vílchez, F.: *La nulidad*", cit., pp. 50 y ss. En especial, pp. 58 y 59, evidenciando que el cumplimiento de los deberes formales de la Orden de 2011 no conlleva automáticamente la validez de la cláusula (aunque, reconoce el autor, al menos respecto de las cláusulas suelo, los requisitos que exige esta norma junto con la expresión manuscrita de haber entendido y aceptado los riesgos de la cláusula que exige la citada Ley 1/2013, se acercan bastante a los parámetros que contiene la STS 9 mayo 2013 para el control de transparencia material).

58 Una aproximación a la regulación de la Directiva en Díaz Alabart, S. y Álvarez Moreno, M.T.: "La Directiva 2014/17, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial", en AA.VV.: *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)* (dir. por S. Díaz Alabart), Reus, Madrid, 2015, pp. 13 y ss. En concreto, acerca de los deberes de información, Fuenteseca Degeneffe, C.: "La información al consumidor previa a la celebración del contrato de crédito en la Directiva 2014/17/UE", en AA.VV.: *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)* (dir. por S. Díaz Alabart), Reus, Madrid, 2015, pp. 127 y ss. y respecto de la regulación de los préstamos con cláusula en divisa extranjera, Álvarez Moreno, M. T.: "Préstamos hipotecarios en moneda extranjera y su regulación en la Directiva 2014/17", en AA.VV.: *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)* (dir. por S. Díaz Alabart), Reus, Madrid, 2015, pp. 105 y ss.

de información del prestatario, especialmente –aunque no de forma exclusiva-, insertando advertencias específicas respecto de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y que han sido más sensibles para el consumidor, como las cláusulas en moneda extranjera o cláusulas suelo (artículo 12). De hecho, también respecto de las cláusulas con las que hemos ilustrado la aplicación del control de transparencia en el trabajo existen previsiones particulares, a sumar a las medidas generales sobre transparencia material: así, se introducen mecanismos que limitan los potenciales riesgos de las cláusulas en moneda extranjera (por ejemplo, derecho del prestatario en determinados supuestos a convertir el préstamo a una moneda alternativa que le resulte más familiar, artículo 18 Proyecto de Ley) o se especifican los requisitos de claridad, accesibilidad y objetividad respecto de los índices oficiales de referencia que se pueden utilizar (artículo 19 Proyecto de Ley).

Si bien estas obligaciones y otras similares que se recogen en la norma en tramitación pueden no representar una gran diferencia respecto de las consideraciones que se han hecho en los tribunales –o, incluso, respecto de lo dispuesto en las normas administrativas sectoriales ya vigentes[59]-, el papel –notablemente reforzado- que se le atribuye al notario en todo el proceso de conseguir una transparencia adecuada, sí que supone una novedad respecto de la regulación y doctrina jurisprudencial actuales y respecto de la Directiva de 2014. Recordemos que la sola participación del notario en el momento de la firma del contrato, a pesar de haber podido llamar la atención del consumidor sobre la existencia y consecuencias de las cláusulas que se incluyen en el mismo, no basta, acertadamente, para entender superado el control de transparencia material.

Pues bien, simplemente dejaremos apuntado que el artículo 13 del Proyecto de Ley se dedica, en su totalidad, a detallar las obligaciones de los notarios de comprobar la transparencia desplegada (de hecho, el título del artículo es "Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material")[60]. Concretamente, de comprobar que el consumidor ha recibido por parte de la entidad prestamista la documentación preceptiva con la antelación debida pero, también, de asesorarle de forma individualizada acerca de las características y los riesgos concretos del contrato. Además, esta fase de comprobación (que debe ser previa en el tiempo a la firma del contrato[61]) es tan relevante que sin ella no es posible formalizar el préstamo.

59 No nos olvidemos que el deber de una publicidad transparente, la existencia de una ficha personalizada a entregar junto con determinada documentación precontractual o la obligación de advertir de forma adecuada a los consumidores acerca de los elementos del préstamo de tal forma que pudieran saber qué están contratando, ya han salido a colación en el epígrafe anterior sobre la normativa sectorial bancaria.

60 Acerca de este rol del notario, *vid.* Agüero Ortiz, A.: "Comentario sobre el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito inmobiliario: la nueva obligación de los notarios de controlar la abusividad de las cláusulas", *Centro de Estudios de Consumo*, enero, 2018, pp. 1-4.

61 Aunque del juego de plazos parece que podría llegar a aceptarse el día anterior a la firma, con lo cual parece que no se corrige mucho el problema de que el consumidor se entere "a última hora" y cuando ya es difícil dar marcha atrás y comparar con otras ofertas.

Se trata de un mecanismo, el de la participación activa en la transparencia de la contratación por parte del notario, que supone un claro aumento de las garantías de que el consumidor comprenda realmente cuál es la carga jurídica y económica que asume con el contrato. No obstante, se le puede objetar que, en la práctica, podría acabar suponiendo un transvase al notario del grueso material del control de transparencia: tal y como están redactados los artículos 12 y 13 del Proyecto de Ley, podría darse la interpretación de que es posible para el prestamista cumplir sus obligaciones con una mera entrega formal de documentación (la única obligación que realmente se detalla para él pues respecto de lo que podrían ser advertencias o una transmisión de información más activa, solo habla la norma de unas "explicaciones adecuadas"). Documentación que será después ya completada por el notario (para quien sí se pormenorizan deberes muy concretos tales como comprobar la comprensión de cláusulas concretas, informar individualizadamente sobre todas las cláusulas contenidas en las fichas personalizadas, hacer responder al prestatario a un test u obtener una manifestación manuscrita y firmada declarando que comprende y acepta los riesgos)[62]. De ahí que sea importante recalcar que los deberes de transparencia recaen sobre la entidad financiera y que no puede hacerse una lectura del papel que se atribuye al notario de tal manera que se suavice el contenido de la obligación para los prestamistas y que, al final, casi pueda suponer una suerte de garantía para él en el sentido de que el consumidor, tras su paso por la notaría, no vaya a poder alegar que no había recibido la información adecuada[63].

IV. CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD POR FALTA DE TRANSPARENCIA MATERIAL

En la primera parte del trabajo se ha expuesto, por un lado, qué tipo de cláusulas se sujetan al control de transparencia material en la contratación no negociada con consumidores y por qué y, por otro, en qué consiste este control. Metodológicamente, para cerrar y dar una visión conjunta de los deberes de

62 Hay que tener en cuenta que lo importante es establecer un deber que sea claro y que esté delimitado en sus consecuencias:"[…]lo importante no es tanto o solamente la dimensión cuantitativa de la protección al cliente de servicios bancarios, como su dimensión cualitativa, pues una protección completa y eficaz no depende tanto del número de documentos que hayan de entregarse al cliente o de introducir numerosas obligaciones de información con un objeto muy parecido, como de que esas obligaciones se delimiten de forma clara y precisa y lleven anudadas consecuencias ante su incumplimiento" (Consejo de Estado, Documento CE-D-2011-1646, respecto de las obligaciones de transparencia que imponen las normas administrativas en el sector bancario). Como señala Marimón Durá, R.: "Retos y tendencias actuales en el ámbito de la contratación bancaria", en AA.VV.: *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil* (dir. por L. M. Miranda Serrano; J. Pagador López), Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 395, lo fundamental es la calidad de la información y no la entrega de una cantidad ingente de datos y documentos de difícil asimilación.

63 Para Agüero Ortiz, A.: "Comentario", cit., p. 3, la finalidad del precepto es crear puertos seguros para las entidades de crédito y trasladar al notariado una exigencia de transparencia material que compete a las entidades predisponentes.

transparencia a cargo de las entidades prestamistas en el marco de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, pasaremos a señalar a grandes rasgos cuáles son las consecuencias de incumplir estos deberes.

Como se ha apuntado a colación de los deberes de información que la normativa de carácter administrativo impone a las entidades financieras, su vulneración no se liga con consecuencias directas en el contrato o cláusula concreta. Sí lo hace la no superación del control de transparencia material, tal y como se ha ido formulando por la jurisprudencia.

Antes de entrar a ver los efectos en la práctica de la falta de transparencia material, conviene realizar una serie de apreciaciones previas. La primera consiste en aclarar que la consecuencia que asocia el TRLGDCU a que una cláusula sea declarada abusiva (en el sentido de que una cláusula accesoria no supere el control de contenido por suponer un desequilibrio de derechos y obligaciones) es la nulidad de pleno derecho (artículo 83 TRLCGCU[64]). Ya se ha visto que el control de transparencia material ha sido una construcción eminentemente jurisprudencial y doctrinal, de la que nada dice el TRLGDCU porque no es objeto de regulación. Aunque hay cierto debate doctrinal al respecto[65], la jurisprudencia mayoritariamente ha entendido que también ésta -la nulidad de pleno derecho- es la consecuencia de que una cláusula sea abusiva por falta de transparencia[66].

Por otro lado, y dicho esto, las implicaciones de que una cláusula no negociada sea declarada nula de pleno derecho parecen, *a priori*, muy sencillas, pero no lo han sido tanto en la práctica. A tal efecto, es de obligada mención la reforma de la redacción del artículo 83 TRLGDCU antes citado como consecuencia de una sentencia del TJUE (sentencia de 14 de junio de 2012, Caso *Banco Español de Crédito*[67]). Esta reforma tenía como objetivo dejar claro que no es posible que el juez modere una cláusula declarada nula por abusiva hasta un nivel en el que deje de serlo (reforma operada a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo[68]). El

64 Artículo 83 TRLGDCU: "Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas".

65 Cuestiona que se trate de la mejor solución (con el argumento de que, como veremos a continuación, este régimen implica como regla general la nulidad de la cláusula sin posibilidad de sustitución) Alfaro Águila-Real, J.: "De nuevo", cit.

66 A modo de ejemplo, en la STJUE 21 diciembre 2016, Caso *Gutiérrez Naranjo* (TJCE 2016, 309) se liga las consecuencias de la falta de transparencia material con el artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE, precepto que establece el principio de no vinculación de las cláusulas abusivas. Este principio, enunciado en estos términos para dar cabida a las distintas figuras jurídicas de nulidad de los Estados miembros, se corresponde en el español con la nulidad de pleno derecho (con los debidos matices entre la nulidad con efectos *ex tunc* y la nulidad del artículo 83 TRLGDCU, Pazos Castro, R.: *El control*, cit., p. 711-714).

67 STJUE 14 junio 2012, Caso *Banco Español de Crédito* (TJCE 2012, 143).

68 Para una mejor comprensión, nos parece adecuado recurrir al ejemplo de las cláusulas de intereses moratorios, que no forman parte del objeto principal del contrato sino que son cláusulas accesorias, pero que son las que más problemas han planteado en este aspecto concreto y con las que mejor se ilustran las consecuencias del

juez, siguiendo la redacción actual de la norma, debe "tenerla por no puesta". El razonamiento que está detrás es eliminar cualquier incentivo para que los profesionales incluyan cláusulas abusivas y aumentar lo que se ha denominado como el "efecto útil de la Directiva": no habría realmente repercusión negativa para ellos y les saldría rentable incluirlas si la consecuencia de que una cláusula abusiva sea detectada es que ésta se reduzca a lo que ya tendría que haber sido desde el principio[69].

Pero, ¿qué significa "tener por no puesta" una cláusula? La interpretación de esta expresión ha generado mucho debate entre quienes sostienen que significa la eliminación completa de la cláusula sin posibilidad de sustitución alguna y quien ha interpretado que es compatible con la solución de eliminar la cláusula declarada abusiva y sustituirla con el derecho dispositivo supletorio[70]. La postura del TJUE parece que tiende más a la primera opción[71] pero, en todo caso, quedará previsiblemente clara cuando resuelva la cuestión prejudicial que se le ha planteado al respecto[72].

Hechas estas observaciones, volvemos a las consecuencias de la nulidad de una cláusula que define el objeto principal del contrato por no transparente y, en concreto, respecto de las cláusulas anteriormente citadas.

En el caso de las *cláusulas suelo*, uno de los aspectos más controvertidos ha sido, precisamente, el de sus consecuencias. No tanto en cuanto a cómo tener por no puesta la cláusula, sino en lo relativo a los efectos temporales de la nulidad.

cambio de redacción del artículo 83 TRLGDCU y la prohibición de moderación: si una cláusula de intereses moratorios del, por ejemplo, 29%, es declarada abusiva por desproporcionada, el juez no puede reducirla a un, por ejemplo, 10%, porque considere que esta cifra ya no es abusiva sino que debe, como establece literalmente el TRLGCU ahora, "tenerla por no puesta". A continuación, veremos los problemas que, a su vez, está dando la interpretación de esta expresión.

69 González Pacanowska, I.: "Comentario al artículo 81", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias* (coord. por R. Bercovitz), Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 1162 y ss.

70 Siguiendo con el ejemplo de los intereses moratorios, la primera opción supondría unos intereses de demora del 0% mientras que en la segunda se devengaría el interés legal (en aplicación del artículo 1108 Código civil). A favor de combinar la eliminación del contenido con la integración de la laguna contractual que se generara, Miquel González, J. M.: "Comentario al artículo 83", en AA.VV.: Comentarios a las normas de protección de los consumidores (dir. por S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011, pp. 736 y ss.; Alfaro Águila-Real, J.: "Más sobe la integración del contrato tras la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios", *Blog Almacén de Derecho*. Abogando por la eliminación directa del contenido sin posibilidad de que sea reemplazado, Cámara Lapuente, S.: "Transparencias", cit., pp. 630 y ss.

71 SSTJUE 14 junio 2012, caso *Banco Espa*ñol de Crédito (TJCE 2012, 143).

72 La cuestión prejudicial planteada al hilo de las cláusulas de intereses moratorios trae causa de la interpretación particular que ha dado el Tribunal Supremo del mandato de tener por no puestas las cláusulas abusivas. La doctrina actual del Tribunal Supremo respecto de las consecuencias de la nulidad de unos intereses de demora desproporcionados consiste en eliminar el interés moratorio (dejarlo en 0%) pero en lo que excede del valor del interés retributivo, que sí se seguiría devengando hasta el reintegro de la suma prestada (en la idea de que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución) (SSTS 22 abril 2015 (RJ 2015, 1360) y 3 junio 2016 (RJ 2016, 2300)).

Respecto de lo primero, la ineficacia de una cláusula suelo no representa mayor complejidad e implica simplemente que la limitación inferior al tipo de interés se elimina y que éste irá variando a lo largo de la vida del préstamo en función del tipo de referencia, sin ningún tope.

En cuanto a los efectos temporales de la nulidad, debe repararse inicialmente en que esta nulidad a la que se sujeta el control de transparencia material es una nulidad con efectos *ex tunc*, es decir, como si nunca hubiera existido. Esto implicaría que el predisponente tendría que devolver todas aquellas cantidades indebidamente cobradas desde la conclusión del contrato, esto es, todas aquellas cantidades que hubiera cobrado de más porque entró en juego la cláusula suelo que impidió a los consumidores beneficiarse de todas las bajadas de tipos de interés. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, sorprendentemente entiende que era posible en este caso -y por razones, principalmente, de seguridad jurídica- limitar esta regla general de la retroactividad total, concluyendo que solo cabía aplicar los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo a partir de la fecha de la sentencia, esto es, mayo de 2013. No tendría derecho el consumidor, por tanto, al reembolso de ninguna cantidad indebidamente percibida con anterioridad[73]. Esta solución fue ampliamente criticada por la doctrina española[74] y la controversia llegó al TJUE que, resolviendo en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 (caso *Francisco Gutiérrez Naranjo*)[75] dos cuestiones prejudiciales ante él planteadas, concluyó que la limitación temporal de los efectos no resultaba compatible con el Derecho de la Unión Europea porque lo que es nulo no puede vincular al consumidor. Esta rectificación de la doctrina del TJUE respecto de la del Tribunal Supremo dio lugar, como se imaginará, a multitud de interrogantes procesales en relación, principal aunque no exclusivamente, con las resoluciones anteriores con valor de cosa juzgada y que habían fallado a favor de

73 La STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088) tiene en cuenta, entre otros, que "Las cláusulas suelo […] son lícitas"; "[s]u inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas" […]; "[n]o se trata de cláusulas inusuales o extravagantes" y "[s]u utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado; "[l]a condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia; [l]a falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información […]; [n]o consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994; [l]a finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones; [e]s notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas" (negrita en el texto original).

74 Y tampoco en los tribunales hubo unanimidad en la aplicación de la doctrina de la no retroactividad total, como se analiza en Agüero Ortiz, A.: "¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O de la rebelión de los Juzgados y Audiencias Provinciales", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pp. 291 y ss.

75 STJUE 21 diciembre 2016, caso *Francisco Gutiérrez Naranjo* (TJCE 2016, 309).

la retroactividad limitada de la nulidad de las cláusulas suelo[76]. Contando con un potencial aumento de demandas pretendiendo la devolución de lo indebidamente percibido por las entidades financieras en aplicación de la cláusula suelo, se aprueba por el Gobierno español una norma *ad hoc* para establecer un sistema de reclamación previo a la interposición de la demanda (Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero de 2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo), norma que, sin embargo, no evitó el colapso de los tribunales[77].

Por su parte, el análisis de los efectos de la nulidad de una *cláusula en divisa extranjera* en un préstamo hipotecario requiere detenerse en otras consideraciones. Como se ha dicho con anterioridad, las cláusulas declaradas nulas por no transparentes, en aplicación de las consecuencias de la nulidad por abusividad, deben eliminarse por completo y tenerse por no puestas. Si se aplica esta regla al supuesto de hecho, eliminando totalmente la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo (pues está expresado en la divisa extranjera) y todas las menciones a la divisa a la que está referenciado el mismo, el contrato no podría subsistir: para su ejecución es necesaria la denominación en una moneda determinada, tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como de las cuotas mensuales que se deben, que determinan, a su vez, la amortización que debe realizarse del capital pendiente. Esta consecuencia sería perjudicial para el consumidor, que vería cómo pasa de tener el beneficio del plazo para la devolución del capital prestado a tener que devolver éste por completo como resultado de la debida restitución de las prestaciones. Consciente de que con la aplicación estricta de la nulidad de pleno derecho se puede situar al consumidor en una posición peor respecto de la que tenía con la validez de las cláusulas declaradas nulas, el TJUE había contemplado una única excepción a la regla de la prohibición de integrar el espacio vacío dejado por la cláusula que ha sido declarada nula: cuando no hacerlo suponga la nulidad total del contrato en perjuicio del consumidor. De otro modo, se argumenta, se estaría contrariando la Directiva sobre cláusulas abusivas (STJUE de 30 de abril de 2014, Caso *Kásler*[78]).

Pues bien, esta excepción es la que se aplica en el caso concreto de los préstamos con cláusula en divisa extranjera. Los tribunales proceden a eliminar

76 No cabe recurso de revisión contra las sentencias ya firmes y, por otra parte, la vía de reclamar responsabilidad patrimonial al Estado español por una infracción de la normativa europea por parte del Tribunal Supremo no ha prosperado. Al respecto, Cámara Lapuente, S.: "Un examen crítico de la STJUE de 21 de diciembre 2016: Nulidad retroactiva sí, falta de transparencia "abusiva" de las cláusulas suelo no", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, marzo 2017, pp. 394 y ss.; Mato Pacín, M. N.: "El contrato", cit., pp. 264-266.

77 A modo de ejemplo, en una nota del Consejo General del Poder Judicial se cuantifica en 1102 demandas las ingresadas en el Juzgado de Madrid especializado en cláusulas suelo en sus primeros quince días de funcionamiento. Dato que, proyectado en un trimestre, elevaría a 6612 procedimientos sobre esta materia, es decir, un aumento del 298% (Diario La Ley, 16 de junio de 2017).

78 STJUE de 30 de abril de 2014, Caso *Kásler* (STCE 2014, 105).

las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido y amortizado en euros[79].

Algo parecido ha sucedido respecto de la *cláusula índice IRPH*, en los casos en los que los tribunales (de instancias inferiores) las han declarado nulas por falta de transparencia material (bien porque son sentencias previas a que se pronunciara el Tribunal Supremo en diciembre de 2017, bien porque se trata de casos posteriores aislados en los que no se ha aplicado esta doctrina). Dado que la supresión del índice de referencia dejaría incompleta la fórmula del cálculo del tipo de interés variable, la condena en los casos en los que se ha concluido la no superación del control de transparencia material de una cláusula índice IRPH ha sido su sustitución y recálculo en función del EURIBOR desde la fecha inicio del contrato[80].

79 El Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 4730), por todas, aclara que "[l] o realizado en esta sentencia constituye, en realidad, la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) [se trata de lo que se denomina "hipoteca multidivisa", en la que se ofrece la posibilidad de cambio entre diversas monedas a lo largo de la vida del contrato] y que responde a las exigencias de una disposición nacional […], que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias. […] Esta sustitución de régimen contractual es posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en el que se contienen las cláusulas abusivas, para no perjudicar al consumidor".

80 Así ocurre, por ejemplo, en la SAP Salamanca 19 marzo 2018, que confirma la sentencia recurrida cuyo fallo era el siguiente: "SE CONDENA a la entidad demandada a recalcular los intereses de Euribor más el diferencial pactado de 0.250% sin tener en cuenta la cláusula suelo, desde el inicio del contrato hasta la fecha en que se dicte sentencia, debiendo devolver al demandante el diferencial de intereses resultante, incrementándose las cantidades indicadas en los intereses por mora procesal […]".
Cabe plantearse si, en este caso, la supresión del índice de referencia hace decaer el contrato en perjuicio del consumidor o si bien el préstamo podría sobrevivir calculando el interés retributivo según el valor del diferencial que se había pactado sumar al IRPH. En este caso se convertiría un contrato de préstamo a interés variable en uno a interés fijo. En alguna sentencia con un supuesto de hecho asimilable en cuanto al resultado final (supresión legal del índice al que estaba referenciado el contrato así como también del fijado como primera opción en defecto del principal, dejando vigente la segunda opción pactada por defecto, que se trataba de un porcentaje fijo de tipo de interés) se declara nula la cláusula de tipo de interés fijo porque no se demuestra que se hubiera informado al consumidor y parece resultar contraria a su voluntad el contratar con un interés fijo (SJ11 Lérida de 21 de febrero de 2018 (JUR 2018, 55241)). Por otro lado, el hecho de que el interés nominativo a pagar por el préstamo fuera solo el diferencial fijado podría resultar perjudicial para el consumidor respecto de la aplicación del EURIBOR, pero solo en aquellos escenarios (aunque son los que estamos viviendo en los últimos años) en los que el EURIBOR se mantiene en números negativos y cuya aplicación, por tanto, supone una minoración del valor del diferencial a pagar.

BIBLIOGRAFÍA

Agüero Ortiz, A.: "¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O de la rebelión de los Juzgados y Audiencias Provinciales", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013.

- "Comentario sobre el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito inmobiliario: la nueva obligación de los notarios de controlar la abusividad de las cláusulas", *Centro de Estudios de Consumo*, enero, 2018.

Albiez Dohrmann, K. J.: "Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16: *Andriciuc y otros/Banca Românesacâ SA*", *La Ley Unión Europea*, núm. 53, noviembre 2017.

Alfaro Águila-Real, J.: *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991.

- "De nuevo sobre la STUJE de 26 de enero de 2017. El análisis de Cámara confirma que el TJUE ha perdido el norte", *Blog Almacén de Derecho*, 13 de febrero de 2017 (disponible en https://almacendederecho.org/)

- "Más sobre las cláusulas de "suelo": ¿cómo saber si una cláusula forma parte de los elementos esenciales del contrato?", *Blog Almacén de Derecho*, 23 de marzo de 2011 (disponible en https://almacendederecho.org/)

- "Más sobe la integración del contrato tras la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios", *Blog Almacén de Derecho*, 7 de julio de 2015 (disponible en https://almacendederecho.org/)

Álvarez Moreno, M. T.: "Préstamos hipotecarios en moneda extranjera y su regulación en la Directiva 2014/17", en AA.VV.: *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)* (dir. por S. Díaz Alabart), Reus, Madrid, 2015.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario al artículo 3", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias* (coord. por R. Bercovitz), Aranzadi, Navarra, 2015.

Cabanillas Sánchez, A.: "El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en AA.VV.:

Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés (coord. por F. Blasco; M. Clemente; J. Orduña), tomo I, Tirant lo Blanch, 2011.

Cámara Lapuente, S.: "El concepto legal de "consumidor" en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* vol. 3, núm. 1, 2011.

- "Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LC, marzo 2015.

- "Un examen crítico de la STJUE de 21 de diciembre 2016: Nulidad retroactiva sí, falta de transparencia "abusiva" de las cláusulas suelo no", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, marzo 2017.

Cañizares Laso, A.: "Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo", *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre, 2015.

Carrasco Perera, A.: *Derecho de contratos*, Aranzadi, Navarra, 2010.

Cazorla González-Serrano, L.: "Una aproximación a la naturaleza jurídica de la conocida como "hipoteca multidivisa"", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 140, 2015.

Díaz Alabart, S. y Álvarez Moreno, M. T.: "La Directiva 2014/17, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial", en AA.VV.: *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)* (dir. por S. Díaz Alabart), Reus, Madrid, 2015.

Fuenteseca Degeneffe, C.: "La información al consumidor previa a la celebración del contrato de crédito en la Directiva 2014/17/UE", en AA.VV.: *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)* (dir. por S. Díaz Alabart), Reus, Madrid, 2015.

González Pacanowska, I.: "Comentario al artículo 80", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias* (coord. por R. Bercovitz), Aranzadi, Navarra, 2015.

- "Comentario al artículo 83", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias* (coord. por R. Bercovitz), Aranzadi, Navarra, 2015.

Marimón Durá, R.: "Retos y tendencias actuales en el ámbito de la contratación bancaria", en AA.VV.: *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil* (dir. por L. M. Miranda Serrano; J. Pagador López), Marcial Pons, Madrid, 2017.

Martínez Espín, P.: "Las cláusulas IRPH son transparentes ¿o no?", *Centro de Estudios de Consumo*, enero, 2018.

Mato Pacín, M. N.: "El contrato de servicios bancarios: Las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *Jus Civile*, núm. 3, 2017.

Miquel González, J. M.: "Comentario al artículo 82", en AA.VV.: *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (dir. por S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011.

- "Comentario al artículo 83", en AA.VV.: *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (dir. por S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011.

Miranda Serrano, L.: "El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria", *InDret*, 2/2018.

Múrtula Lafuente, V.: *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012.

Pagador López, J.: *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

- "Condiciones generales y cláusulas abusivas", en AA.VV.: *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007* (dir. por M. Rebollo Puig; M. Izquierdo Carrasco), Iustel, Madrid, 2011.

Pazos Castro, R.: *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Aranzadi, Navarra, 2017.

Pertíñez Vílchez, F.: "Comentarios al artículo 81 TRLGDCU", en AA.VV.: *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (dir. por S. Cámara Lapuente), Colex, Madrid, 2011.

- "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *InDret*, núm. 3, 2013.

- *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

VALPUESTA GASTAMINZA, E.: "El control de incorporación y transparencia de condiciones generales del contrato en los contratos bancarios según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en AA.VV.: *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil* (dir. por L. M. MIRANDA; J. PAGADOR), Marcial Pons, Madrid, 2017.

POR PARTIDA DOBLE: BLANQUEO Y DELITO FISCAL. A PROPÓSITO DE LA INAUGURADA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE CUBA SOBRE LA TRIBUTACIÓN POR GANANCIAS DELICTIVAS

MONEY LAUNDERING AND TAX FRAUD. ON THE RECENT CRITERION OF THE SUPREME COURT OF CUBA RELATED TO THE TAXATION FOR CRIMINAL GAINS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 220-245

Dayan Gabriel
LÓPEZ ROJAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de marzo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: En recientes pronunciamientos jurisprudenciales el Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba se pronuncia sobre la problemática del deber de contribuir por ganancias delictivas, y se decanta por asumir que quien no tributa por el beneficio económico derivado del delito propio comete, además de aquel, un delito de evasión fiscal. Desde una perspectiva crítica, aquí se analizará la corrección dogmática y la conveniencia político-criminal de esta línea jurisprudencial.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal tributario, delito fiscal, contribución por rentas delictivas, capacidad contributiva, principio de igualdad tributaria.

ABSTRACT: In recent jurisprudential pronouncements, the Supreme Court of Cuba pronounces on the problem of the duty to contribute for criminal gains, and opts to assume that those who do not pay for the economic benefit derived from their own crime commit, in addition to that, a crime of tax fraud. From a critical perspective, here we will analyze the dogmatic correction and political-criminal convenience of this jurisprudential line.

KEY WORDS: Tax criminal law, tax fraud, taxation for criminal gains, ability-to-pay taxation, principle of equity in taxation.

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.- 1. Los recientes pronunciamientos de la jurisprudencia penal cubana en punto a la tributación por ganancias delictivas: la apreciación de un concurso (real) de delitos entre la infracción que origina la ganancia y el delito de evasión fiscal.- II. CUESTIÓN PREVIA: FUNDAMENTO DEL DEBER DE CONTRIBUIR Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL ART. 343.2 DEL CP CUBANO.- III. CRÍTICA A LA POSTURA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO CUBANO: NO SOMETIMIENTO A TRIBUTACIÓN DE LA GANANCIA DELICTIVA E INEXISTENCIA DE DELITO FISCAL.- IV. PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN RAZONABLE.- V. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La tributación por ganancias ilícitas, y específicamente por aquellas que traigan causa de una actividad delictiva, constituye una cuestión en torno a la cual se cierne una interesante polémica. Se trata de un asunto ubicado dentro de las fronteras del Derecho penal económico –y más concretamente del denominado Derecho penal tributario[1]– cuyo abordaje exige, a fin de lograr un posicionamiento coherente, la interrelación sistemática entre aspectos jurídico-económicos (propios del sistema tributario) y los fundamentos dogmáticos y político-criminales del delito de evasión fiscal.

En este trabajo no se abordará la tributación de ganancias ilícitas en sentido general, sino que estas reflexiones, menos pretensiosas, comprenden un ámbito más limitado: se centrarán exclusivamente en el problema de la tributación por ganancias derivadas de la comisión de un hecho delictivo, y en la solución que se le debería

1 Si bien la noción de Derecho penal económico goza de un reconocimiento extendido y compartido por la generalidad de la doctrina, también se alude al Derecho penal tributario o Derecho penal fiscal, como un subsector de aquel, para hacer referencia a la intervención penal en el campo de las relaciones y la actividad de los ingresos tributarios, de modo que a él se reconducen las discusiones teóricas y los problemas prácticos que plantean los tipos de evasión fiscal (arts. 343 y 344 del CP cubano). En cualquier caso, se trata de una referencia de índole académica (o metodológica si se quiere), pues estas normas siguen formando parte del Derecho penal común; y como bien ha recalcado un segmento doctrinal, en la tipificación, interpretación y aplicación de aquellas figuras penales debe respetarse el cuadro de garantías propio del Derecho penal democrático (legalidad, lesividad, proporcionalidad, etc.). Vid. Cervini, R.: "Principios del Derecho penal tributario en el Estado Constitucional de Derecho", en AA.VV.: *Derecho penal tributario* (coord. A.C. Altamirano y M. Rubinska Ramiro), Tomo I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 41-42; Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 67.

• Dayan Gabriel López Rojas
Profesor Auxiliar de Derecho Penal en la Universidad de Matanzas (Cuba). Máster en Criminología por la Universidad de La Habana (Cuba) y doctorando de esa propia casa de estudios. Jefe del Grupo de Investigación "El Derecho frente a los nuevos cambios sociales", de la Universidad de Matanzas, y actualmente investigador principal del Proyecto de Investigación I+D+i "Corrupción y delincuencia económica. Estrategias preventivas y reactivas en el contexto de actualización del modelo socioeconómico cubano" (Ref. PAP-CITMA 77511). Correos electrónicos: dayan.lopez@umcc.cu, dglopezrojas@gmail.com

ofrecer en el contexto cubano atendiendo al sentido de las normas tributarias y penales vigentes[2].

Hay que decir que la problemática objeto de análisis no ha atraído la atención de la doctrina penal cubana, quizás por la escasa incidencia práctica que hasta hace muy poco tiempo mostraba el delito de evasión fiscal[3]. Sin embargo, con motivo de las modificaciones acaecidas en el escenario socio-jurídico cubano –particularmente las relacionadas con el desarrollo del trabajo por cuenta propia y las autorizaciones para la libre formalización de actos traslativos de dominio sobre vehículos y viviendas–, se aprecia un aumento sustancial de procesos penales (y condenas) por el delito de evasión fiscal. Queda justificada, por ende, la necesidad y pertinencia de desarrollar investigaciones relacionadas con este ilícito a fin de clarificar aspectos complejos o dubitativos que dificulten su adecuado entendimiento[4].

2 Nótese que el presente trabajo se centra en las rentas derivadas de un hecho constitutivo de delito, esto es, cuando menos típico y antijurídico (así declarado por sentencia penal); pues el análisis debe ser otro en cuanto a las ganancias de origen desconocido, es decir, aquellas respecto a las cuales no se puede probar que tengan origen delictivo: los principios de libertad y presunción de inocencia obligan a entender que tales ingresos poseen origen lícito, por lo que respecto a ellos sí cabría plantearse, al menos de *lege ferenda,* la existencia de una infracción fiscal penalmente relevante en caso de incumplimiento de la obligación de tributar. Se trata de la conocida «doctrina Capone», así denominada tras haberse empleado contra Al Capone en 1931, a quien se le condenó por un delito fiscal por haber efectuado gastos con rentas no declaradas, y cuyo origen delictivo no fue posible comprobar. El Departamento del Tesoro únicamente consiguió acreditar su existencia y la no declaración al Fisco, y ello bastó para condenarle por el mencionado delito. Vid. Manjón-Cabeza Olmeda, A.: "Ganancias criminales y ganancias no declaradas (el desbordamiento del delito fiscal y del blanqueo)", en AA.VV.: *Libro homenaje al prof. Luis Rodríguez Ramos* (coord. F.J. Álvarez García, *et. al.*), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 656-657. Conviene acotar que en el contexto jurídico cubano no todo ingreso personal genera obligación de tributar, de modo que sólo sería posible hablar de una elusión fiscal penalmente relevante (y siempre que concurran los demás requisitos típicos) cuando el hecho generador de la ganancia no declarada se acomode a alguno de los supuestos –siempre lícitos– que el ordenamiento tributario prevé en régimen de *numerus clausus*. Cfr. arts. 16 y 17 de la Ley núm. 113, del Sistema Tributario, de 23 de junio de 2012. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria, núm. 53, de 21 de noviembre de 2012.

3 En Cuba no se encuentran estudios completos y sistemáticos que abarquen en profundidad las distintas aristas asociadas al delito de evasión fiscal. Quienes se han ocupado del tema se limitan a ofrecer explicaciones generales sobre el esquema del tipo, sin profundizar demasiado en los aspectos puntualmente problemáticos. Vid. Moret Hernández, O. L.: "Delitos contra la Hacienda Pública", en AA.VV.: *Derecho Penal Especial*, Tomo II, Félix Varela, La Habana, 2005, pp. 318-334; Santana Echerri, A. de F.: "El delito de evasión fiscal en sede judicial", (en prensa, cortesía de la autora); Rodríguez Sánchez, C. F. y Molina Rivas, A. M.: "Radiografía del delito de evasión fiscal en la legislación cubana. Esbozo de una propuesta". Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42472.pdf, consultado el 24/10/2017, a las 11:35.

4 El modelo socioeconómico cubano viene experimentando cambios relevantes en los últimos cinco años, y no cabe duda alguna de que el adecuado funcionamiento del sistema tributario constituye una pieza clave para garantizar los objetivos los trazados por los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, ratificadas por los Objetivos de Trabajo del Partido Comunista de Cuba (Objetivo núm. 47). Vid. *Objetivos de Trabajo del Partido Comunista de Cuba aprobados por la Primera Conferencia Nacional*, La Habana, 29 de enero de 2012; y, más recientemente, *Conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista*, en Tabloide contentivo de los documentos aprobados en el marco del VII Congreso del PCC, 2016.
No creo que el estado actual de la delincuencia tributaria en Cuba alcance límites alarmantes, pero sí se percibe un incremento notable de infracciones fiscales que trascienden, cuando menos, al ámbito administrativo sancionador. Quizás haya que plantearse que las condenas por el delito de evasión fiscal, pese a haber aumentado en los últimos tiempos, aún no expresan la incidencia real de esta manifestación delictiva en la sociedad cubana (por la cifra negra); aunque también cabe destacar que el mero impago de lo debido a la Administración Tributaria no satisface por sí solo los requisitos típicos de las figuras incriminadas bajo el art. 343 del CP. Con el propósito de clarificar ciertas cuestiones sobre el delito de evasión fiscal, y garantizar una práctica judicial uniforme, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP) dictó la Instrucción núm. 236, de 15 de noviembre de 2016.

La cuestión teórica objeto de análisis trae causa de algunos pronunciamientos recientes de la jurisprudencia cubana. Se trata de casos en los que, además de imponerse una pena por la transmisión/adquisición de activos de origen criminal (lavado de activos), también se sanciona por evasión fiscal –en régimen de concurso real– a los responsables de aquel delito por el hecho de no someter a tributación la totalidad de la riqueza ilícita derivada de aquel negocio.

A fin de arribar a conclusiones en cuanto al acierto o la incorrección de esta postura jurisprudencial, el presente estudio intentará responder –al menos con carácter provisional, y salvo mejor criterio– dos interrogantes básicas e interconectadas: si las ganancias originadas en hechos delictivos pueden ser objeto de tributación, de acuerdo a la legalidad vigente en Cuba; y, en segundo lugar, si el impago a la Administración Tributaria de una parte (o de la totalidad) del impuesto que se deriva los actos traslativos de dominio satisface las exigencias del tipo incriminado bajo el art. 343.2 del Código Penal cubano (CP) cuando la concertación misma de aquel negocio resulta ya penalmente relevante, al menos desde la perspectiva de uno de los sujetos que en él intervienen.

1. Los recientes pronunciamientos de la jurisprudencia penal cubana en punto a la tributación por ganancias delictivas: la apreciación de un concurso (real) de delitos entre la infracción que origina la ganancia y el delito de evasión fiscal

Últimamente los tribunales cubanos han tenido que decidir sobre acusaciones que versan sobre unos hechos que, en general, responden a una misma dinámica: un sujeto que posee dinero originado en la comisión de un delito anterior (generalmente vinculado al narcotráfico, y en todos los casos perpetrado en el extranjero), lo emplea en la compra de vehículos y viviendas en territorio nacional. Al momento de formalizar ese negocio ante notario público, el comprador real se vale de terceros (familiares o amigos allegados) para que figuren como propietarios en el título domínico; y si bien unas veces se instrumenta un contrato de donación a través del cual se encubre la compraventa[5], en otros supuestos se formaliza el negocio realmente concertado con la particularidad de que tanto en la escritura pública como en el modelo de declaración jurada a la Oficina Nacional de la Administración Tributaria (ONAT) ambas partes declaran un monto notablemente inferior al real, lo que se ha considerado una técnica elusiva bajo el argumento de que se deja de

5 En estos casos sólo el donatario resulta ser sujeto pasivo del tributo, y deberá contribuir al sostenimiento del gasto público abonando el impuesto por transmisión de bienes y herencias; a diferencia de lo que acontece con la compraventa, en la que comprador y vendedor son sujetos del deber de contribuir. Tanto la ONAT como los Tribunales han entendido que se integra una elusión fiscal típica cuando la donación encubre una compraventa, pues con ello se tributa al erario público en una cuantía inferior a la debida. Cfr. arts. 42 y 205, inciso a); ambos de la Ley núm. 113, del Sistema Tributario, de 23 de junio de 2012. Un sector de la doctrina ha cuestionado la relevancia penal de las simulaciones negociales, pero su análisis desborda el propósito de este trabajo. Vid. Codercz, P.S. y Silva Sánchez, J.M.: *Simulación y deberes de veracidad: Derecho civil y Derecho penal. Dos estudios de dogmática jurídica*, Civitas, Madrid, 1999, *passim*.

pagar así a la Administración Tributaria una parte de los tributos por concepto de transmisión de bienes e ingresos personales, respectivamente.

Por esos hechos la fiscalía está imputando dos infracciones penales independientes: el delito de lavado de activos (por la transmisión/adquisición del dinero sucio), y el delito de evasión fiscal (por eludir el pago de una parte del tributo que se deriva de aquel negocio traslativo de dominio, pese a que éste se ha considerado delictivo). Los tribunales de instancia han asumido tal criterio de calificación y están sancionando por un concurso real de delitos. El Tribunal Supremo ha confirmado dicha tesis en sede de casación.

Así, en virtud de la Sentencia núm. 193, de 21 de octubre de 2016, dictada por la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Matanzas en la Causa núm. 1-212/2015, se sancionó por lavado de activos (art. 346.1) y evasión fiscal (art. 343.2) a quienes, como comprador formal y vendedor, formalizaron ante notario un contrato de compraventa de una vivienda cuyo pago se efectuó por el adquirente real con dinero procedente del narcotráfico; siendo que tanto en la escritura pública como en el modelo de declaración jurada a la ONAT ambos declararon un monto sustancialmente inferior a lo realmente pagado[6].

En el primer considerando de esta resolución, además explicitarse por qué se responsabiliza a estos sujetos por el delito de lavado de activos, se afirma la existencia del delito de evasión fiscal bajo el argumento siguiente:

"en correspondencia a los hechos dados por probados, dos de sus autores intervinieron como partes oficiales (uno como comprador y el otro como vendedor) en un negocio jurídico (compraventa de inmueble) oficializado ante notario y con formalización de la correspondiente escritura pública, en cuyo acto ambos autores declararon y admitieron como precio de venta del inmueble objeto de negocio una suma monetaria diametralmente inferior al real precio pactado, lo que trajo como consecuencia que, tanto uno como otro, dejaran de abonar al fisco

6 *Síntesis del hecho probado:* El acusado LADB, vinculado al negocio del narcotráfico en los Estados Unidos de América, empleó parte del dinero procedente de aquella actividad ilegal en la adquisición de varias viviendas y vehículos lujosos en Cuba, por lo que contactó al también acusado EMG y acordaron que éste último le vendería la vivienda de la que era titular por la suma de 100 mil dólares estadounidenses en efectivo y una camioneta valorada en 105 mil CUC (que antes había comprado con dinero sucio). Ante la imposibilidad legal de erigirse en titular de bienes en Cuba, dada su condición de emigrado, LADB le solicitó a MAPV (persona de su entera confianza) que fungiera como comprador y propietario de dicho inmueble, a lo que éste accedió pese a estar al tanto de la amplia cantidad de propiedades inmobiliarias y de vehículos costosos que LADB ya había adquirido con anterioridad en el territorio nacional. Finalmente se formalizó ante notario público el contrato de compraventa de vivienda, compareciendo como vendedor EMG y como comprador MAPV. En dicho instrumento notarial ambos acusados declararon como precio de compra del inmueble la suma de $ 16 447.58 CUP, y en el modelo de declaración jurada a los efectos tributarios (DJ.05), declararon como precio de compra $ 17 000.00 CUP como base imponible para el pago del impuesto correspondiente, incurriendo con ello en un impago a la hacienda pública, que en cuanto al acusado MAPV se cuantificó en la suma de $ 182 756.94 CUP –incluida en ese monto otra deuda pendiente derivada de un hecho análogo relacionado con la compra de un vehículo–, y en cuanto al acusado EMG ascendió a los $ 438 233.32 CUP, abarcando esta suma lo debido en concepto de principal, recargo por mora y multa fiscal.

una buena cantidad de dinero, pues –en razón de lo anterior– la determinación de la deuda tributaria derivada del negocio jurídico efectuado se ejecutó sobre la base de documentos de contenido irreal, lo que conllevó a que efectivamente abonaran al erario público cantidades nimias, comparadas con las que realmente debían abonar (…)".

El Tribunal Supremo ratificó este criterio jurídico con motivo de resolver el recurso interpuesto por el acusado que figuró como vendedor del inmueble, quien negó la configuración *ad casum* del delito de evasión fiscal argumentando precisamente la inexistencia del deber de tributar por la ganancia asociada al delito de lavado de activos. En respuesta al correspondiente motivo de impugnación la Sala de Casación sostuvo en su Sentencia No. 451, de 29 de marzo de 2017 (Considerando tercero):

"Que, a los efectos del conocimiento del Estado cubano, en el momento de la compraventa entre el impugnante y el coacusado se produjo un negocio civil lícito regulado por la ley con obligación de tributo, que el inconforme desconoció aportando al fisco una cifra muy inferior a la correspondiente a la cuantía con que tuvo lugar; con lo que configuró el delito de evasión fiscal que hoy pretende negar, razón por la que procede rechazar el recurso interpuesto al amparo del ordinal tercero del artículo sesenta y nueve de la ley adjetiva".

Hechos análogos fueron juzgados por la propia Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Matanzas en la Causa núm. 1-192/2016, en la que se dictó la Sentencia núm. 248, de 27 de diciembre de 2016. En esta oportunidad también se sancionó por los delitos de lavado de activos (art. 346.1) y evasión fiscal (art. 343.2) a un sujeto que adquirió la titularidad formal de un camión habilitado para el transporte de pasajeros, pagado con dólares estadounidenses provenientes del narcotráfico por el real comprador; siendo que el negocio de compraventa verdaderamente concertado resultó encubierto por una donación, que fue el contrato que se instrumentó ante notario público y por el cual se tributó[7]. En este

7 Síntesis parcial del hecho probado: El acusado NCF, quien se dedicó a la actividad del tráfico de drogas en los Estados Unidos de América, decidió reasentarse en Cuba e invertir en territorio nacional parte del capital obtenido en aquella actividad delictiva. Entre los bienes adquiridos, NCF compró al ciudadano YGE un camión habilitado para el trasporte de pasajeros por la suma de $ 24 000.00 dólares estadounidenses, procedentes del narcotráfico. A fin de formalizar ante notario público el traspaso de dominio sobre el referido vehículo, NCF le pidió a su primo y también acusado ORF, con quien mantenía estrechas relaciones personales, que fungiera como titular formal en el título de propiedad, a lo que éste último accedió pese a conocer la cuantía y tipo de moneda que NCF había pagado por el camión. Así las cosas, concurrieron ante notario público el acusado ORF y la titular formal del camión (madre del real vendedor, YGE) y a fin de eludir parte del tributo correspondiente al negocio realmente concertado, formalizaron un contrato de donación de vehículo en virtud del cual ésta última fungía como donante y aquel como donatario. Una vez descubierto este hecho, la Administración Tributaria determinó para el acusado ORF una deuda tributaria ascendente a $ 20 854.14 CUP, comprensiva de lo debido en concepto de principal, recargo por mora y multa fiscal.
Llama la atención que en este caso no se ejercitó la acción penal contra el vendedor por ninguno de los delitos imputados. En cuanto al lavado de activos es de resaltar el "cambio de perspectiva" que asumen la Fiscalía y el Tribunal en cuanto a la relevancia penal de la conducta ejecutada por quien fungió como transmitente-vendedor del camión (YGE), si se toma en cuenta que fueron estos mismos sujetos procesales los que actuaron en la Causa núm. 1-212/2015, en la que se acusó y sancionó al vendedor de una vivienda. Nótese que la valoración indiciaria en la que se apoyó la Sala para responsabilizar por blanqueo al titular formal del camión (el acusado

caso, pese a que la sentencia fue recurrida, no se impugnó la calificación del delito fiscal, por lo que el Supremo no se pronunció sobre este particular[8].

En esta misma línea se pronunció la Sentencia núm. 123, de 21 de noviembre de 2016, dictada por la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de La Habana en la Causa núm. 42/2016. Esta resolución –que resolvió una pluralidad de objetos procesales– igualmente sancionó por los delitos de lavado de activos (art. 346.2) y evasión fiscal (art. 343.2) a quien, actuando como testaferro de quien invertía en Cuba el producto de delitos cometidos en el extranjero, estuvo de acuerdo en figurar como parte en la escritura pública de donación de un vehículo (como donante), a sabiendas de que con ello se encubría una compraventa[9]. El Tribunal fundamentó la calificación por delito fiscal a partir de la tergiversación de la naturaleza y del alcance tributario del negocio verdaderamente ejecutado[10]. Aunque esta sentencia fue igualmente recurrida ante el Supremo, tampoco en esta oportunidad el alto Tribunal emitió pronunciamiento de interés sobre la cuestión analizada[11].

Según lo visto, la jurisprudencia cubana está decantándose a favor de apreciar un concurso real de delitos entre la infracción que origina la ganancia y el delito de evasión fiscal por el hecho de no tributar, o tributar "menos de lo debido", ante la realización de actos que tienden a legitimar el producto de un delito, o que suponen su reinversión[12]. A fin de concluir sobre el acierto o incorrección de esta postura

ORF) –el pago del precio en efectivo y en dólares norteamericanos–, resultaba extensible también a YGE (vendedor). Por otro lado, no parece coherente que el delito de evasión fiscal se haya atribuido únicamente al acusado ORF (presta nombre que figuró como titular del vehículo en el contrato de donación simulado), y no a YGE, que resultó ser el real vendedor y recibió el efectivo pagado en concepto de precio por la compraventa del camión. Si se sigue la línea de razonamiento del Tribunal en cuanto a los requisitos típicos de estas figuras penales, parece evidente que la conducta desplegada por YGE encuentra acomodo en ambas, y no se entiende muy bien por qué se le ha dispensado la impunidad.

8 Vid. Sentencia núm. 638, de 28 de abril de 2017, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular.

9 *Síntesis parcial del hecho probado:* El acusado GMS, tras obtener cuantiosas ganancias derivadas de su participación en delitos relacionados con falsificaciones de tarjetas de crédito y la simulación de identidades falsas que perpetró en la ciudad de Miami, en Estados Unidos de América; decidió establecerse en Cuba a fin de burlar la acción de la justicia en aquel país. Una vez en territorio nacional se dio a la tarea de invertir el capital delictivo, fundamentalmente en la compra de vehículos de lujo que rentaba y/o revendía, valiéndose para ello de la colaboración de familiares y amigos. Uno de los actos ejecutados (prototípico) fue el siguiente: GMS, que había adquirido con dinero sucio el auto de paseo Hyundai Sonata y lo había puesto a nombre del CSV, decidió vendérselo a HRF (no habido) por la suma de 70 mil CUC. A fin de legalizar el traspaso, GMS le indicó a CSV que formalizara ante notario, de conjunto con el comprador, un contrato de donación, y así aconteció; de modo que por haberse consignado fraudulentamente en el instrumento público que el traspaso era a título de donación, CSV no abonó tributo alguno al fisco y contrajo por ello una deuda con la ONAT ascendente a 80 mil 720.64 CUP.

10 Vid. Sentencia núm. 123, de 21 de noviembre de 2016, dictada por la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de La Habana (Primer Considerando).

11 Vid. Sentencia núm. 441, de 25 de mayo de 2017, dictada por la Sala de los Delitos contra la Seguridad del Estado en función de lo Penal del Tribunal Supremo Popular.

12 Si bien esta parece ser la regla, la Sentencia núm. 105, de 16 de mayo de 2016, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Cienfuegos en la Causa núm. 237/2015, se pronunció en sentido distinto. Pese a que el objeto de aquel proceso abarcó hechos análogos a los analizados (donaciones de vehículos que encubrían compraventas en las que el dinero pagado en concepto de precio procedía del narcotráfico, y compraventas –con intervención de ese mismo dinero sucio– en las que se ocultó a la ONAT el monto real del precio); llama la atención que ni la Fiscalía imputó el delito de evasión fiscal, ni el Tribunal adoptó medidas procesales orientadas

jurisprudencial se analizarán seguidamente varios aspectos que parecen constituir la clave de bóveda para alcanzar el objetivo propuesto.

II. CUESTIÓN PREVIA: FUNDAMENTO DEL DEBER DE CONTRIBUIR Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL ART. 343.2 DEL CP CUBANO

A fin de analizar la corrección dogmática y la conveniencia político-criminal de este criterio jurisprudencial, resulta necesario esbozar, siquiera en términos breves, dos cuestiones previas: el fundamento del deber de contribuir, y el alcance del bien jurídico protegido por el art. 343.2 del CP cubano; para luego, con apoyo en esos presupuestos, examinar críticamente la postura asumida por el TS, y, finalmente, sugerir una propuesta de interpretación razonable frente a este tipo de situaciones.

Aunque la prohibición penal de eludir el fisco no constituye una auténtica norma penal en blanco[13], su cabal entendimiento exige retomar el significado de categorías y principios básicos del Derecho Tributario, en especial de aquellos que conectan con el fundamento del deber de contribuir y las condiciones que determinan su exigibilidad.

Comoquiera que la cuestión neurálgica aquí es determinar si existe o no el deber de tributar por las ganancias originadas en una actividad delictiva (a fin de poner en claro si la no tributación por esa clase de rentas integra el tipo del art. 343.2 del CP cubano), parece conveniente –en aras de establecer los límites de lo penalmente relevante– analizar primero el sentido de los principios de capacidad económica e igualdad, que necesariamente deben ser tomados en cuenta por el Derecho penal; y, en esa misma línea, dejar establecido el alcance del bien jurídico tutelado por esta figura.

La doctrina tributarista cubana identifica al principio de solidaridad como el fundamento básico del deber de contribuir, y pese a que la Carta Magna no alude a él de forma expresa, su raigambre constitucional deriva de los postulados de justicia social, bienestar individual y colectivo, igualdad y solidaridad humana que

a garantizar que esta porción de la trama criminal fuera sometida a enjuiciamiento. Vid. Sentencia núm. 105, de 16 de mayo de 2016, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Cienfuegos.

13 El supuesto de hecho de las conductas que se incriminan en el art. 343 del CP cubano no remite a ninguna norma de carácter extrapenal: la acción prohibida está perfectamente delimitada en el tipo, sin que sea necesario recurrir a la norma administrativa para determinarla; lo que ocurre es que en el diseño de la prohibición el legislador ha empleado elementos normativos jurídicos, que requieren una interpretación conforme a la legislación tributaria. A propósito de la distinción entre leyes penales en blanco y normas que incorporan términos normativos de contenido jurídico, vid. Doval Pais, A.: *Posibilidades y límites para la formulación de normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 98-107. Sobre la problemática de las normas penales en blanco en el ordenamiento penal cubano: AA. VV.: Alarcón Borges, R. Y. y Goite Pierre M.: *Las normas penales en blanco en el ordenamiento jurídico penal cubano: una perspectiva de lege data y de lege ferenda* (coord. C.A. Mejías Rodríguez), *Temas de Derecho Penal. Parte General –Libro homenaje al Profesor Renén Quirós Pírez–*, Editora My. Gral. Ignacio Agramonte y Loynaz, La Habana, 2015, pp. 193-220.

definen el modelo social cubano[14]. Se entiende, por ello, que el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos es un instrumento para alcanzar otros fines y propósitos constitucionales de obligado cumplimiento en una sociedad "con todos y para el bien de todos"[15].

Como se analizará luego, la ofensa al bien jurídico inmediatamente tutelado por el tipo recogido en el art. 343.2 del CP se produce mediante del incumplimiento del deber de contribuir. Por ello, y a fin de poner en claro si las ganancias de origen delictivo realmente quedan abarcadas por aquel, conviene en primer lugar centrar la atención en los principios que lo informan, y particularmente en los de capacidad económica e igualdad, por ser éstos los que guardan relación con la problemática objeto de análisis.

El principio de capacidad económica (o de capacidad contributiva) constituye el elemento rector dentro del conjunto de criterios que informan y ordenan la tributación[16]. Éste, además de ser presupuesto de aquella, cumple una función limitadora o de "salvaguardia del contribuyente frente a un pretendido poder tributario omnímodo y arbitrario"[17] en la medida en que opera como fundamento y medida del deber de contribuir.

Existe una correlación entre la magnitud de los ingresos percibidos por el ciudadano y el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público; y de ahí la interconexión entre el principio de capacidad económica y el principio de igualdad tributaria (que también informa un sistema tributario justo), cuya esencia se resume en la idea de "iguales prestaciones para los iguales, y desiguales prestaciones para los desiguales"[18]. Comoquiera que el respeto del primero conlleva a la observancia del

14 Vid. Regueiro, V.: "Deber de contribuir. Principios materiales de justicia tributaria", en AA.VV.: *Apuntes de Derecho Financiero cubano,* Félix Varela, La Habana, 2005, p. 100. También defiende esta opinión en la doctrina argentina, Cervini, quien entiende que "el ilícito tributario configura una violación del principio de solidaridad". Cervini, R.: *Principios,* cit., p. 42.

15 En el Artículo 1 de la Constitución de la República de Cuba se deja sentado que: "Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como república unitaria y democrática, para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana". Sobre la tutela constitucional del deber de contribuir en Cuba, vid., por todos, Regueiro, V.: *Deber,* cit., pp. 96-100.

16 Respecto a la esencialidad de este principio dentro del sistema tributario se pronuncia Pérez Royo, quien sostiene que la capacidad económica es "un objetivo al cual sirven de manera instrumental los restantes principios o criterios de justicia del sistema tributario". Pérez Royo, F.: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General,* 10ª ed., Civitas, Madrid, 2000, p. 35; y en esta misma línea se pronuncia Luzón Cánovas cuando afirma que "los demás principios del sistema tributario (…) no persiguen sino alcanzar el objetivo de una tributación según la capacidad económica". Luzón Cánovas, A.: "Aspectos constitucionales de la tributación por rentas de origen delictivo", *Diario La Ley*, núm. 6368, Año XXVI, 2005, p. 8.

17 Así lo calificó el Tribunal Supremo español (Sala 3ª) en su Sentencia 24 marzo 1995. También, Lo Monte, quien entiende que "el Estado halla un límite insuperable en la capacidad contributiva de un sujeto de participar en los gastos públicos". Lo Monte, E.: "Principios de Derecho penal tributario", B de F. Montevideo, 2006, p. 16.

18 Luzón Cánovas, A.: *Aspectos*, cit., p. 8. Este autor cita la Sentencia 76/1990, 26 abril, del Tribunal Constitucional español, que dejó establecido que el principio de igualdad se vulnera «cuando arbitrariamente se produzcan discriminaciones entre contribuyentes respecto a los cuales no media ninguna razón objetiva de diferenciación».

segundo, se ha llegado a sostener que en el orden práctico se produce una mixtura entre ambos[19].

Por otro lado, y en lo que respecta al fundamento de la prohibición penal de evadir el fisco, está fuera de duda que la positiva trascendencia social de la tributación amerita una protección jurídica reforzada[20]; y con la finalidad político-criminal de tutelar el Erario Público –presupuesto y medio necesario para hacer frente al gasto público destinado a promover las condiciones favorables para el progreso social y económico–, el legislador cubano ha decidido sancionar, bajo los arts. 343 y 344 del CP, un grupo de conductas especialmente lesivas para el patrimonio de la Administración Tributaria[21].

Aunque la mayoría de los autores cubanos identifican la faz dinámica de la Hacienda Pública (entendida como sistema de recaudación de ingresos y realización de gastos) como el bien jurídico protegido por el delito de evasión fiscal[22], particularmente entiendo que este concepto resulta demasiado amplio. Si se parte del rol de *ultima ratio* que debe jugar el Derecho penal y se quiere mantener la distinción, no siempre clara, entre delito e infracción administrativa, habrá que convenir en que no todos los elementos de este sistema merecen y requieren protección penal. El principio de ofensividad exige que se concrete más el ámbito de lo penalmente relevante a fin de que el intérprete pueda establecer, con mayor grado de seguridad jurídica, qué conductas encajan en el tipo del art. 343 del CP y cuáles no.

No niego que esta figura penal tienda a proteger las condiciones que garantizan la vigencia de una política financiera y fiscal justa, en armonía con las funciones que cumplen los tributos dentro del sistema económico[23]; pero esta aspiración

19 Vid. Sainz de Bujanda, F.: *Lecciones de Derecho Financiero,* 9ª ed. Sección de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1991, p. 106; Martín Queralt, J. *et. al.: Curso de Derecho Financiero y Tributario,* 26ª ed. Tecnos, Madrid, 2015, p. 111.

20 Vid. Por Cuanto segundo y Por Cuanto tercero de la de la Ley núm. 113, del Sistema Tributario, de 23 de junio de 2012.

21 Hay que tener presente, de inicio, la oportuna acotación de Martínez-Buján Pérez, quien alerta sobre el desacierto de confundir el bien jurídico tutelado por este delito con el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público. Si bien el delito fiscal presupone la infracción de dicho deber extrapenal (que incumbe al obligado tributario), en opinión del citado autor éste no pasa de ser "la vía a través de la cual se produce la lesión del bien jurídico". Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial,* 5ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 621. En la doctrina se distinguen dos posiciones teóricas en orden al bien jurídico tutelado por el delito de defraudación fiscal: las *tesis funcionales* y las *tesis patrimonialistas*. Según las primeras, el objeto de protección de este ilícito se concreta en las funciones que debe cumplir el tributo en una sociedad democrática, y en los principios que sustentan esa obligación; mientras que la concepción patrimonialista señala como bien jurídico inmediato al interés patrimonial de la Administración Tributaria en la recaudación. Extensamente, sobre las peculiaridades de ambas posturas, Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal,* cit., pp. 617-622.

22 Vid. Moret Hernández, O. L.: *Delitos,* cit., p. 320; Santana Echerri, A. de F.: *El delito,* cit. p. 9. De otra opinión, Rodríguez Sánchez y Molina Rivas, quienes defienden que el concepto de Hacienda Pública es de "compleja concreción" y proponen, de *lege ferenda*, reconducir esta figura a un capítulo específico dentro del Título V del CP (Delitos contra la Economía Nacional) por entender que el bien jurídico que ofenden las conductas evasoras no es otro que la "finanzas públicas". Vid. Rodríguez Sánchez, C. F. y Molina Rivas, A.: *Radiografía,* cit.

23 Vid. Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Saggese, S.: *Derecho Penal Económico,* 2ª ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2010, p. 273. En términos similares se pronuncia Martínez-Buján Pérez, quien conecta la existencia del tipo con la necesidad de garantizar "la plena realización del principio de justicia material en el

político-criminal del legislador (aunque en cierta medida le conduzca a optar por la incriminación penal) no puede identificarse como el bien jurídico protegido en sentido técnico[24]. Como hace ya tiempo acotó Gracia Martín, éste no pasa de ser un referente genérico que no resulta del todo útil para la determinación del bien jurídico protegido por el delito de defraudación tributaria[25], máxime cuando las funciones del tributo no llegan a afectarse por la evasión fiscal individual, sino que, a lo sumo, podrán ser abstractamente puestas en peligro ante la reiteración y generalización de ese tipo de conductas[26].

Así, aunque cabe entender que la actividad relacionada con los ingresos tributarios y el gasto público es el "objeto genérico" común a los arts. 343 y 344 del CP, parece más razonable concretar que el bien jurídico directamente tutelado tras el esquema típico del art. 343 es el interés patrimonial de la Administración Tributaria en la completa, exacta y puntual recaudación de los tributos, exigibles en virtud de las potestades que determinan el cuánto, cómo y cuándo realizar el pago o ingresos esperados[27]. Lo que la incriminación penal busca evitar, en lo inmediato, es la afectación directa del patrimonio estatal que deriva del impago de lo debido en concepto de tributo.

Este modo de interpretar el bien jurídico es coherente con la naturaleza socioeconómica de la figura analizada, que se distingue de las infracciones puramente patrimoniales por su carácter supraindividual. Y es que, de acuerdo a la clasificación

campo tributario". Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal,* cit., p. 615. Asimismo, Ayala Gómez entiende que si bien el perjuicio es finalmente económico, es la vulneración del principio de solidaridad tributaria lo que determina la naturaleza socioeconómica de este delito. Vid. Ayala Gómez, I.: "Defraudación tributaria", en AA.VV.: *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017* (coord. I. Ayala Gómez y G. Ortiz de Urbina), Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 730.

24 El bien jurídico mediato conecta con valoraciones preventivo-generales y es tomado en cuenta por el legislador al momento de optar por la incriminación penal; y si bien forma parte de la *ratio legis* del precepto, no puede considerársele como el bien jurídico en sentido técnico. Vid., con más detalles, Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal,* cit., pp. 618 y 621. Dese esta perspectiva, el concepto funcional de Hacienda Pública puede ser entendido como el objeto genérico de protección común al Derecho penal tributario, pero este concepto aún no determina el bien jurídico específicamente tutelado por cada uno de los tipos; y en esto sí que coinciden los representantes de las tesis patrimonialistas y funcionalistas sobre el bien jurídico. Al decir de Pérez Royo, "en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública podemos distinguir un bien jurídico genérico, común a todas las figuras que ya conocemos. Se trataría de la protección de la Hacienda Pública. Pero, por debajo de ese objeto genérico, carente de determinaciones precisas, es necesario buscar de forma más apurada el objeto de la protección penal (…) dentro de los delitos tributarios, conviene separar el bien jurídico genérico común a todos ellos y los bienes específicos tutelados en cada figura singularmente considerada". Pérez Royo, F.: *Los delitos y las infracciones en materia tributaria,* Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986, pp. 57-58. Igualmente, a favor de distinguir entre un bien jurídico genérico y los objetos de protección particulares, Octavio de Toledo y Ubieto, E.: "Los objetos de protección de los delitos contra las haciendas públicas", en AA. VV.: *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública* (dir. E. Octavio de Toledo y Ubieto), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 65.

25 Vid. Gracia Martín, L.: *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal*, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 1990, p. 11.

26 Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal,* cit., pp. 618 y 621.

27 En la doctrina española se muestran a favor de interpretar el bien jurídico protegido del delito fiscal en los términos aquí indicados, entre otros: Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Saggese, S.: *Derecho,* cit., pp. 271-274; Boix Reig, J. y Grima Lisandra, V.: "Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social", en AA.VV.: *Derecho Penal. Parte Especial* (dir. J. Boix Reig), Vol. III, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2012, p. 17; Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho*, cit., p. 621; Ayala Gómez, I.: *Defraudación,* cit., p. 730.

general que propone la doctrina respecto a los delitos económicos, la evasión fiscal califica como un delito económico en sentido estricto, en el que se debe distinguir un bien jurídico mediato inmaterial representado (identificable con las funciones que el tributo está llamado a cumplir frente a las necesidades públicas), y un bien jurídico inmediato con función representativa (que sería el interés patrimonial de la Administración Tributaria en la completa recaudación de los tributos)[28]. Insisto en que sólo este último debe ser utilizado como criterio de interpretación determinante puesto que el bien jurídico mediato, por su generalidad, jamás resultará afectado por la defraudación individual.

III. CRÍTICA A LA POSTURA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO CUBANO: NO SOMETIMIENTO A TRIBUTACIÓN DE LA GANANCIA DELICTIVA E INEXISTENCIA DE DELITO FISCAL

El análisis detenido sobre los distintos argumentos doctrinales y jurisprudenciales que se esgrimen a favor y en contra de la tributación por rentas delictivas excede el objetivo de este trabajo. Me limitaré, por tanto, a contrastar la postura asumida por la comentada línea jurisprudencial con el criterio que, desde la perspectiva teórica y de la legalidad tributaria vigente en Cuba, entiendo más razonable.

Desde mi punto de vista, esta postura deviene incorrecta en tanto parte de una concepción de hecho imponible excesivamente laxa (y equivocada). Considerar índice de capacidad contributiva al afloramiento económico derivado de la comisión de un delito es contrario al sentido social y moral de la tributación, porque no toda manifestación de riqueza fundamenta el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos; y justo por desentenderse de ello es que el TS incurre en el error sobreentender que existe capacidad contributiva allí donde aquella no se verifica.

Como ha puesto de relieve un autorizado sector de la doctrina tributarista, la capacidad contributiva presupone la titularidad de medios económicos por parte del sujeto pasivo del tributo, en la media en que ello es precisamente el fundamento y medida del deber de contribuir, de ahí que se exija –como presupuesto de la tributación– que el obligado tributario ostente "la titularidad de un patrimonio o de una renta, aptos en cantidad y calidad para hacer frente al pago del impuesto, una vez cubiertos los gastos vitales ineludibles del sujeto"[29].

28 Sobre la distinción entre *delito económico en sentido estricto* y *delito económico en sentido amplio*, vid., por todos, Bajo Fernández, M.: *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 42 y 43; Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2012, pp. 19-20; Feijoo Sánchez, B.: "Bien jurídico y delitos socioeconómicos" (voz) *Diccionario de Derecho penal económico* (dir. J. Boix Reig y coord. P. Lloria García), 2ª ed., Iustel, Madrid, 2017, pp. 117-118. A favor de entender el delito de defraudación tributaria como un delito económico en sentido estricto, Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho,* cit., p. 614.

29 Vid. Sainz de Bujanda, F.: *Hacienda y Derecho*, Vol. III, Ediciones del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 190. En la misma línea: Martín Delgado, J. M.: "Los principios de capacidad económica e igualdad en la Constitución española de 1978". *Hacienda Pública Española,* núm. 60, 1979, p. 69; Bayona de Perogordo, J.J. y Soler Roch, M.T.: *Compendio de Derecho Financiero,* Librería Compás, Alicante, 1991, p. 60; Soler Roch, M.T.: "La tributación de las actividades delictivas", *Revista de Derecho Financiero*, núm. 85, 1995, p. 23; Galarza, C. J.:

En sintonía con esta postura, con la que estoy de acuerdo, el deber de contribuir sólo deviene exigible respecto a la riqueza que el sujeto posea con causa en un vínculo jurídico reconocido y protegido por el Derecho. Así, aunque el legislador cubano define el hecho imponible como el "hecho de naturaleza jurídica o económica, establecido por la ley para configurar cada tributo y cuya realización origina la obligación tributaria"[30], conviene no olvidar la interconexión entre esta categoría tributaria y el origen de la renta, pues como destaca Soler Roch, sólo es renta gravable el "conjunto de ingresos obtenidos mediante el ejercicio de derechos generados en distintas situaciones jurídicas cuya titularidad corresponde al sujeto pasivo"[31].

El afloramiento económico derivado de un delito no supone incremento patrimonial en sentido jurídico, pues el ordenamiento legal no reconoce (ni protege) derecho subjetivo alguno sobre dichos fondos ilegales; de modo que hay que excluir del ámbito del hecho imponible (generador de capacidad contributiva) a las actividades delictivas en tanto que, como se dijo, esta categoría tributaria exige la obtención de riqueza en sentido jurídico y no sólo material.

Así, aunque desde la perspectiva económica los activos de origen criminal representan un indiscutible aumento de riqueza, en ningún caso cabe interpretar dicha situación como un incremento patrimonial: entre el sujeto y la ganancia delictiva no media una relación jurídica protegible por el Derecho; y ante la inexistencia de un derecho subjetivo reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico respecto al afloramiento económico derivado de una actividad delictiva (que sólo genera riqueza en sentido material y no jurídico), parece incorrecto sostener que ello configure un hecho imponible y deducir de él capacidad contributiva[32].

"La tributación de los actos ilícitos", en AA.VV.: *Derecho penal tributario* (coord. A.C. Altamirano y M. Rubinska Ramiro), Tomo I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 281 y 282; Luzón Cánovas, A.: *Aspectos*, cit., p. 9.

30 Cfr. art. 5, inciso o), de la Ley núm. 113/2012.

31 Soler Roch, M.T.: *La tributación,* cit., p. 23. Le sigue, Galarza, C.J.: *La tributación,* cit., pp. 281 y 282.

32 A fin de establecer cuándo un hecho en particular genera obtención de riqueza en sentido jurídico y no sólo material (esto es, un incremento patrimonial), hay que recurrir a otras ramas del ordenamiento jurídico, por lo que no debe asumirse con indiferencia la significación que tenga el acto generador del beneficio en otros ámbitos, como el penal y el civil. Así, Falcón y Tella, R.: "La posibilidad de gravar hechos constitutivos de delito: SAP Madrid 24 febrero 1998", *Quincena Fiscal*, núm. 11, 1999, p. 7; y Bacigalupo Saggese, quien destaca que: "El beneficio ilícitamente obtenido no deviene propiedad de quien lo obtiene. Ello sería tanto como afirmar que el hurto, el robo, la apropiación indebida, la estafa, la malversación, etc., son modos de adquirir propiedad. El hecho de manejar fondos ilegalmente obtenidos, pese a la apariencia de propiedad que pueda generar, no se puede identificar con la existencia de un derecho subjetivo reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico sobre dichos fondos. Ello confirma una vez más que los delitos no son hechos imponibles y que su producto no constituye renta". Bacigalupo Saggese, S.: "La «confiscación» del patrimonio proveniente del delito", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 78, 2002, p. 516. En esta misma línea: Díaz, V. O.: *Criminalización de las infracciones tributarias*, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 127; Queralt Jiménez, J. J.: *Derecho penal español. Parte Especial*, 5ª Ed., Atelier, Barcelona, 2008, pp. 746-747; Ruiz de Erenchun Arteche, E.: "Ganancias de origen (ilícito) delictivo y fraude fiscal", en AA.VV.: *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial* (dir. J.M. Silva Sánchez.), Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 221 y 246; Castro Moreno, A.: *Elusiones fiscales atípicas*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 137-138; Manjón-Cabeza Olmeda, A.: *Ganancias,* cit., pp. 684 y 687. Que el delito no constituye una forma de adquirir la propiedad, es una cuestión unánimemente aceptada por la doctrina, y en el plano normativo baste la referencia al art. 185.2 del Código Civil

Por otro lado, tampoco se debe perder de vista que el Derecho penal opera con una concepción económico-jurídica de patrimonio, en cuya virtud éste se entiende compuesto por el conjunto de derechos y obligaciones que tienen un valor económico estimable en dinero y que gozan de protección jurídica[33]. La esencia del concepto penal de patrimonio, como recuerda Muñoz Conde, "es tanto el valor económico de la cosa, como la protección jurídica que se brinda a la relación de una persona con esa cosa"[34]; de modo que el Derecho penal no protege el patrimonio en sentido meramente económico o fáctico, sino únicamente aquellos elementos patrimoniales que poseen reconocimiento jurídico[35]. Los atentados contra aquellos bienes que, aun teniendo valor económico, no se vinculen al sujeto mediante un título jurídico carecen de relevancia penal.

Son esencialmente estos dos argumentos (titularidad de los medios económicos como presupuesto de la capacidad contributiva y alcance de la protección penal del patrimonio) los que me llevan a discrepar con la postura asumida por el TS, y a suscribir la tesis que niega que las ganancias delictivas queden abarcadas por el deber de contribución al sostenimiento de los gastos públicos.

Pero a ello hay que añadir otra razón de peso, y es que el ordenamiento penal prevé específicas figuras legales orientadas a corregir las situaciones patrimoniales ilícitas derivadas de la detentación de las ganancias de origen delictivo: tal es el caso del comiso y de la responsabilidad civil *ex delicto,* cuya aplicación provoca que se desvanezca el afloramiento económico en el que un sector de la doctrina hace descansar la opinión favorable a la tributación[36].

cubano: "los bienes poseídos por medios delictuosos tampoco pueden adquirirse por usucapión por los autores o cómplices del delito".

33 Vid. Goite Pierre, M.: "Los delitos contra los derechos patrimoniales", en AA.VV.: *Derecho Penal Especial*, Tomo II, Félix Varela, La Habana, p. 199. Asimismo, en la doctrina española, entre otros: Quintero Olivares, G.: "Título XIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico". *Comentarios al Código Penal Español* (dir. G. Quintero Olivares, coord. F. Morales Prats), Tomo II, 6ª Ed., Aranzadi S.A., Navarra, 2011, p. 30; Lloria García, P.: "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (1). Hurto (Lección IV)", en AA.VV.: *Derecho Penal. Parte Especial –Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico–* (dir. J. Boix Reig), Vol. II, Iustel, Madrid, 2012, p. 103; Jareño Leal, Á.: "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (2). El robo con fuerza en las cosas (Lección V)", AA.VV.: *Derecho Penal. Parte Especial –Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico–* (dir. J. Boix Reig), Vol. II, Iustel, Madrid, 2012, p. 121; Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 352-354. Esta concepción sobre patrimonio también es asumida por la doctrina civil. Así, en la doctrina cubana, Valdés Díaz, C. C.: "Artículo 1", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil Cubano* (dir. L. B. Pérez Gallardo), Tomo I, Volumen I, Félix Varela, La Habana, 2013, p. 8, quien lo conceptúa como el "conjunto de bienes, derechos y obligaciones valuables económicamente que pertenecen a las personas naturales o jurídicas que ostentan su titularidad".

34 Muñoz Conde, F.: *Derecho,* cit., p. 353.

35 En opinión de Ruiz de Erenchun Arteche, E.: *Ganancias*, cit., p. 246, "la valoración que el Derecho civil haga de un determinado contacto patrimonial debe tenerse en cuenta a la hora de decidir qué expectativas va a proteger el Derecho penal". Sobre las disfuncionalidades derivadas de una concepción estrictamente económica del patrimonio, vid., ampliamente, Pastor Muñoz, N.: "Estafa y negocio ilícito. Algunas consideraciones a propósito de la STS 13 mayo 1997", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, 2000, pp. 352-358.

36 Para justificar el sometimiento a tributación de esta clase de ganancias se suele recurrir al principio de igualdad, y en esta línea se afirma que imponer la obligación de tributar sólo a quien obtiene rentas por vías legales, con exclusión de quien lo hace ilegalmente, supone conceder a este último un trato privilegiado frente al primero, pues se le estaría premiando (con la no tributación) por haber actuado contrario a Derecho. Vid. Soler Roch,

Este argumento posee especial relevancia para despejar las dudas en cuanto a si los ingresos derivados de la reinversión del producto del delito deben someterse a tributación; y aunque no han faltado autores que defiendan su sujeción[37], entiendo que –como regla– ello no resulta asumible en el contexto normativo cubano. El legislador patrio ha valorado que el lucro proveniente de la reinversión de la ganancia criminal permanece contaminado en razón de su origen y extiende el comiso a la «ganancia indirecta», esto es, a los bienes que provienen indirectamente del delito[38]. El carácter decomisable de esos ingresos conduce a entender que no existe obligación de contribuir por ellos, a menos que haya tenido lugar su descontaminación[39].

Con la postura sumida, el TS también parece desconocer el principio de unidad del ordenamiento jurídico, que también sirve de justificación a la postura que aquí se defiende. Y es que, desde la óptica del Derecho civil, los negocios jurídicos con causa delictiva (como el contrato de compraventa concertado entre los acusados) resultan aquejados de nulidad absoluta por verificarse en contra de una prohibición legal; y comoquiera que *quod nullum est nullum producit effectum* (salvo aquellos específicamente previstos por el ordenamiento jurídico penal), deviene contradictorio desde la perspectiva de la teoría del negocio jurídico que un hecho al que se le priva de sus efectos jurídicos normales, precisamente por la entidad de su ilicitud, sea considerado a su vez fuente de obligaciones tributarias[40].

Por último, la inexistencia del deber de contribuir por los activos generados en una actividad criminal también se justifica desde el punto de vista ético-moral. En esta línea se ha afirmado por parte de algún autor que obligar al delincuente a tributar por las rentas de su delito entraña una "disfunción criminógena", pues con ello el Estado

M.T.: *La tributación,* cit., p. 21; Galarza, C.J.: *La tributación,* cit., p. 263. No obstante, la mayoría de los autores que suscriben esta opinión terminan negando que en los supuestos en los que se corrige la situación patrimonial ilícita (por vía del comiso o de la condena civil) se produzca un verdadero "agravio comparativo", y entienden que en estos supuestos –en los que se eliminan los efectos económicos de la acción ilícita– no nacerá el deber de contribuir en tanto que no habrá ganancias que justifiquen la existencia de capacidad contributiva. Así, expresamente, Aparicio Pérez, que al referirse a los delitos patrimoniales sostiene que como en tales supuestos no se adquiere la propiedad (que sigue siendo de la víctima), no procede exigir tributo. Vid. Aparicio Pérez, J.: "El tratamiento fiscal de actividades ilícitas y fondos de origen ilegal". *Crónica Tributaria*, núm. 76, 1995, p. 12.

37 En esta línea, Terradillos Basoco, quien entiende que sí surge la obligación de tributar frente a las ganancias que concurren mezcladas con bienes de distinto origen, o que son fruto de la reinversión de las rentas delictivas. Vid. Terradillos Basoco, J. M.: "Delito de defraudación tributaria e ingresos de origen ilícito", *Revista Derecho penal. Derecho penal económico*, núm. 1, Instituto de Ciencias Penales, Buenos Aires, 2007, p. 14.

38 Esta interpretación, que deriva del tenor literal del precepto, ha sido ratificada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular a través del Dictamen núm. 140, de 6 de abril de 1982, en el que se deja esclarecido que caerán en comiso los bienes que se adquieran con el dinero procedente de la comisión de los delitos de malversación, robo, hurto u otros de similar naturaleza. Esta comprensión amplia de la ganancia también es auspiciada por los instrumentos internacionales. Cfr. art. 1, inciso p), de la Convención de Viena; y, en especial, el art. 2, inciso e), de las Convenciones de Palermo y Mérida, respectivamente, en los que se define el "producto del delito" como "los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito".

39 La problemática de la descontaminación excede el objetivo de este trabajo. Vid., ampliamente, Blanco Cordero, I.: *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª Ed., Aranzadi S.A., Pamplona, 2012, pp. 343-366.

40 Vid. Falcón y Tella, R.: *La posibilidad,* cit., p. 5; Bacigalupo Saggese, S.: *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2002, p. 42.

estaría promocionando la comisión de un delito de blanqueo por parte de quienes estuvieran en posesión del producto de un delito[41]; mientras que, por otra parte, se cuestiona la legitimación del Estado para recibir un porciento de las ganancias obtenidas por el delincuente tras la perpetración del delito, especialmente si se toma en cuenta que conductas análogas a éstas resultan sancionables si fueran ejecutadas por un ciudadano común[42]. Parece evidente que, de asumirse esta postura, el Estado acabaría convirtiéndose en un partícipe económico de los efectos del delito[43].

Conforme a lo explicado, entiendo que la detentación material del producto del delito no reúne los presupuestos del hecho imponible de ninguno de los tributos previstos en la Ley núm. 113/2012. No nace, por tanto, el deber de contribuir, y comoquiera que la violación de aquel se erige en presupuesto básico del tipo penal incriminado bajo el art. 343 del CP cubano, hay que negar su configuración en los supuestos de impago a la Administración Tributaria de una parte (o incluso la totalidad) del impuesto derivado de un negocio jurídico cuya celebración integre *per se* un comportamiento delictivo (como acontece en los supuestos que describen las sentencias citadas).

Estas conductas deben reputarse atípicas en tanto carecen de idoneidad para ofender el interés patrimonial de la Administración Tributaria en la completa recaudación de los tributos, que es el bien jurídico inmediatamente tutelado por esta figura penal. En tales supuestos el Estado no ostenta interés recaudatorio, por lo que no habrá delito fiscal (¡y ni siquiera infracción tributaria administrativa!)[44].

Cabe extraer, asimismo, una conclusión relacionada con la calificación jurídico-penal que el TS está ofreciendo a los casos en que no se somete a tributación la totalidad de la ganancia derivada de un negocio mediante el cual se transmiten/adquieren activos de origen criminal. Como se acaba de decir, en estos supuestos

41 Vid. Queralt Jiménez, J. J.: *Derecho,* cit., p. 747.

42 Cfr. Arts. 338 y 346 del CP cubano.

43 Aunque para derrumbar la acusación del "Estado cómplice" se aduce que a través de la aplicación del comiso el Estado también se hace con las ganancias delictivas; es obvio que quien así opina pierde de vista que la tributación y el comiso poseen fundamentos totalmente distintos. La imposición tributaria no es una medida represiva (no es una sanción), sino un instrumento para la consecución de otros fines y propósitos en beneficio de la sociedad; mientras que el comiso de ganancias delictivas sí posee una esencia sancionadora en tanto procura revertir las situaciones de enriquecimiento injusto configuradas a partir del disfrute de aquella. En esta línea, el legislador cubano ha previsto de forma expresa que el Estado, además de sancionar por la infracción que origina la ganancia, ha de comisar el producto del delito y lo derivado de sus transformaciones; y está claro que desde la perspectiva político-criminal esta medida resulta mucho más coherente que el recurso a la tributación: téngase en cuenta que por la vía del impuesto el Estado sólo recibirá parte de la ganancia, dejando en manos del delincuente una buena porción que, por demás, obtendrá a partir de ese momento apariencia de legitimidad. Vid., por todos, Manjón-Cabeza Olmeda, A.: *Ganancias,* cit., p. 689, quien llega a la acertada conclusión de que "la acción del Estado mediante el comiso es más intensa y eficaz que la que se deriva de la tributación".

44 En estos términos se pronuncia también Bacigalupo Saggese cuando defiende que la atipicidad del delito fiscal en tales casos obedece a la falta de objeto material. Al decir de esta autora "las ganancias obtenidas por medio de la comisión de un delito no generan el hecho imponible «renta» (…) por lo que no dan lugar a tributación (…) no hay delito fiscal, ni infracción tributaria administrativa, pues el Estado carece de toda pretensión tributaria en estos supuestos". Bacigalupo Saggese, S.: *La «confiscación»,* cit., p. 519.

no se ofende el bien jurídico protegido por el delito de evasión fiscal, de modo que la conducta de los intervinientes sólo encontrará acomodo en el delito que origina la ganancia o, eventualmente, en el tipo de lavado de activos[45], sin que quepa plantearse ninguna cuestión concursal (ni de delitos, ni de normas) entre aquella y el tipo del art. 343.2 del CP.

En estos supuestos la tributación suele ser una técnica encaminada a garantizar el enmascaramiento propio de la fenomenología del lavado de activos, que persigue garantizar el retorno de la ganancia delictiva al circuito económico lícito aparentando un origen absolutamente legal. Así, los pagos que realizan los blanqueadores a la Administración Tributaria con motivo de los negocios jurídicos celebrados a fin de "legitimar" la ganancia de origen criminal constituyen, en puridad, actos propios de la trama del reciclaje (como una suerte de "costo del blanqueo") y en ningún caso se les debe reconducir a otra figura penal[46].

IV. PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN RAZONABLE

Privar al delincuente del patrimonio criminal es, efectivamente, una opción político-criminal eficaz y razonable siempre que se adopten fórmulas respetuosas con los derechos y garantías reconocidos a los ciudadanos en un Estado de Derecho, a los que no cabe renunciar[47].

Lo que sí parece inadmisible es que en el marco de esa estrategia se defienda, aun como recurso subsidiario, la posibilidad de gravar impositivamente los bienes de origen delictivo so pena de incurrir en delito contra la Hacienda Pública[48]. Entiendo que esta opción político-criminal colisiona frontalmente con los principios de lesividad y proporcionalidad: si en tales supuestos no nace el deber de contribuir

45 En la mayoría de los supuestos enjuiciados por los tribunales cubanos, a los que se hace referencia en este trabajo, la calificación del delito de lavado de activos resulta muy discutible, pues se están sancionado actos de mero consumo o disfrute, y no verdaderos actos de inversión. Sobre el bien jurídico tutelado por el art. 346 de CP y el alcance de las conductas típicas, Vid. López Rojas, D. G.: "Problemas político-criminales en la configuración del delito de lavado de activos en el Código Penal cubano (I)", en prensa.

46 La tributación resulta ser una técnica habitual en la fase de conversión del proceso de lavado de activos, que tiene lugar a partir de las múltiples operaciones realizadas sobre fracciones del capital delictivo con el propósito de distanciarlas y desvincularlas de su origen oscuro. El hecho de que se tribute por los actos jurídicos celebrados en esta fase tiene como propósito garantizar el retorno del dinero sucio a la economía regular con apariencia de haber sido obtenido de forma lícita. Vid. Aránguez Sánchez, C.: *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 87; Mallada Fernández, C.: *Blanqueo de capitales y evasión fiscal*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 41.

47 Conviene no perder de vista que esos derechos y garantías constituyen conquistas democráticas, y hay que estar de acuerdo con Quintero Olivares cuando sostiene que "no es posible resolver problemas penales yendo en marcha atrás sobre lo que se considere avance". Quintero Olivares, G.: "Organizaciones y grupos criminales en el Derecho penal de nuestro tiempo", en AA.VV.: *La delincuencia organizada: un reto de la Política criminal actual* (coord. C. Villacampa Estiarte). Aranzadi, Navarra, 2013, p. 32.

48 Reconocen expresamente que este modo de interpretar el ámbito del delito fiscal representa uno de los pilares de esta estrategia político-criminal: Choclán Montalvo, J. A.: "El comiso y la confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas", en AA.VV.: *Prevención y represión del blanqueo de capitales –Estudios de Derecho Judicial, núm. 28–* (dir. J. Zaragoza Aguado), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 338; Blanco Cordero, I.: *El delito,* cit., pp. 894-895.

–que es el presupuesto básico de la prohibición de eludir el fisco–, es obvio que no se produce ofensa alguna al bien jurídico tutelado por esta figura, lo que de por sí resulta suficiente para descartar la intervención penal; y tampoco se debe perder de vista que en la mayoría de los casos el sujeto que posee la renta delictiva recibirá ya una sanción, bien por haber participado en el hecho del que aquella trae causa (delito fuente), bien por haberla transmitido y/o adquirido (receptación y/o lavado de activos). El hecho de que la interpretación del delito de evasión fiscal esté llegando tan lejos constituye otra muestra del expansionismo irracional que aqueja al Derecho penal económico.

Ya expliqué antes por qué considero que los supuestos sobre los que se viene pronunciado la jurisprudencia cubana no satisfacen los presupuestos materiales del delito de evasión fiscal. Entiendo, por tanto, que si lo que se pretende es hacer frente a la ganancia de origen delictivo no es necesario pervertir esta figura penal, pues el CP cubano ya ofrece una solución mucho más eficaz para el logro de este propósito político-criminal: el comiso de los efectos del delito, que abarca la ganancia derivada de aquel (art. 43 del CP)[49].

El comiso de ganancias resulta ser el instrumento idóneo para enfrentar la riqueza delictiva. Los presupuestos y efectos de esta variante de la figura permiten entender que su fundamento conecta con la obtención de un enriquecimiento injusto, y que su finalidad inmediata es la de corregir ese estado de cosas[50]. Por ello, estoy de acuerdo con Ramón Ribas cuando le atribuye a este instituto una naturaleza jurídica mixta: penal, en tanto presupone la comisión de un delito; y civil, por cuanto tiende a evitar que se materialice un enriquecimiento injusto[51].

Téngase en cuenta que el TS está sancionando por el delito de lavado de activos tanto al comprador material que transmite el dinero sucio a cambio de bienes (art. 346.1 CP), al comprador formal que presta su nombre para que figure en el título domínico de aquellos (art. 346.2 CP), y en ocasiones hasta al vendedor que, en

49 Por efectos del delito hay que entender, según Quirós Pírez: "todas aquellas cosas tangibles, susceptibles de una utilidad económica y que son producto de un delito". Quirós Pírez, R.: *Manual de Derecho Penal IV –Parte 1–*. Félix Varela, La Habana, 2015, p. 192. También se incluyen dentro de este concepto los beneficios derivados de la reinversión del producto del delito. Vid. Dictamen núm. 140, de 6 de abril de 1982, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

50 Este criterio interpretativo, que poyo en el tenor literal del art. 43 del CP, coincide con la opinión mayoritaria de la doctrina. Vid., entre otros, Choclán Montalvo, J.A.: *El comiso*, cit., p. 345; Vizueta Fernández, J.: "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a ésta", *Revista Penal*, núm. 19, 2007, p. 166; Mapelli Caffarena, B.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª Ed., Aranzadi S.A., Navarra, 2011, p. 415; Orts Berenguer, E. y González Cussac, J. L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 5ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 548. Sin negar esta dimensión, algunos autores resaltan que frente a ciertos sectores de la delincuencia (sobre todo la criminalidad organizada) la aplicación de esta figura también se fundamenta en la peligrosidad objetiva de la ganancia, habida cuenta de la probabilidad de que ella se emplee como medio de financiación de actividades delictivas futuras. Vid. Ramón Ribas, E.: "La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de la doble vía ¿al Derecho Penal de las cinco vías?", en AA.VV.: *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización* (dir. P. Faraldo Cabana), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 228-229.

51 Vid. Ramón Ribas, E.: "Artículo 127", *Comentarios al Código Penal Español* (dir. G. Quintero Olivares, coord. F. Morales Prats), Tomo I, 6ª, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 777.

condiciones de haberse representado la procedencia del dinero, recibe el capital maculado (art. 346.2 CP); de modo que, en principio, procede decretar el comiso tanto del dinero como de los bienes recibidos.

Si bien el hecho de que no se puedan ocupar el dinero y/o los bienes durante la fase de instrucción impedirá la aplicación del comiso, ello no determina la existencia de un delito de evasión fiscal. Que la imposición de aquella medida se vea frustrada por la imposibilidad de localizar la riqueza ilícita es una cuestión relacionada con la eficacia de la investigación, pero ésta sigue teniendo origen delictivo y, por ende, no existe obligación de tributar por ella. Asumir lo contrario, y emplear esta figura como expediente de pragmática procesal para sortear las dificultades propias del proceso investigativo (esto es, como posibilidad última de reaccionar contra el patrimonio criminal), implica flexibilizar de modo regresivo el Derecho penal material con motivo de las insuficiencias del sistema procesal.

Si se entiende que la conducta de los acusados (compraventa de bienes con dinero sucio) integra los elementos del delito de lavado de activos, parece más razonable calificar los hechos como constitutivos, únicamente, de esa infracción penal. Ni el delito puede ser considerado hecho imponible (ni las rentas derivadas de él quedan abarcadas por el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos); y los pagos efectuados por esto sujetos a la Administración Tributaria constituyen actos propios de la trama del reciclaje[52].

52 Desde mi punto de vista, el ingreso que percibe la Oficina Nacional de la Administración Tributaria en concepto de impuestos por la celebración de esta clase de negocios constituye un ingreso indebido (cfr. art. 101 del Decreto núm. 308/2012 –Reglamento de las normas generales y de los procedimientos tributarios–, en relación con los arts. 8, 100 y la Disposición Final Primera del Código Civil cubano). En estos supuestos no nace el deber de contribuir, con lo cual se trata materialmente de un cobro indebido por parte de la Administración Tributaria; máxime cuando la mayoría de las veces el efectivo con el que se paga el impuesto es parte del dinero sucio y, por tanto, decomisable.

BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Borges, R.Y. y Goite Pierre, M.: "Las normas penales en blanco en el ordenamiento jurídico penal cubano: una perspectiva de lege data y de lege ferenda", (coord. C.A. Mejías Rodríguez): Temas de Derecho Penal. Parte General –Libro homenaje al Profesor Renén Quirós Pírez–. Editora My. Gral. Ignacio Agramonte y Loynaz, La Habana, 2015, pp. 193-220.

Aparicio Pérez, J.: "El tratamiento fiscal de actividades ilícitas y fondos de origen ilegal", Crónica Tributaria, núm. 76, 1995, pp. 9-12.

Aránguez Sánchez, C.: *El delito de blanqueo de capitales,* Marcial Pons, Madrid, 2000.

Ayala Gómez, I.: "Defraudación tributaria", en AA.VV.: Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017 (coord. I. Ayala Gómez y G. Ortiz de Urbina), Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 729-744.

Bacigalupo Saggese, S.: *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2002.

-"La «confiscación» del patrimonio proveniente del delito", Cuadernos de Política Criminal, núm. 78, 2002, pp. 497-520.

Bajo Fernández, M.: *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial, Civitas,* Madrid, 1978.

Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Saggese, S.: *Derecho Penal Económico*. 2ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2010.

Bayona de Perogordo, J.J. y Soler Roch, M.T.: *Compendio de Derecho Financiero*, Librería Compás, Alicante, 1991.

Boix Reig, J. y Grima Lisandra, V.: "Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social", en AA.VV.: Derecho Penal. Parte Especial (dir. J. Boix Reig), Vol. III, 1ª Iustel, Madrid, 2012, pp. 15-57.

Blanco Cordero, I.: *El delito de blanqueo de capitales,* 3ª ed., Aranzadi S.A., Pamplona, 2012.

Castro Moreno, A.: *Elusiones fiscales atípicas,* Atelier, Barcelona, 2008.

Cervini, R.: "Principios del Derecho penal tributario en el Estado Constitucional de Derecho", en AA.VV.: Derecho penal tributario (coord. A.C. Altamirano y M. Rubinska Ramiro), Tomo I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 41-62.

Choclán Montalvo, J. A.: "El comiso y la confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas", en AA.VV.: Prevención y represión del blanqueo de capitales –Estudios de Derecho Judicial, núm. 28– (dir. J. Zaragoza Aguado) Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 331-370.

Coderch, P. S. y Silva Sánchez, J-M.: *Simulación y deberes de veracidad: Derecho civil y Derecho penal. Dos estudios de dogmática jurídica*, Civitas, Madrid, 1999.

Díaz, V. O.: *Criminalización de las infracciones tributarias, Depalma*, Buenos Aires, 1999.

Doval Pais, A.: *Posibilidades y límites para la formulación de normas penales. El caso de las leyes penales en blanco,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Falcón y Tella, R.: "La posibilidad de gravar hechos constitutivos de delito: SAP Madrid 24 de febrero 1998", Quincena Fiscal, núm. 11, 1999, pp. 5-8.

Feijoo Sánchez, B.: "Bien jurídico y delitos socioeconómicos" (voz), Diccionario de Derecho penal económico (dir. J. Boix Reig y coord. P. Lloria García), 2ª ed., Iustel, Madrid, 2017, pp. 117-127.

Galarza, C. J.: "La tributación de los actos ilícitos", en AA.VV.: Derecho penal tributario (coord. A.C. Altamirano y M. Rubinska Ramiro), Tomo I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 257-286.

Goite Pierre, M.: "Los delitos contra los derechos patrimoniales", en AA.VV.: Derecho Penal Especial, Tomo II, Félix Varela, La Habana, pp. 197-260.

Gracia Martín, L.: "La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal", Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 1990.

Jareño Leal, A.: "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (2). El robo con fuerza en las cosas (Lección V)", en AA.VV.: Derecho Penal. Parte Especial –Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico– (dir. J. Boix Reig), Vol. II, Iustel, Madrid, 2012, pp. 121-140.

Lloria García, P.: "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (1). Hurto (Lección IV)", en AA.VV.: Derecho Penal. Parte Especial –Delitos contra

las relaciones familiares, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico– (dir. J. Boix Reig), Vol. II, Iustel, Madrid, 2012, pp. 101-120.

Lo Monte, E.: *Principios de Derecho penal tributario,* B de F, Montevideo, 2006.

López Rojas, D. G.: "Problemas político-criminales en la configuración del delito de lavado de activos en el Código Penal cubano (I)", en prensa.

Luzón Cánovas, A.: "Aspectos constitucionales de la tributación por rentas de origen delictivo", Diario La Ley, núm. 6368, Año XXVI, 2005, pp. 1-40.

Mallada Fernández, C.: *Blanqueo de capitales y evasión fiscal*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

Manjón-Cabeza Olmeda, A.: "Ganancias criminales y ganancias no declaradas (el desbordamiento del delito fiscal y del blanqueo)", en AA.VV.: Libro homenaje al prof. Luis Rodríguez Ramos (coord. F.J. Álvarez García, et. al.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 655-698.

Mapelli Caffarena, B.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Aranzadi S.A., Navarra, 2011.

Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2012.

Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Martín Delgado, J. M.: "Los principios de capacidad económica e igualdad en la Constitución española de 1978", Hacienda Pública Española, núm. 60, 1979, pp. 61-93.

Martín Queralt, J. et. al.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 26ª ed., Tecnos, Madrid, 2015.

Moret Hernández, O. L.: "Delitos contra la Hacienda Pública", en AA.VV.: Derecho Penal Especial, Tomo II, Félix Varela, La Habana, 2005, pp. 318-334.

Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial,* 19ª dd., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Octavio de Toledo y Ubieto, E.: "Los objetos de protección de los delitos contra las haciendas públicas", en AA.VV.: Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública (dir. E. Octavio de Toledo y Ubieto), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Orts Berenguer, E. y González Cussac, J. L.: *Compendio de Derecho Penal.* Parte General, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Pastor Muñoz, N.: "Estafa y negocio ilícito. Algunas consideraciones a propósito de la STS 13 mayo 1997", Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 5, 2000, pp. 335–360.

Pérez Royo, F.: *Los delitos y las infracciones en materia tributaria,* Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986.

Pérez Royo, F.: *Derecho Financiero y Tributario*. Parte General, 10ª ed., Civitas, Madrid, 2000.

Queralt Jiménez, J. J.: *Derecho penal español. Parte Especial*, 5ª ed., Atelier, Barcelona, 2008.

Quintero Olivares, G.: "Título XIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico", Comentarios al Código Penal Español (dir. G. Quintero Olivares, coord. F. Morales Prats), Tomo II, 6ª, Aranzadi S.A., Navarra, 2011, pp. 27 -30.

Quintero Olivares, G.: "Organizaciones y grupos criminales en el Derecho penal de nuestro tiempo", en AA.VV.: La delincuencia organizada: un reto de la Política criminal actual (coord. C. Villacampa Estiarte), Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 23-44.

Quirós Pírez, R.: *Manual de Derecho Penal IV –Parte 1–*, Félix Varela, La Habana, 2015.

Ramón Ribas, E.: "La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de la doble vía ¿al Derecho Penal de las cinco vías?", en AA.VV.: Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización (dir. P. Faraldo Cabana), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 179-258.

Ramón Ribas, E.: "Artículo 127", Comentarios al Código Penal Español (dir. G.Quintero Olivares, coord. F. Morales Prats), Tomo I, 6ª, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 772-788.

Regueiro, V.: "Deber de contribuir. Principios materiales de justicia tributaria", en AA.VV.: Apuntes de Derecho Financiero cubano, Félix Varela, La Habana, 2005, pp. 96-106.

Rodríguez Sánchez, C. F. y Molina Rivas, A. M.: "Radiografía del delito de evasión fiscal en la legislación cubana. Esbozo de una propuesta". Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42472.pdf

Ruiz de Erenchun Arteche, E.: "Ganancias de origen (ilícito) delictivo y fraude fiscal", en AA.VV.: ¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial (dir. J.M. Silva Sánchez), Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 207-262.

Sainz de Bujanda, F.: *Hacienda y Derecho,* Vol. III, Ediciones del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

Sainz de Bujanda, F.: *Lecciones de Derecho Financiero,* 9ª ed., Sección de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1991.

Santana Echerri, A. de F.: "El delito de evasión fiscal en sede judicial" (en prensa, cortesía de la autora).

Soler Roch, M.T.: "La tributación de las actividades delictivas", Revista de Derecho Financiero, núm. 85, 1995, pp. 9-32.

Terradillos Basoco, J. M.: "Delito de defraudación tributaria e ingresos de origen ilícito", Revista Derecho penal. Derecho penal económico, núm. 1, Instituto de Ciencias Penales, Buenos Aires, 2007, pp. 11-36.

Valdés Díaz, C. C.: "Artículo 1", en AA.VV.: Comentarios al Código Civil Cubano (dir. L.B. Pérez Gallardo), Tomo I, Volumen I, Félix Varela, La Habana, 2013, pp. 1-16.

Vizueta Fernández, J.: "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a ésta", Revista Penal, núm. 19, 2007, pp. 162-177.

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

MEDIACIÓN Y ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

MEDIATION AND ARBITRATION UNDER SPANISH ADMINISTRATIVE LAW

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 248-271

Carla
ESPLUGUES
BARONA

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de junio de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: El Derecho administrativo se presenta históricamente como un ámbito plagado de obstáculos frente a las ADR. Sin embargo, los cambios sociales y la mutación de las estructuras administrativas llevan a buscar nuevos cauces para la resolución de los conflictos con la Administración. En un momento de creciente fascinación por la mediación, la mediación administrativa surge con fuerza en la Justicia administrativa, pese a la particular desigualdad entre las partes en conflicto. Más difícil parece la incorporación del arbitraje como mecanismo para la resolución de los conflictos administrativos.

PALABRAS CLAVE: Justicia administrativa; Derecho administrativo; ADR; mediación; arbitraje.

ABSTRACT: Administrative law remains a legal area riddle with obstacles to the ADR. However, social changes and the mutation of administrative structures requires the search of new ways to solve administrative disputes. At a time of a growing role played by mediation, despite the inequality between the parties, administrative mediation appears as a potential way to settle disputes with the Administration. More difficult seems the incorporation of arbitration as a way of solving administrative disputes.

KEY WORDS: Administrative Justice; Administrative Law; ADR; mediation; arbitration.

SUMARIO.- I. LA PROBLEMÁTICA INCORPORACIÓN DE LAS ADR AL DERECHO ADMINISTRATIVO.- 1. Características de las ADR.- A) La mediación como cauce autocompositivo.- B) El arbitraje como cauce heterocomponedor.- 2. Especialidades del control de la actuación administrativa.- 3. Incorporación de las soluciones negociales al Derecho administrativo.- II. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA.- 1. ¿Por qué la mediación administrativa?- 2. Clases de mediación en materia de Derecho administrativo.- A) Mediación administrativa.- B) Mediación "intrajudicial" contencioso-administrativa.- III. EL ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO.- 1. Constitucionalidad de la admisión del recurso al arbitraje en Derecho administrativo.- 2. Distintas manifestaciones del arbitraje en Derecho administrativo.- A) Figuras afines.- B) Contratación administrativa: intento de arbitraje en Derecho administrativo.- IV. CONCLUSIONES.

I. LA PROBLEMÁTICA INCORPORACIÓN DE LAS ADR AL DERECHO ADMINISTRATIVO

Los cauces alternativos no judiciales ni jurisdiccionales de resolución de conflictos -las denominadas *Alternative Dispute Resolution* o ADR-, constituyen a día de hoy una realidad de Justicia que ya nadie discute. Si bien son propios de la resolución de conflictos de Derecho privado, se han convertido en piezas esenciales del actual modelo de Justicia[1].

En Europa la incorporación y asentamiento de las ADR ha sido notablemente más lento que en Estados Unidos o en otros países como Canadá o Australia. Y, en todo caso, esa incorporación ha venido en gran medida impulsada desde movimientos interregionales e internacionales. Es más, su incorporación no ha sido general y a todos los ámbitos y conflictos, sino que ha ido adquiriendo cierto protagonismo de forma discontinua y sectorial.

A día de hoy, existe una gran profusión de normas que incorporan y regulan estos cauces en la solución de determinados conflictos sectoriales, pero que, sobre todo, han permitido favorecer y rediseñar un modelo mediador que supone una ruptura del viejo modelo conciliatorio, que se asumía como escalón previo al desarrollo del proceso judicial, sin demasiadas expectativas de efectividad. Nos hallamos ante un momento de fascinación por la mediación; una fascinación no solo normativa, sino

1 Barona Vilar, S.: "Justicia integral y Access to Justice. Crisis y evolución del paradigma", en Barona Vilar, S.: (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 54, refiere a este nuevo modelo de Justicia como un "*cambio de paradigma*" o de "*Justicia integral*.

• Carla Esplugues Barona
Doctora en Derecho por la Universitat de València, Licenciada en Derecho y Administración de Empresa por la citada Universidad. Master en Droit Public des Affaires, Université Panthéon-Sorbonne (París 1), Abogada.

que ha implicado la emergencia de una suerte de profesión nueva en torno a aquel que desempeña esas tareas de mediación, el mediador.

Ese momento de auge de las ADR (u *Online Dispute Resolution* (ODR), si se lleva a cabo por medios telemáticos) no ha encontrado, sin embargo, acomodo en el Derecho administrativo, que se presenta como un ámbito jurídico repleto de obstáculos frente a estos cauces no solo por la naturaleza indisponible de las materias administrativas y la especial posición de la Administración frente a los ciudadanos, sino también por la tradicional negación de cualquier posibilidad de someter la actuación administrativa al control de un tercero distinto a un juez.

Pese a ello, la situación actual ha superado con mucho esos argumentos iniciales, muy probablemente porque como sucede en los demás ámbitos del Derecho, no existe una solución única que permita afirmar que todos los conflictos posibles de esa rama del ordenamiento jurídico pueden o no ser resueltos a través de las ADR-ODR. Resulta necesario verificar la tipología de conflicto, de los sujetos en conflicto, de las consecuencias jurídicas derivadas de la solución del mismo de forma consensuada y de los requisitos necesarios para poder formular efectivamente un acuerdo entre las partes. Todo ello será imprescindible para valorar si lo más adecuado es tratar de alcanzar un pacto o un acuerdo a través de métodos como la negociación, la conciliación, la mediación, o si es posible acudir a un arbitraje –porque la ley lo permite- o si necesariamente se trata de una materia que solo y exclusivamente puede resolverse a través de los tribunales de Justicia.

1. Características de las ADR

Debemos diferenciar entre cauces autocompositivos –negociación, conciliación y mediación-, y cauces heterocompositivos –arbitraje-.

Los cauces autocompositivos se caracterizan porque es posible resolver las disputas entre quienes se encuentran en conflicto con o sin intervención de tercero, mientras que en los heterocompositivos es un tercero quien resuelve imponiendo la decisión a quienes acuden al mismo.

De entre todos, vamos a realizar una breve caracterización de la mediación y el arbitraje, para destacar sus rasgos característicos, que deberemos tomar en consideración a efectos de plantear su aplicabilidad al ámbito administrativo.

A) La mediación como cauce autocompositivo

Históricamente el cauce autocompositivo por excelencia ha sido la conciliación, que ha encontrado acomodo tanto en la legislación española como en la mayoría de los sistemas jurídicos procesales.

Sin embargo, a día de hoy la mediación constituye la primera vía a la que acudir, antes de intentar cualquier otra vía de solución o gestión de conflictos, fruto del especial impulso recibido tanto en el ámbito nacional como internacional.

La diferencia principal entre conciliación y mediación reside en que el conciliador no va a desarrollar una tarea de aproximación a los sujetos en conflicto, no va a trabajar conjuntamente con las partes para conseguir el acuerdo. Esto lleva a que el conciliador en ciertos casos realice propuestas de solución, lo que difiere del mediador, quien no propone –se asume que la propuesta del tercero no es construcción propia, no se asume como tal y por tanto puede generar complicaciones a la hora de cumplir con lo acordado-. El mediador no debe proponer soluciones, salvo que las partes así se lo requieran. El principio esencial de la mediación es que son las partes las constructoras del acuerdo y el mediador es quien aproxima, facilita y favorece la aproximación entre ambas, mediante las técnicas de mediación que suponen la escucha activa, el reconocimiento del otro, la asunción de responsabilidad, etc. Incluso en ciertas escuelas de mediación lo importante no es tanto alcanzar el acuerdo sino el trabajo conjunto.

La mediación se caracteriza por (i) el principio de voluntariedad y de libre disposición para acudir a la mediación o para desistir de una mediación ya iniciada, (ii) el debido respeto al principio de igualdad de trato de sus intervinientes, (iii) la necesaria neutralidad del mediador, que debe mantener una posición equidistante respecto de quienes intervienen en la mediación, trabajando para aproximar a las partes, desde esa visión equidistante, tratando de favorecer la pacificación de las relaciones jurídicas[2], (iv) la flexibilidad y adaptabilidad a las circunstancias propias del tipo de conflicto y de las personas que intervienen en el mismo, (v) el principio de confidencialidad, no solo exigible a quienes participan en la mediación, sino también a los mediadores, (vi) el necesario cumplimiento de un código de comportamiento por parte de quienes actúan.

Especial relevancia reviste el valor que se asigna al resultado que se alcance al finalizar el procedimiento de mediación. Existe interés en que el acuerdo pase de un mero acuerdo de voluntades con valor de contrato privado, y que el valor jurídico del acuerdo pueda servir como elemento de impulso a participar en la mediación, y no como elemento de desinterés por la institución. La aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, respondió a esa inquietud, impulsada desde el seno comunitario europeo, y de ese modo la solución que en este ámbito se ofrece queda en manos de las partes, quienes pueden otorgarle un mero valor de acuerdo privado, o bien pueden favorecer su conversión en título

2 Como señala Barona Vilar, S.: "Qué y por qué la mediación", en Ortega Giménez, A., Cobas Cobiella, M.E. (coords.). *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de actualidad*, Ed. Difusión Jurídica, Madrid, 2013, p. 45, el papel del tercero mediador es esencial, de ahí la exigencia de capacitación para el ejercicio de su función; capacitación que le permitirá adquirir "*destrezas suficientes como para que sea el visible invisible*".

ejecutivo, ya mediante la incorporación del acuerdo en el proceso, o bien elevando a escritura pública notarial el acuerdo adoptado en mediación, dándole valor de título ejecutivo sin necesidad de acudir a la vía judicial.

B) El arbitraje como cauce heterocomponedor

El arbitraje es un medio de resolución de conflictos al que se acude por voluntad de las partes en conflicto, en virtud del cual un tercero imparcial, designado por las partes directa o indirectamente –a través de la incorporación por referencia a la que se refiere la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA) en el ámbito competencial de las instituciones arbitrales- impone la decisión a éstas. Y esa imposición se efectúa por medio de un laudo que puede fundarse en derecho o en su leal saber y entender.

Frente a los grandes debates doctrinales del siglo XX acerca de la naturaleza del arbitraje, en atención a la consideración de la preferencia del elemento contractualista, procesalista o jurisdiccionalista, y que dieron lugar a teorías que venían nominadas desde ese elemento predominante, se alzó la voz de quienes defendían la teoría mixta.

La tesis mixta supone afirmar que el arbitraje está compuesto por elementos de diversa naturaleza, lo que en palabras de Barona Vilar implica que "*el arbitraje es el arbitraje y esa es su naturaleza jurídica*"[3], sin que sea necesario insistir en el predominio de uno u otro elemento conformador del arbitraje, sino en elevar a categoría autónoma al arbitraje[4], en la que una pluralidad de relaciones jurídicas justifican esta consideración.

De esta institución debemos destacar el principio de autonomía de la voluntad, que no es sino la manifestación del ejercicio de la libertad de éstas de decidir detraer el conocimiento de sus litigios de los tribunales y someterlo a arbitraje. El arbitraje se asienta así sobre el principio de autonomía de la voluntad reflejada en el convenio arbitral que cumple la doble función de base y límite del arbitraje[5]. Y esa declaración de libertad no es absoluta, como lo muestra la existencia de unos límites –ciertamente mínimos- establecidos legalmente[6]. Conviene señalar además que esta autonomía de la voluntad no es absoluta tampoco en cuanto

3 Barona Vilar, S.: "Introducción", en Barona Vilar, S. (coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 71.

4 Barona Vilar, S.: "Introducción", cit., p. 72.

5 Verdera Server, R.: *El convenio arbitral*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 15.

6 Recuérdese en este sentido el mandato del artículo 24 LA en relación con los principios que deben inspirar la sustenciación del procedimiento: "1. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. 2. Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales."

a su objeto, en la medida en que viene limitada, al menos en el arbitraje interno[7], a aquellas "*controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*", tal como explicita el artículo 2.1 LA.

Partiendo de lo anterior resulta de interés enumerar algunas de las ventajas que permiten priorizar la opción del arbitraje frente a los tribunales ordinarios.

1. *Confidencialidad*. La exigencia de confidencialidad en todas las modalidades de ADR ha sido una constante. Se ofrece con ello un entorno diverso del proceso judicial, que es público tanto en relación con las partes que intervienen como respecto del público en general.

2. *Rapidez*. Una de las características propias del sistema arbitral es su breve duración. El artículo 37.2 de la LA española recoge un plazo *soft* de seis meses, pero las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad pueden pactar otro plazo que crean conveniente, de común acuerdo. Se trata pues, de una norma de naturaleza disponible para las partes.

3. *Especialización*. - La complejidad de las relaciones jurídicas existentes en el momento que vivimos ha provocado en ciertos casos que la resolución de algunos conflictos en sede judicial pase necesariamente por la intervención de un gran número de peritos que, expertos en unas materias, ofrecen sus conocimientos para favorecer las soluciones judiciales.

La institución arbitral ofrece así, un modelo, asentado en los mismos principios y parámetros garantistas que se exigen en sede judicial, pero al mando del cual se encuentran expertos en materias, sectores, especializados, que pueden incorporar una suerte de conocimientos a la hora de fundar la resolución al litigio planteado. Surge la necesidad de aunar los conocimientos y el *expertisse* de estos profesionales con el manejo de la técnica arbitral, que debe adquirirse a través de los estudios y la capacitación adecuada[8]. Lógicamente se trata de arbitrajes de equidad. Esta solución no es posible en sede judicial.

4. *Libertad de formas. Flexibilidad*. - Como expuesto, hay un elemento esencial en el sistema arbitral: la libertad de formas. Destaca la mayor participación de las partes a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad en las reglas del procedimiento y la conformación del mismo, así como la elección de los árbitros.

7 La situación en arbitraje internacional sería distinta, a razón del tenor del artículo 9.6 LA que amplía las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje al referir la arbitrabilidad no sólo al "derecho español" sino, también, a su consideración como por tal de acuerdo con "las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia". Puede verse al respecto, Esplugues Mota, C.: *Arbitraje marítimo internacional*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007, pp. 421 y ss.

8 La combinación de ambos factores es lo que ha propiciado que en estos últimos tiempos se encuentren por ejemplo ingenieros, economistas, arquitectos, médicos, interesados en el arbitraje y colaborando con las instituciones arbitrales, así como participando como árbitros.

En la LA, como norma *soft* que es, se establecen reglas, y se incorporan una serie de normas al procedimiento arbitral. Pero estas normas son reglas- modelo para el desarrollo del procedimiento, no vinculantes para las partes, las instituciones arbitrales y los árbitros. En su mayoría son normas disponibles aun cuando también incluyen limitaciones que han de ser respetadas en el desarrollo del proceso arbitral. En efecto, el artículo 24 de la Ley explícitamente refiere a la salvaguarda de los principios de igualdad, audiencia y contradicción, obligando de forma taxativa a tratar a las partes con igualdad y a otorgar a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. Esta limitación supone una afectación del principio de autonomía de la voluntad sobre el que se articula el procedimiento de arbitraje con base en el derecho de defensa y del principio de igualdad, siendo obviamente de obligado cumplimiento para las partes, los árbitros y las instituciones.

5. *Economía.* - La economía es otra de las virtudes sobre las que se asienta la figura del arbitraje. Ciertamente, es posible encontrar posiciones que sostienen que el arbitraje es más costoso que la vía judicial. Esta afirmación no es en efecto, correcta. Ahora bien, habría que efectuar un cálculo del coste de un proceso en el que la intervención de abogados de reconocido prestigio, peritos, informes, recursos en sede judicial etc. implicarían una cuantía elevada, y compararlo con el mismo litigio en sede arbitral. La respuesta a esta afirmación es que en la mayoría de los casos el arbitraje es más económico que el proceso, y en todo caso, no debe olvidarse que, en muchos casos, el tiempo es dinero.

2. Especialidades del control de la actuación administrativa

A efectos de poder valorar la viabilidad de recurrir a mediación o arbitraje para solucionar conflictos administrativos, resulta necesario referirnos a cómo puede efectuarse en la actualidad el control de la actuación de la Administración y quién puede efectuarlo, o lo que es lo mismo, cauces y órganos adecuados para control y resolución de conflictos jurídico-administrativos. No debe olvidarse que la búsqueda de técnicas efectivas de control de la Administración ha sido una constante a lo largo de la Historia, bautizada en la década de los sesenta por Garcia de Enterria como "*la lucha contra las inmunidades del poder*"[9].

Y es que el modelo administrativo español, de inequívoco origen francés, se caracteriza por la especial posición de la Administración ante los ciudadanos y ante los tribunales derivada de un régimen exorbitante de potestades con respecto al Derecho común.

9 Garcia de Enterria, E.: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*", *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962.

Especial relevancia reviste, en este sentido, el privilegio del que goza la Administración de autotutelarse, esto es, la autotutela administrativa. Si bien fue Garcia de Enterria quién acuñó la noción de *autotutela administrativa*, lo cierto es que la misma no es una creación del Derecho administrativo moderno, sino que trae causa del proceso de transformación histórico de las relaciones entre la Administración y la Justicia.

En la actualidad la Administración continúa gozando de una especial posición frente a los tribunales de Justicia. La regla general para la Administración es, por tanto, que, salvo previsión expresa en contrario, ésta crea, modifica o extingue situaciones jurídicas unilateralmente, sin necesidad de auxilio judicial.

No obstante, lo anterior, el mantenimiento de un modelo de autotutela administrativa no encuentra unanimidad doctrinal. Son ya diversas las voces que en la doctrina se vienen pronunciando de forma crítica en torno a la autotutela de la Administración[10]. Por un lado, puede argumentarse que la extensión generalizada de la ejecutividad automática de los actos administrativos en manos de la Administración es incompatible con los principios constitucionales de nuestro ordenamiento. Pero debe responderse a esta reflexión con la afirmación de que la ejecutividad de los actos administrativos desprovista de cualquier motivación y utilizable al mero arbitrio de la Administración debe entenderse en la actualidad ya superada[11].

El segundo nivel de tutela, el control de los actos administrativos por parte de los tribunales de Justicia. Esa doble vía es lo que ha venido caracterizando a la Justicia Administrativa. La tutela judicial viene en todo caso, impregnada por el propio objeto de tutela, que, en el caso del Derecho administrativo, viene condicionado por la autotutela de la Administración. Esta refuerza la idea de superioridad de la Administración frente al administrado.

En este sentido, originariamente la discrecionalidad administrativa estaba excluida de control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que se equiparaba a los actos de autoridad o de imperio[12]. La Historia política justifica este modelo inicial. Esa equiparación a los actos de autoridad o imperio negaba que pudiere cuestionarse la actuación administrativa a través de la tutela judicial. Frente a lo acaecido en Francia con la aparición del *excès de pouvoir,* en nuestro país el sometimiento de la discrecionalidad al control de los tribunales fue bastante

10 Un estudio sistemático de la cuestión puede verse en Mestre Delgado, J.F.: *El régimen de la autotutela ejecutiva en el ordenamiento constitucional*, Valencia, 2010 (ejercicio de cátedra, no publicado).

11 Betancor, A.: *El acto ejecutivo. Origen y formación de una categoría central del Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 432-433.

12 En este sentido, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1888 dispuso en su artículo 1° que "el recurso contencioso-administrativo podrá interponerse por la Administración ó por los particulares contra las resoluciones administrativas que reúnan los requisitos siguientes: 1°. Que causen estado. 2°. *Que emanen de la Administración en el ejercicio de sus facultades regladas*. 3°. Que vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una ley, un reglamento ú otro precepto administrativo."

más lenta, ya que no fue hasta la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 que se extendió el control judicial a las potestades discrecionales de la Administración. En la actualidad, la Constitución establece en sus artículos 24 y 103.1 que corresponde a los tribunales el pleno control de la actividad administrativa, que, a su vez, está sometida a la ley y al Derecho.

Pero lo cierto es que los límites de ese control de la jurisdicción han dado lugar a importantes debates. Mientras una parte de la doctrina como Garcia de Enterria[13] y Muñoz Machado[14] se han mostrado partidarios del control judicial de la Administración como parte del control del propio sometimiento a la ley y al Derecho y del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes, otros autores como Parejo Alfonso[15] se han manifestado a favor de un control de la actuación administrativa de legalidad, pero no de razonabilidad. A nuestro entender lo que propugna el artículo 106 de la CE es que ningún ámbito de la actuación administrativa debe quedar exento de control.

En todo caso, a día de hoy es la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) la que regula este control jurisdiccional. Una ley que ha sido objeto de numerosas modificaciones a lo largo de sus años de vigencia, fruto de una sociedad en constante evolución[16].

Conviene mencionar que la potestad que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa no es ilimitada, sino que se encuentra acotada dentro de unos límites estrictos. Los órganos jurisdiccionales no pueden actuar como una instancia organizativa jerárquicamente superior a la Administración, sustituyendo las decisiones administrativas por otras de diferente contenido. Esta idea se recoge entre otros, en el artículo 71.2 de la LJCA a cuyo tenor "*los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados*."

El modelo heredado del sistema francés se funda en la idea de que el control de legalidad ejercida por los tribunales contencioso-administrativos debe limitarse a un pronunciamiento meramente declarativo sobre la legalidad del acto administrativo,

13 Garcia de Enterria, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración,* 2ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 41.

14 Muñoz Machado, S.: *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público general, Tomo III. Los principios de constitucionalidad y legalidad,* Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 255.

15 Parejo Alfonso, L.: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 47-21.

16 Destaca en este sentido el *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa,* Comisión General de Codificación de la Sección Especial para la reforma de la LJCA, Ministerio de España, 2013, que evidencia las falencias y las necesidades de cambios en la LJCA

confirmándolo o anulándolo, sin implicar una condena a la Administración imponiéndole la obligación de actuar en un determinado sentido[17].

Aunque de manera contradictoria, la doctrina ha comenzado a plantearse el equilibrio entre el mayor o menor control judicial de la actuación de la Administración, de modo que si, por un lado, Garcia de Enterria y Fernández, defendieron el avance del control judicial de la Administración, incluida la posible sustitución de las decisiones administrativas por otras impuestas judicialmente, Parejo Alfonso y Sánchez Morón defienden la existencia de zonas de independencia de la Administración irreductibles judicialmente. Por su parte, Muñoz Machado entiende que no es posible defender que la Constitución limite el control judicial de la actividad administrativa ya que ello supondría aceptar que la Administración no está plenamente sometida a la ley y el Derecho, lo que sería contrario a los artículos 103.1, 24 y 106.1 de la CE[18].

Compartimos esta última interpretación y defendemos que la aplicación del Derecho debe ser homogénea y que la intervención judicial habrá de ser tan extensa como el ordenamiento jurídico permita. Es decir, tal y como se ha expuesto, la Administración está plenamente sometida a la Ley y al Derecho y a su vez, los tribunales se encuentran limitados por las pretensiones de los recurrentes en virtud de lo dispuesto en el ya citado artículo 33 de la LJCA. Es por ello, que los tribunales podrán entrar a enjuiciar, pero constreñidos a aquello que el ordenamiento jurídico y las pretensiones de los recurrentes les permitan (congruencia). La gestión de los intereses públicos y el ejercicio de potestades jurisdiccionales tienen ámbitos de actuación diferenciados y no resulta en modo alguno admisibles interferencias entre ellos. Pero ello no puede conllevar exceptuar el control judicial a la Administración fuera de estos límites.

Todos estos condicionantes del control de la actuación de la Administración deben ser tenidos en cuenta a la hora de analizar la posible incorporación de cauces alternativos para la resolución de los conflictos administrativos, puesto que no sólo la condicionan, sino que también la limitan. Podemos, por tanto, adelantar que no sería admisible admitir el recurso a estos mecanismos alternativos de manera generalizada, sino que habrá que estar al objeto de controversia para valorar si es o no posible recurrir a las ADR para resolver un determinado recurso.

3. Incorporación de las soluciones negociales al Derecho administrativo

El siglo XXI amanece con enormes transformaciones sociales y nuevas maneras de diseñar las Administraciones, acompañado de un cambio en las relaciones con la Administración y la búsqueda de nuevas formas de afrontar los conflictos

17 Santamaría Pastor, J.: *Principios de Derecho Administrativo General. II*, 3ª ed., Iustel, Madrid, 2015, p. 737.

18 Muñoz Machado, S.: *Tratado*, Tomo III, cit., p. 255.

administrativos. Resulta innegable, por tanto, que la sociedad busca soluciones más ágiles y adaptadas a la realidad social.

Nos hallamos, por tanto, ante un momento histórico caracterizado no sólo por el cambio social llevado a cabo durante el último siglo, sino también por las mutaciones de las propias estructuras administrativas, con la consiguiente variación de las relaciones jurídico-administrativas existentes. Es en este contexto de cambio y de avance que la Administración deja de ser evaluada en términos de mera eficacia formal, su margen de toma de decisiones se ve agrandado y con ello también la opción de decidir el instrumento más adecuado en cada momento. Surgen así, el acuerdo y el consenso como complemento de la legitimación aportada por la norma.

Pero echemos la vista atrás. Fue con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) que se incorporó de manera efectiva la posibilidad de recurrir a otros cauces distintos de los ya existentes para resolver los conflictos con la Administración.

Así, el artículo 88.1 de la LRJPAC establecía la posibilidad de que la Administración celebrase "*acuerdos*", "*pactos*", "*convenios*" o "*contratos*" tanto con personas de Derecho público como privado. El límite se fijó respecto de aquellas "*materias no susceptibles de transacción*" y que "*tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule*". Las negociaciones entre Administración y ciudadanos ya existían, pero la LRJPAC contribuyó a procedimentalizar esa contractualización. Dicho precepto ha sido reproducido en el actual artículo 86.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Por su parte, el artículo 107.2 de la LRJPAC incorporó la previsión de que "las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo. En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado. La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley." Por tanto, ya en 1992 el legislador quiso incorporar la posibilidad de recurrir a conciliación, mediación y arbitraje, aun cuando conviene destacar que la virtualidad

práctica de este precepto ha resultado escasa hasta la fecha. Y pese a ello, el legislador decidió reproducirlo también en la actual LPAC.

El propio Consejo General del Poder Judicial ha venido planteando la necesidad de favorecer la resolución de los conflictos mediante fórmulas que eviten la formalización o la prolongación innecesaria de un proceso judicial[19].

Se ha venido asociando, por ello, las ADR a la efectividad en el modelo administrativo y a la necesidad de buscar, además de la tutela administrativa o tutela jurisdiccional, nuevas vías que favorezcan la resolución de los conflictos. El recurso a estos mecanismos alternativos ha ido siendo incorporado por el legislador español a la normativa sectorial de distintos ámbitos, como los sectores regulados o el ámbito deportivo, pero nunca como vía alternativa a los tribunales de Justicia sino como alternativa a los recursos administrativos.

II. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA

Debemos partir de la premisa de que las ADR en general y la mediación en particular encuentran un mayor eco en aquellos órdenes de materias que se fundamentan en la disponibilidad de los derechos e intereses que se debaten o que se encuentran en conflicto, ello no es óbice a la incorporación de la mediación en otros ámbitos jurídicos en los que concurren intereses públicos, como ha sucedido precisamente en el despegue y asentamiento de la mediación penal.

Las voces en la doctrina a favor de la implementación de la denominada mediación administrativa y la necesidad de conformar un modelo que responda a las coordenadas propias de las relaciones con la Administración son a día de hoy, ya una realidad.

Pero lo cierto es que no existe un modelo único de mediación, que sirva para cualquier modalidad conflictiva en atención al área de conflicto y a los sujetos implicados (tanto en calidad como en cantidad), sino que lo que caracteriza a esta institución de gestión y solución de conflictos es la heterogeneidad, lo que abre un enorme abanico de posibilidades para su incorporación en el ordenamiento jurídico, como una pieza del sistema.

El estudio de la mediación debe asumir un condicionante de partida: la asimetría intrínsecamente consustancial a la esencia y fines de la mediación. Y en ese contexto asimétrico no puede perderse de vista que en el ámbito del Derecho administrativo hay un condicionante de partida: la situación de desigualdad entre las partes que se encuentran en la relación jurídica y en el conflicto, como consecuencia precisamente

19 Puede verse *Informes y propuestas para la mejora de la Justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas* del año 2011.

de la "*prerrogativa administrativa y la relación general y especial de sujeción en la que se encuentran los sujetos privados frente a la Administración*"[20]; este elemento será el que permitirá diseñar el modelo de mediación administrativa adecuado y respetuoso, en todo caso con el principio de legalidad.

1. ¿Por qué la mediación administrativa?

La mediación administrativa debe ubicarse en el marco del respeto al derecho de los ciudadanos a una buena administración; que ofrezca, en el marco de la seguridad jurídica, los medios adecuados para que el ciudadano pueda plantear su disconformidad con mecanismos alternativos al procedimiento administrativo y contencioso-administrativo.

Si bien es cierto que el Derecho administrativo ha pervivido históricamente sin incorporar la mediación administrativa, no puede negarse igualmente, que cada vez más las relaciones jurídico-administrativas son complejas, y el modelo actual no logra dar respuesta a las necesidades de la ciudadanía, tanto por los resultados poco satisfactorios alcanzados, como por el trato recibido y por los tiempos que demoran. Todo ello propicia una sensación de desprotección de estos frente a la Administración y la necesidad de buscar nuevos mecanismos para la resolución de controversias. Es en este contexto que la mediación se presenta como un complemento perfecto de la vía administrativa y contencioso-administrativa, cubriendo aquellos espacios que éstas no pueden ni deben alcanzar.

La mediación administrativa puede presentarse como una vía para que los conflictos se puedan plantear bajo el paraguas de dos pilares esenciales, la legalidad y la equidad, pero con una clara vocación de integrar en la solución de estos conflictos administrativos a los ciudadanos, lo que en palabras de Boumakani[21] se denomina el "*reequilibrio entre la relación administrativa y la participación ciudadana*", o lo que Carballo denomina como el medio para reforzar la confianza del ciudadano en la Administración[22].

Esa idea de participación ciudadana casa muy bien en un modelo no litigioso como es el de la mediación, que ejercería no solo una función de integración de los ciudadanos en la búsqueda de las soluciones a los conflictos jurídicos en los que estuvieren afectados, sino que propiciaría una función preventiva igualmente de los conflictos entre la Administración y los sujetos afectados por la actuación de ésta[23].

20 Así se recoge de forma clarificadora en la "Guía para la práctica de la mediación intrajudicial", en *Revista Poder Judicial*, 2013, p. 168.

21 Boumakani, B.: "La Médiation dans la vie administrative", *Revue du droit Public*, num. 3, 2003, p. 884.

22 Carballo Martínez, G.: "La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 29, enero 2013. Arbitraje y mediación, p. 5.

23 Como señala la última de las Conclusiones del Seminario "La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa", realizado en mayo de 2013, por el Consejo General del Poder Judicial, "la mediación

El momento es el adecuado para integrar esta figura de la mediación en el sector de la Administración, dado el momento de fascinación que vivimos ante esta institución. El protagonismo de la mediación en la legislación es innegable, y no solo en España sino también en el ámbito internacional y supranacional. Si bien el punto de inflexión se produce con la aprobación de la ya citada Directiva 2008 relativa a la mediación en asuntos civiles y mercantiles, la propulsión sucesiva de la institución –e incluso la que tímida pero imparablemente ya se venía realizando, como sucedió en España desde las legislaciones autonómicas- en otros órdenes de materias ha sido constante, alcanzando a todos los sectores y abrigando altas expectativas en sus resultados, aun cuando la realidad no ha mostrado hasta el momento esas expectativas en números razonables.

Dicha fascinación se entronca en un momento ideológico y político muy favorable a la misma, puesto que se ha ido paulatina pero imparablemente cambiando el modelo de Estado, abandonando o desdibujando algunos de los viejos postulados del Estado liberal e incluso del Estado social prototípico del siglo XX[24]. En este contexto, la propia Administración y sus instituciones están experimentando una transformación.

En ese contexto en el que hay menos Estado y más sociedad civil instrumentos de consenso son más que bien recibidos. Las coordenadas político-económicas son adecuadas y probablemente el modelo de Justicia que se presenta en la actualidad, un modelo en movimiento y a la búsqueda de medios que no sean necesariamente alternativos sino complementarios a lo existente, como sucede con la mediación, acoge favorablemente esas transformaciones en el marco del Derecho administrativo.

Resulta evidente que si la mediación administrativa se integra como un componente de la Justicia administrativa es también porque se trata de una manera de paliar una situación de absoluto colapso en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero no podemos ser reduccionistas y observar que un instrumento como el de la mediación sirve para eliminar papel o reducir trabajo de los jueces de lo contencioso, sino que hay que valorarla igualmente en su conjunto, en cuanto permita cubrir el espectro que los ciudadanos exigen a los poderes

administrativa y judicial contenciosa, como institución que promueve el diálogo civilizado, triangular y directo entre los ciudadanos y la Administración para la resolución de sus controversias jurídicas, debe servir para introducir en las prácticas de las Administraciones Públicas los paradigmas de racionalidad, objetividad, transparencia, motivación y eficiencia, que configuran el deber de buena Administración, reconocido como derecho fundamental en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, orientando en este sentido las decisiones de los Tribunales contencioso-administrativos".

24 Barona Vilar, S.: "Justicia integral y Access to Justice", cit., pp. 48-51. La autora, aun cuando referido el cambio de paradigma en el Siglo XXI a la Justicia, explica que se vive en el S. XXI un gran impulso global de cambio, de evolución, de transformación y de metamorfosis, con un escenario que califica de "complejo, diríase que inquietante y paradójicamente contradictorio, en el que elementos endógenos han penetrado y han alterado los viejos postulados de la Justicia como elemento intrínsecamente vinculado a *lo público*, *al Estado*, a lo nacional".

públicos en cuanto a las garantías de tutela en el ámbito de los conflictos frente a la Administración.

2. Clases de mediación en materia de Derecho administrativo

Resulta necesario, llegados a este punto, acotar algunas cuestiones en relación con el régimen aplicable a la mediación administrativa, a saber, en primer lugar, abordaremos la cuestión de las posibles modalidades que podemos encontrar, para referirnos posteriormente a aquellos límites que innegablemente van a condicionar la viabilidad de la misma.

A) Mediación administrativa

Debemos referirnos a las diversas modalidades de mediación administrativa porque cabe pensar en una posibilidad de mediación en sede meramente administrativa, que ya venía amparada en el derogado –pero en aquel momento significativo- art. 107.2 de la LRJPAC y actual artículo 112.2 de la LPAC, cuando permitía la sustitución del recurso de alzada y del recurso de reposición, por otros mecanismos, entre los que citaba precisamente a la mediación.

Es más, en el artículo 114 de la LPAC se establece que se pone fin a la vía administrativa a través de varias vías, destacando el apartado d) del párrafo 1 de este precepto la de "los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento".

Todo ello sin olvidar la premisa mayor, a saber, la posibilidad de que existan acuerdos, pactos y convenios en el ámbito de la Administración (la denominada *terminación convencional*), que es perfectamente aplicable como fundamento de la mediación administrativa, de la mediación contencioso-administrativa (intrajudicial) e incluso de la conciliación y del arbitraje.

Sin embargo, los citados preceptos han quedado en papel mojado, y su incorporación a la LRJPAC, y actualmente a la LPAC, no han conllevad un verdadero impulso de estos medios alternativos.

B) Mediación "intrajudicial" contencioso-administrativa

Se denomina mediación "intrajudicial" aquella que puede producirse en un proceso contencioso-administrativo. Se trata en realidad de una mediación "intraprocesal", aun cuando se le conoce con el atributivo "intrajudicial".

Esta institución no cuenta a día de hoy con regulación específica pese a que, como se ha expuesto, existen normas que amparan su existencia. Las normas que hemos referenciado, tanto el artículo 86 –fundamento esencial de la actividad consensual

también en la Administración y con la Administración- como los artículos 112 y 114 de la LPAC, ofrecen una respuesta legislativa incompleta, pero van más allá de una mera declaración de intenciones.

En sede ya contencioso-administrativa, el artículo 77 de la LPAC permite cubrir la fundamentación existencial de la mediación (o conciliación igualmente), si bien es absolutamente incompleta para sostener la expansión de la mediación administrativa derivada de un proceso contencioso-administrativo. Pero en todo caso, se trata de una suerte de apoderamiento legal de la mediación[25].

Conviene en todo caso, destacar la existencia de proyectos piloto promovidos por el Consejo General del Poder Judicial como el de la Fundación Valsaín en Canarias, posteriormente reproducido en otras Comunidades Autónomas como La Rioja, y más recientemente en Madrid y en Valencia, siendo el primero gestionado desde el Ayuntamiento y el segundo, desde la Corte de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Valencia. Dichos proyectos han enriquecido el panorama en esta materia, poniendo de manifiesto que no solo es posible, sino en muchos casos conveniente, impulsar el consenso, el pacto, el acuerdo, y mejor que eso que se lleve a cabo a través de un facilitador o un equipo de facilitadores, a través de la mediación. Y siempre a sabiendas que no es excluyente de la vía jurisdiccional.

Sentados los anteriores fundamentos legales nacionales, lo cierto es que la cobertura europea para estos procedimientos de mediación es una realidad. Podemos destacar la aprobación de la Recomendación R (2009) 1, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre los modos alternativos de regulación de los litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas, norma vinculada a la Recomendación (86)12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a determinadas medidas orientadas a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales. Ambas ponen de relieve el impulso realizado desde Europa para la implementación de la mediación en asuntos civiles y mercantiles desde la Directiva 2008/52/CE[26].

Sin embargo, la mediación administrativa sigue careciendo, a día de hoy, de un régimen adecuado, en el que no solo la norma habilitante la presente, sino que se determinen quién o quiénes pueden ser mediadores en este tipo de conflictos y cuáles serían los nexos de coordinación con los órganos administrativos y sobre todo

25 Así lo denomina Etxeberría Guridi, J.F.: "La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa un ámbito de oportunidades", en Barona Vilar, S.: (Ed.): *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 340.

26 Aun cuando se trate de asuntos civiles y mercantiles es indudable que la Directiva de 2008 ha propiciado la incorporación de la mediación en los ordenamientos europeos. La Ley 5/2012, de 6 de julio española es una prueba de cuanto decimos. Y puede servir, aun cuando no en su régimen jurídico concreto, sí para determinar qué es la mediación, la importancia de la figura del mediador, la necesidad de garantizar la eficacia jurídica del acuerdo, la relación pendencia de la mediación-pendencia del proceso, etc.

con los jueces del orden contencioso-administrativo. Todo ello debiera configurarse, por supuesto, con el debido respeto al artículo 77.3 de la LJCA, que condiciona la eficacia procesal del acuerdo a que éste no lesione el interés público, dado que si así lo hiciera, el juez no lo homologará[27]. Así, el auto judicial que homologa el posible acuerdo tiene fuerza ejecutiva, de conformidad con el artículo 113 de la LJCA.

III. EL ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Como ya ha sido avanzado, el arbitraje administrativo se encuentra a día de hoy regulado en la LPAC, pero no debe perderse de vista que se trata de un arbitraje impropio, equivalente a la vía administrativa y sin efecto de cosa juzgada. Frente a él, el verdadero arbitraje administrativo, aquel equivalente a la vía jurisdiccional, no cuenta a día de hoy con respaldo normativo en nuestro ordenamiento.

1. Constitucionalidad de la admisión del recurso al arbitraje en Derecho administrativo

Históricamente la regla general siempre fue la no admisión del arbitraje en materias de Derecho administrativo, con base en argumentos que oscilan desde la imposibilidad de la Administración de transigir, a la contraposición entre interés público y privado o la entre discrecionalidad y legalidad.

No debe olvidarse que el artículo 103 de la Constitución Española establece que la Administración sirve al interés público y que, a su vez, el artículo 106 dispone que el control de la legalidad de la actuación administrativa corresponde a los tribunales de Justicia, debiendo conciliarse dicho control judicial con la prerrogativa de la autotutela administrativa al que ya nos hemos referido.

No obstante lo anterior, a día de hoy las cosas han evolucionado en todos los sentidos. Por una parte, el Tribunal Constitucional ha declarado que el arbitraje es un "equivalente jurisdiccional" (entre otras, STC 62/1991, de 22 de marzo, STC 288/1993, de 4 de octubre), con las mismas garantías que la jurisdicción ordinaria, y que por ende, sustituye al proceso judicial y por otra, ha declarado que únicamente se entienden como constitucionalmente inadmisibles aquellos obstáculos al enjuiciamiento del fondo de un asunto que sean innecesarios y excesivos y que carezcan de cualquier razonabilidad y proporcionalidad (STC 76/1996, de 30 de abril; 48/1995, de 14 de febrero, entre otras).

Pero lo cierto es que la problemática difiere cuando nos enfrentamos a los artículos 103.1, 106.1 y 117.3 de la CE.

27 Como señala Santamaría Pastor, J.A.: *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentarios*, Iustel, Madrid, 2010, p. 777, será el juez el que fiscalizará esta situación, desde "criterios absolutamente ajenos al Derecho, que son los únicos que formalmente puede manejar un órgano jurisdiccional".

Si el arbitraje en Derecho privado ha sido aceptado superando la dicción del artículo 117.3, dicha solución es totalmente extensible al ámbito que nos ocupa. Por lo que respecta a los artículos 103 y 106, a nuestro entender la clave reside en la interpretación que se realice del tenor del artículo 106.1 CE. Si se realiza una interpretación literal del mismo, el arbitraje en Derecho administrativo resultaría contrario al texto constitucional, escapando del control de legalidad del artículo 106.1[28].

Queda claro, en cualquier caso, que para considerar el arbitraje admisible en Derecho administrativo debiera tomarse en consideración, a estos efectos, la singularidad de la actividad administrativa, así como la pluralidad de intereses y relaciones en juego o que pudieren estarlo.

2. Distintas manifestaciones del arbitraje en Derecho administrativo

Cuando se hace referencia al arbitraje en el Derecho Administrativo es posible encontrar una plural y asimétrica variedad de instituciones, a las que se denomina "arbitraje" pero que realmente difieren de la naturaleza clásica atribuida al mismo. Es por ello que el término "arbitraje" no siempre viene debidamente referido a una institución realmente arbitral. Y, de hecho, no se ha producido una clasificación o configuración de estas instituciones que en unos casos son próximas al arbitraje, pero en otros son verdaderos procedimientos administrativos.

En tal sentido, ha de recalcarse con carácter previo, una cuestión de significado conceptual: no todo lo que se ha utilizado con el *nomen iuris* de arbitraje en materia de Derecho administrativo es realmente o propiamente "arbitraje" en sentido estricto. En el caso del arbitraje en Derecho administrativo propiamente dicho, la Administración es una de las partes en conflicto que se somete al arbitraje de un tercero. De ahí la necesidad de diferenciar estas figuras afines de aquellas otras que realmente lo son.

A) Figuras afines

La realidad práctica refleja la existencia, en primer lugar, de ciertos supuestos en los que las Administraciones Públicas actúan como auténticos árbitros, siendo terceros, y resolviendo un conflicto entre los particulares, con sujeción a la norma general (o en su caso específica) de arbitraje, lo que significa que su decisión no constituye "acto administrativo", sino laudo, título ejecutivo extrajurisdiccional, con efectos de cosa juzgada. Este dato constituye uno de los elementos esenciales a

28 En este mismo sentido, Bustillo Bolado, R.: *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2004, y García Pérez, M.: *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

la hora de determinar cuándo estaremos ante un verdadero arbitraje y cuando éste no lo es, aun cuando se le haya querido otorgar dicha denominación, sin que ésta naturalice la esencia de la institución. Se trata, por ejemplo, de las antiguas Comisiones Nacionales de la Energía, de las Telecomunicaciones y del Sector Postal, y las Juntas arbitrales de transporte y de consumo, entre otras.

PARADA VÁZQUEZ emplea el calificativo de "*actividad administrativa arbitral*"[29] para referirse a la actividad de la Administración Pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos. Así, la actividad administrativa arbitral implica que la Administración resuelve el conflicto surgido entre dos particulares, mientras que, recordemos, en el caso del arbitraje en Derecho administrativo propiamente dicho la Administración es una de las partes en conflicto que se somete al arbitraje de un tercero.

En segundo lugar, existe una segunda categoría de supuestos, en los que, por el contrario, los elementos básicos de naturalización del arbitraje están ausentes. Se trata de aquellos supuestos que no son propiamente de arbitraje, sino que están próximos a una modalidad de procedimiento administrativo. La Administración actúa a la vez como parte en conflicto y como órgano decisor, lo que implica obviamente una quiebra de los componentes esenciales de la institución del arbitraje.

En tercer lugar, con la Ley 11/2011, de 20 de mayo, surge la posibilidad de utilizar el "arbitraje" referido a la resolución de conflictos intra-administrativos, regulando un cauce específico procedimental destinado a resolver conflictos internos entre la propia Administración General del Estado y sus Entes instrumentales. Como analizaremos *infra*, aunque el legislador emplea el término "arbitraje", no se trata de un verdadero arbitraje.

Frente a los tres ejemplos mencionados, el verdadero arbitraje administrativo debería ser el que tuviera vocación de ser *sustituto de* (no en vano se emplea el término de "alternativo" al referirnos al arbitraje como institución en el ordenamiento jurídico), medio de solución de los conflictos más allá del control judicial. Para ello el órgano que resuelve debe ser neutral y no ser parte y decisor. Y, además, la decisión no debería someterse a control posterior, porque la esencia del arbitraje como apuntado en epígrafes anteriores, es que la decisión sea título ejecutivo extrajurisdiccional.

B) Contratación administrativa: intento de arbitraje en Derecho administrativo

Resulta sencillo constatar la poca difusión entre nuestras normas legales del arbitraje en materia de Derecho administrativo.

29 PARADA VÁZQUEZ, J.R.: *Derecho Administrativo I. Parte General*, 6ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 533 y ss.

Tradicionalmente el principal obstáculo para aceptar la institución arbitral en los contratos celebrados entre sujetos privados y las Administraciones públicas se debió al régimen jurídico exorbitante de los contratos administrativos y a la especial posición de la Administración en los mismos, frente a una institución como el arbitraje, de marcado carácter privado y basada en la igualdad y la autonomía de las partes. Y, sin embargo, fue en materia de contratación pública en la que se tendió una lanza a favor del arbitraje.

Fue con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que se trató de implantar de manera evidente el arbitraje como alternativa a la jurisdicción contencioso-administrativa. El artículo 39, que posteriormente pasaría a ser el artículo 320 tras la reforma de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, establecía que "*Los entes, organismos y entidades del Sector Público que no tengan el carácter de Administración Pública podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren*." La Ley 30/2007 permitió, por tanto, que las entidades públicas que no tengan carácter de Administraciones Públicas sometan a arbitraje aquellas dispuestas que puedan surgir durante la vida de sus contratos, declarando explícitamente la arbitrabilidad de los conflictos relativos a la ejecución y extinción de los contratos.

Es decir, el legislador español incorporó en la normativa de contratación administrativa una referencia a la posibilidad de someter a arbitraje de Derecho privado aquellas controversias surgidas en relación con los efectos, cumplimientos y extinción de los contratos celebrados con entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública, es decir, de los contratos privados. Por tanto, excluyó el arbitraje en los contratos administrativos, propiamente dichos, y remitía al arbitraje privado de la LA de 2003.

Dicho precepto de la Ley 30/2007, se reprodujo en el artículo 50 del TRLCSP de 2011, pero ha sido suprimido en la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Debemos que destacar que la Comunidad Autónoma de Aragón, por su parte, desarrolló la anterior previsión del TRLCSP incorporando en su Ley de contratos, la posibilidad de someter a arbitraje la ejecución e interpretación de los contratos administrativos, propiamente dichos.

Por su parte, la disposición adicional primera de la Ley 30/2007 subrayó la importancia y la conveniencia de incorporar cláusulas de arbitraje en los contratos en el extranjero, como sucede en otros modelos comparados, explicitando que: "3.

En los contratos con empresas extranjeras se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje. (…)"

Esta misma solución legislativa se mantiene en el TRLCSP y en la actual LCSP. El legislador distingue, por tanto, según la nacionalidad de la empresa con quien contrate la Administración la procedencia o no de incorporar fórmulas arbitrales.

Por consiguiente, el legislador del año 2017 ha decidido eliminar la remisión a la posibilidad de recurrir a arbitraje para los contratos privados y conforme a las normas de la LA, y ha mantenido única y exclusivamente la necesidad de incorporar cláusulas arbitrales en los contratos con empresas extranjeras, lo cual supone un paso atrás en la aceptación del arbitraje en materia de Derecho administrativo.

IV. CONCLUSIONES

Todo lo expuesto con anterioridad nos permite platearnos la existencia de bases para la incorporación efectiva del arbitraje como medio de resolución de los conflictos administrativos. Frente a la posibilidad del arbitraje como vía alternativa al recurso administrativo, que sí está expresamente prevista en nuestro ordenamiento como hemos venido señalando, el legislador español no ha incluido hasta la fecha ninguna previsión normativa en relación con la posibilidad de incorporar el arbitraje como alternativa a la vía jurisdiccional.

El arbitraje administrativo propiamente dicho no puede presentarse como una respuesta "iusprivatista" o "híbrida privatista" para paliar una situación ya altamente preocupante que arrastran los tribunales de los contencioso-administrativo ante un colapso funcional en sede judicial. Ello quebraría el fundamento y la naturaleza propia del sistema administrativo. Es por ello que el análisis de un posible arbitraje alternativo a la vía jurisdiccional debiera hacerse como mecanismo que otorga garantías al administrado y una tutela realmente efectiva.

Para ello, debe aprovecharse las previsiones normativas ya existentes, desarrollando en un primer momento, el arbitraje como alternativa a los recursos administrativos, posibilidad que ya se encuentra prevista a día de hoy en la LPAC. Con el éxito del mismo se conseguiría hacer llegar a los operadores económicos, a los administrados e incluso a la propia Administración la convicción de que el arbitraje puede y debe ser una buena vía para solucionar los conflictos administrativos. Tras ello, podría hipotéticamente avanzarse hacia el ideal de configuración de un arbitraje administrativo que pudiere tutelar a los administrados y otorgar, en aquellos supuestos disponibles, expresamente determinados, una vía alternativa a los tribunales de Justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Barona Vilar, S.: "Justicia integral y Access to Justice. Crisis y evolución del paradigma", en Barona Vilar, S. (Ed.): *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.

Barona Vilar, S.: "Qué y por qué la mediación", en Ortega Giménez, A., Cobas Cobiella, M.E. (coords.): *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de actualidad*, Difusión Jurídica, Madrid, 2013.

Barona Vilar, S.: "Introducción", en Barona Vilar S. (coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

Betancor, A.: *El acto ejecutivo. Origen y formación de una categoría central del Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

Boumakani, B.: "La Médiation dans la vie administrative", *Revue du droit Public*, núm. 3, 2003.

Bustillo Bolado, R.: *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2004.

Carballo Martínez, G.: "La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, enero 2013.

Esplugues Mota, C.: *Arbitraje marítimo internacional*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2007.

Etxeberría Guridi, J.F.: "La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa un ámbito de oportunidades", en Barona Vilar, S. (Ed.): *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.

Garcia de Enterria, E.: "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962.

Garcia de Enterria, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración,* 2ª ed., Civitas, Madrid, 1996.

García Pérez, M.: *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

Mestre Delgado, J.F.: *El régimen de la autotutela ejecutiva en el ordenamiento constitucional*, Valencia, 2010 (ejercicio de cátedra, no publicado).

Muñoz Machado, S.: *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público general,* Tomo III. *Los principios de constitucionalidad y legalidad,* Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

Parada Vázquez, J.R.: *Derecho Administrativo I. Parte General*, 6ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1994.

Parejo Alfonso, L.: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993.

Santamaría Pastor, J.: *Principios de Derecho Administrativo General. II*, 3ª ed., Iustel, Madrid, 2015.

Santamaría Pastor, J.: *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentarios,* Iustel, Madrid, 2010.

Verdera Server, R.: *El convenio arbitral*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

OTROS RECURSOS

Comisión General de Codificación de la Sección Especial para la reforma de la LJCA, *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa,* Ministerio de España, 2013.

Informes y propuestas para la mejora de la Justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, 2011.

"Guía para la práctica de la mediación intrajudicial", *Revista Poder Judicial*, 2013

LAS CAPTURAS DE PANTALLA COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

SCREENSHOTS AS MEANS OF PROOF IN THE CIVIL PROCESS

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 272-295

Nadia Paola
ÁVILA
GONZALES

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de marzo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: Teniendo como fondo el reconocimiento legal de la prueba electrónica en Bolivia y la experiencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil española en esta materia, este trabajo intenta proporcionar una mejor base para la comprensión sobre el tratamiento de las capturas de pantalla en el Código Procesal Civil boliviano a través del análisis del régimen probatorio idóneo para su acceso al proceso y de otras cuestiones que suscita su práctica.

PALABRAS CLAVE: Proceso Civil; Código Procesal Civil boliviano; Prueba electrónica; Documento electrónico.

ABSTRACT: Based on the legal recognition of the electronic evidence in Bolivia and the experience of the Spanish Civil Procedure Law in this subject, this paper tries to provide a better basis for the understanding on the treatment of screenshots in the Bolivian Civil Procedural Code through the analysis of the appropriate rules of evidence for their access to the process and other issues raised by its practice.

KEY WORDS: Civil Process; Bolivian Civil Procedural Code; Electronic evidence; Electronic document.

SUMARIO.- I. LA INCURSIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL.- 1. La problemática de la prueba electrónica en el proceso civil.- II. MÉTODO.- III. LA PRUEBA ELECTRÓNICA: NUEVO DESAFÍO DEL DERECHO PROBATORIO.- IV.- LAS CAPTURAS DE PANTALLA Y LAS NUEVAS PERSPECTIVAS DE DOCUMENTO Y FIRMA EN LA NORMA PROCESAL.- 1. El documento electrónico y la confusión terminológica.- 2. El problema de la omisión en la distinción entre fuentes y medios de prueba.- 3. El concepto de firma y su evolución en los entornos electrónicos.- V. RÉGIMEN PROCESAL DE LAS CAPTURAS DE PANTALLA EN EL CPC. -1. Obtención.- 2. Diligencias preparatorias.- 3. Proposición y aportación de la captura de pantalla.- 4.Admisión.- 5. Práctica.- 6.Valoración.-VI.A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. LA INCURSIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGIAS EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL CIVIL

En la actualidad, cada vez son más frecuentes los casos en que las partes en conflicto aportan capturas de pantalla de las conversaciones sostenidas a través de distintas aplicaciones de mensajería instantánea (*Whatsapp*, *Line* o *Snapchat)* o de las redes sociales (*Facebook*, *Twiter* o *Instagram*) para dar fuerza a su argumento o probar su testimonio en los distintos órdenes jurisdiccionales.

Consciente de esta realidad, el legislador optó no hace mucho por el reconocimiento legal de «los documentos y firmas digitales y los documentos generados mediante correo electrónico […]» (art. 144.II) como medios de prueba en la Ley 439 de 19 noviembre de 2013 más conocida como Código Procesal Civil Boliviano (en adelante CPC).

En este nuevo contexto, a título de practicidad procesal, las capturas de pantallas y la gran mayoría de fuentes de prueba electrónica continúan siendo aportadas al proceso de forma impresa como si se tratase de otra prueba documental más. No obstante, esta práctica generalizada entre los abogados se realiza sin tomar en cuenta las vulnerabilidades – que por su naturaleza electrónica - rodean a este tipo de fuentes de prueba, las cuales precisan incorporarse al proceso con las cautelas necesarias a fin de garantizar su eficacia probatoria.

• Nadia Paola Ávila Gonzales
Es candidata a doctor en el programa de Doctorado en Derecho, Ciencias Políticas y Criminología de la Universidad de Valencia (España). Se graduó como abogado en la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia) y, posteriormente, obtuvo el grado de Máster en Derecho, Empresa y Justicia por la Universidad de Valencia. napagon@alumni.uv.es

1. La problemática de la prueba electrónica en el proceso civil

Si bien con el reconocimiento de los documentos electrónicos como medio de prueba se amplía el abanico de opciones para ejercer nuestro derecho a probar; existen distintas cuestiones de índole técnico y legal que deben considerarse al momento de incorporar cualquier fuente de prueba electrónica al proceso.

En cuanto a las cuestiones de carácter técnico, uno de los principales inconvenientes para su correcto tratamiento en los procesos judiciales es el natural desconocimiento generalizado en materia de prueba electrónica entre los profesionales del sector judicial no solo a causa de su novedad, sino debido a la subsistencia de jueces y servidores judiciales tecnófobos o legos en materia de tecnologías de la información y comunicación (TICs)[1]. Así las cosas, desde una perspectiva de la economía procesal, dicho desconocimiento o temor a las nuevas tecnologías puede suponer una amenaza al principio de celeridad; especialmente si tomamos en cuenta que los administradores de justicia reciben con más o menos reticencia a estas nuevas fuentes de prueba electrónica. Por tanto, aquellos procesos en los que se aporten fuentes electrónicas corren el riesgo de tornarse más lentos.

Del mismo modo, en cuanto a las limitaciones de carácter legal – que son las que nos interesan – la situación en torno a la prueba electrónica en el CPC es, por cuanto menos, confusa. Al considerar introducir una captura de pantalla como medio de prueba, los abogados debemos operar con un nuevo medio de prueba limitado en todo sentido. Si bien, el CPC contempla su admisión como medio de prueba; sin embargo, la prueba electrónica no es objeto de regulación específica y abundan los vacíos legales respecto a los pormenores que rodean a su práctica.

En este escenario, a pesar de la amplia investigación enfocada en otras novedades introducidas por el CPC, el impacto jurídico de la prueba electrónica parece no haber encontrado su sitio en la investigación. Por ello, y dada la importancia de realizar estudios de derecho comparado, consideramos necesario indagar en cuál sería el *iter* procesal idóneo para incorporar las capturas de pantalla al proceso civil.

Así, el presente artículo intenta proporcionar una mejor base para la comprensión sobre el tratamiento de las capturas de pantalla en el CPC; a través de una mirada a la práctica de la prueba electrónica a la luz de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Los resultados obtenidos de este análisis comparado tienen el valor agregado de ayudarnos a comprender sus alcances legales, despejar dudas y colmar lagunas normativas en un mundo cada vez más tecnológicamente dependiente; donde el

1 Lo anterior, es una consecuencia natural de la brecha digital que aún existe en Bolivia, tanto jueces como magistrados y el resto de los servidores judiciales - sin importar su edad - precisan de capacitación en el uso de TICs y, de manera particular, en el funcionamiento de los nuevos medios tecnológicos que pueden ser parte del litigio como herramientas auxiliares en la fase probatoria.

flujo de información generado en las redes sociales y las aplicaciones, convierten a los documentos electrónicos en moneda corriente en la actividad probatoria.

II. MÉTODO

Como advertimos al principio, dada la similitud de regulaciones en materia procesal entre España y Bolivia, este artículo constituye un análisis comparativo entre la LEC y el CPC en materia de prueba electrónica con relación a las capturas de pantalla. No obstante, antes de contrastar ambos regímenes procesales, debemos partir de una premisa: Bolivia, así como España, no cuenta con ningún precepto legal que defina como tal a la prueba electrónica; sin embargo, ambos ordenamientos jurídicos cuentan con varias normas que contienen preceptos legales que, de alguna manera, hacen referencia al documento electrónico o la firma electrónica[2]; y también algunas disposiciones que le otorgan validez y fuerza probatoria en la administración pública cuando son creados a través de medios informáticos[3].

No obstante, creemos que, para la adecuación del ordenamiento jurídico boliviano a esta nueva realidad probatoria, es preciso además que la normativa englobe otros aspectos que aún no han sido regulados, entre ellos: la protección de datos personales y el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos; y mejorar aquello que ya es objeto de regulación.

En este sentido, nuestro trabajo está enfocado en lo que en la doctrina procesalista se conoce como 'prueba electrónica'. Nuestra inclinación por dicha denominación y no otra, coincide con los argumentos del profesor BUENO DE MATA por los cuales explica que la utilización de la expresión 'prueba electrónica' – y no prueba digital o informática – es la más apropiada para referirnos al tratamiento probatorio de aquellas fuentes de prueba en las cuales interviene necesariamente algún dispositivo electrónico sea para su creación, almacenamiento o reproducción[4].

2 Principalmente la Ley No. 164 del 8 de agosto de 2011, Ley General de Telecomunicaciones, Tecnologías de la Información y Comunicación (en adelante LGTTIC) y su decreto reglamentario Decreto Supremo No. 1793 del 13 de noviembre de 2013, para el desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación. (en adelante DS).

3 Entre ellos, los artículos 4 y 5 del Decreto Supremo No. 26455 de 18 de diciembre de 2001, que establece el ámbito, las responsabilidades del uso y administración de información, que se genera y transmite a través del SIGMA; a través del cual se contempla el valor probatorio del flujo de información generada a través de los sistemas informáticos de administración y control gubernamental y la seguridad con la que se debe almacenar la misma. Estos dos preceptos, si bien pertenecen al ámbito administrativo, otorgan la validez y fuerza probatoria a la información generada por sus sistemas informáticos, además hace alusión a mecanismos que aseguren la autenticidad de la información introduciendo de alguna manera el concepto actual de "firma digital" como mecanismo que garantice la autentificación de los autores o responsables de la información. Así también, Decreto Supremo 27241 de 14 de noviembre de 2003, que regula procedimientos de los recursos administrativos ante la Superintendencia Tributaria; donde el inciso c) del artículo 28 hace referencia a la prueba documental y puntualmente en la validez de la impresión de la información contenida en medios electrónicos como el magnético, en los recursos administrativos contra la Superintendencia Tributaria.

4 Bueno de Mata, F.: *Prueba electrónica y proceso 2.0,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 127-131.

Bajo estas condiciones, estimamos que el análisis comparativo en materia de prueba electrónica resultaría más acabado si se aportaba, junto con la visión doctrinal, las especialidades que se han presentado en la LEC desde una perspectiva práctica; pero además, en contraste con lo anterior, dar unas pinceladas sobre lo regulado en CPC en cuanto al procedimiento probatorio en esta materia, especialmente en lo que toca a las capturas de pantalla.

Por ello, el presente estudio presenta tres bloques: el primero, donde se analiza la figura de la prueba electrónica, su naturaleza jurídica y rol, tanto en el ordenamiento jurídico español como boliviano. Además, se examina de forma integral la función las capturas de pantalla bajo la regulación en torno a los documentos y firmas electrónicas, apuntando especialmente al contraste de su regulación en el CPC frente a la LEC. Por último, se analiza el procedimiento probatorio que aplica a la prueba electrónica en general, pero haciendo hincapié en las particularidades que presenta la aportación de las capturas de pantalla al proceso civil.

III. LA PRUEBA ELECTRÓNICA: NUEVO DESAFÍO DEL DERECHO PROBATORIO

El reconocimiento legal y la admisión de las fuentes de prueba electrónica en los procesos civiles ha supuesto un avance del derecho probatorio hacia una nueva dimensión: la prueba electrónica. Se trata de un nuevo escenario que cuenta con la misma cobertura legal que el resto de fuentes y medios prueba al amparo de la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 115 CPE).

Es en este contexto, donde las tecnologías y la fase probatoria han confluido, que la prueba electrónica ha motivado el debate en la doctrina procesalista. De este modo, se evidencian tres posturas que intentaron explicar la naturaleza jurídica de la prueba electrónica[5]. A saber, *la teoría autónoma,* la cual sostiene que la prueba electrónica es distinta a los medios de prueba tradicionales y, por ello, su tratamiento debe ser independiente; *teoría analógica,* por la cual se considera a la prueba electrónica equiparable a los medios de prueba tradicionales al ser una versión moderna de los mismos; y, la *teoría de la equivalencia funcional*, según la cual se les atribuye a las fuentes de prueba electrónica el mismo valor jurídico que la ley consagra para el resto de instrumentos escritos, pues éstas pueden desempeñar la misma función. Así pues, todas estas teorías han sido referentes para la construcción de los parámetros jurídicos de actuación de la prueba electrónica en la doctrina, los diversos textos normativos y la jurisprudencia que se refieren a ella de alguna u otra manera.

5 Illán Fernández, J. M.: *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil: Nueva oficina judicial, comunicaciones telemáticas (LEXNET) y el expediente judicial electrónico: Análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 252-260.

En el caso español, hemos observado que la ausencia de un concepto legal de prueba electrónica responde naturalmente a que la doctrina se encuentra dividida entre quienes se inclinan por la teoría autónoma y la teoría analógica. En efecto, hemos notado que si bien la LEC le dota de un régimen autónomo (arts. 299.2, 382 -384), la jurisprudencia ha venido rellenando las lagunas legales en su regulación a golpe de interpretación analógica, con las consecuencias nefastas que estas conllevan como la obtención de resoluciones con interpretaciones dispares.

Asimismo, la realidad boliviana respecto a la prueba electrónica no difiere mucho a la española. De hecho, en el caso boliviano su regulación es aún más confusa. El CPC no sólo mantiene la prueba electrónica de forma independiente al resto de medios de prueba tradicionales (art. 144.II), sino que a su vez opta por la aplicación de la teoría analógica cuando opta por introducir al 'documento electrónico o digitalizado' en la clasificación de documentos (art. 148.III); pero además, en cuanto a su valoración, se decanta por aplicar la teoría de la equivalencia funcional sólo cuando estén certificados por una autoridad competente (art. 150.4), la cual hasta la fecha se limita a la ADSIB.

En suma, hemos constatado – sin sorpresa - que ambas normas procesales presentan idénticos problemas en cuanto a la regulación de la prueba electrónica; pues en el CPC, el legislador boliviano ha reproducido casi con exactitud los desaciertos del legislador español en la LEC. No obstante, se trata de ordenamientos jurídicos similares en lo procesal pero distintos en cuanto a normas sustantivas se refiere; lo cual nos induce a pensar *a priori* que no todas las soluciones españolas podrían extrapolarse a nuestra realidad con relación a la prueba electrónica.

IV. LAS CAPTURAS DE PANTALLA Y LAS NUEVAS PERSPECTIVAS DE DOCUMENTO Y FIRMA EN LA NORMA PROCESAL

Según la RAE, hacer una captura de pantalla consiste en realizar una fotografía del contenido que se visualiza en un determinado momento en la pantalla de un dispositivo electrónico (*smartphone*, computadora, etc.) a través del propio dispositivo. La imagen capturada, al igual que el objeto de esta, es un archivo de origen digital; entonces, en el sentido descrito anteriormente, las capturas de pantalla podrían categorizarse como documentos electrónicos.

A través del reconocimiento legal de los documentos electrónicos en el CPC, el legislador amplia expresamente el concepto de documento desde el punto de vista procesal; sin embargo, las contradicciones y las omisiones sobre su tratamiento procesal provocan cierta confusión que debe ser analizada forzosamente previo a examinar la figura de las capturas de pantallas y así entender su naturaleza.

1. El documento electrónico y la confusión terminológica

El artículo 144.II del CPC hace referencia a varios términos para referirse a las fuentes de prueba electrónica, a saber: 'los documentos digitales', 'las firmas digitales' y 'los documentos generados mediante correo electrónico'; además, por su parte, el artículo 148.III de la misma norma adjetiva añade a esta categoría de fuentes de prueba al 'documento digitalizado o electrónico'. Dicha multiplicidad de términos empleados por el legislador para referirse a las fuentes de prueba electrónica es el primer punto que precisa ser clarificado.

Para empezar y aclarar la comprensión de todos estos conceptos, tomamos como eje referencial el concepto dogmático de documento electrónico, a través del cual entendimos que la doctrina se refiere a éste como una especie del documento tradicional que ha evolucionado en su forma y en los tipos de soporte, es decir, los documentos electrónicos son aquellos datos en formato electrónico que contienen manifestaciones de voluntad o representativas de un hecho - sean físicos o electrónicos -a los cuales podemos acceder a través de modernos dispositivos electrónicos o cualesquiera otros medios similares.

Esta definición tiene como fundamento la capacidad de los documentos electrónicos de cumplir la misma función representativa de los documentos tradicionales. De hecho, el documento electrónico es también una *cosa,* susceptible de ser trasladada ante la presencia del juez, ya sea en soporte óptico (CD y DVD), magnético (cintas de video, casetes, o los viejos disquetes de computadora) e incluso como documento escrito mediante impresión en tinta; pero además, el documento electrónico –al igual que el documento tradicional – es una cosa *representativa* de manifestaciones de la voluntad o de hechos a través de la intervención necesaria de un dispositivo electrónico codifique y decodifique la información y hacerla perceptible su contenido al intelecto humano.

Ahora bien, en cuanto al concepto legal de documento electrónico que impera en la legislación boliviana, ningún cuerpo legal nos ofrece una definición de este. En su lugar, encontramos que la normativa de telecomunicaciones nos ofrece una definición de documento digital, entendido como «toda representación digital de actos, hechos o datos jurídicamente relevantes, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo» (numeral 4, apartado IV del art. 6 de la LGTTIC).

De la lectura de la noción doctrinal de documento electrónico y el concepto legal de documento digital en el CPC; estimamos que cuando el legislador hace referencia al documento digital, digitalizado y a los documentos generados mediante correo electrónico en la norma procesal – con exclusión de la firma digital - en realidad hace referencia a los documentos electrónicos; aunque, en puridad

técnica se tratan de conceptos distintos. Al respecto, resulta claro que, frente a la proliferación de conceptos en el área informática, el legislador se confunde y los entiende como homólogos; no obstante, es preciso aclarar que, si bien existe un común denominador entre todos ellos, lo electrónico es el género y lo digital la especie.

Esta relación entre ambas figuras se encuentra claramente delimitada por la doctrina, donde se entiende que el documento digital es un tipo de documento electrónico cuya principal característica es la transmisión de la información a través de los *bits,* es decir, en 'ceros y unos'. Se trata de una categoría específica de los documentos electrónicos que hace hincapié en la parte lógica de la información (*software*) y que excluiría de la categoría de prueba electrónica a gran parte de fuentes, como aquellas que se presentan mediante elementos materiales de naturaleza netamente electrónica (*hardware)*; tal es el caso de los discos duros, *pendrives* o cualquier dispositivo electrónico[6]. De modo que «Todo documento digital es un documento electrónico pero no ocurre lo mismo al revés, no todo documento electrónico es un documento digital»[7].

En consecuencia, las capturas de pantalla son documentos electrónicos que pertenecen a la categoría de documento digital, es decir, son fotografías de naturaleza digital creadas a través de un dispositivo electrónico, el cual transmite o almacena la información codificada en *bits,* convirtiéndolas en documentos digitales. En este mismo sentido, 'el documento generado por correo electrónico' es también un documento digital que pertenece a la categoría de documentos electrónicos.

No obstante, aclarada la cuestión terminológica en relación con los documentos electrónicos en el CPC, surge otra cuestión netamente procesal que es fundamental vinculada a este tema ¿son los documentos electrónicos fuentes o medios de prueba?

2. El problema de la omisión en la distinción entre fuentes y medios de prueba

Por lo que se refiere a la redacción de los artículos 144 y 148 del CPC, tras la lectura de ambos preceptos, observamos que el legislador ha olvidado la distinción entre los conceptos de 'fuente' y 'medio' al referirse a los documentos electrónicos en la norma procesal. Se trata de una distinción básica y fundamental extensible a todos los medios de prueba y, aunque ésta se considere inútil por reiterativa, es necesaria para interpretar ambos preceptos desde un enfoque estrictamente procesal.

6 Tal es el caso de los drones y su *software* de control (*firmware*), los cuales en casos específicos y con independencia de los datos electrónicos que contienen, tendrían existencia autónoma como fuentes de prueba y podrían incorporarse a través de la inspección judicial. Bueno de Mata, F.: *Prueba Electrónica*, cit., pp. 132 y 133.

7 Lamarca Lapuente, M.J.: *Hipertexto: el nuevo concepto de documento en la cultura de la imagen* [en línea], Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2006, (fecha de consulta: 20-05-2017). Disponible en: http://www.hipertexto.info/documentos/document.htm

En el caso de la prueba documental en concreto, «el documento es la fuente, y el mismo deberá aportarse al proceso mediante la actividad establecida legalmente, es decir; por el medio»[8]. Ahora bien, si trasladamos esta distinción conceptual a la prueba electrónica, notamos que tanto los 'documentos digitales' como los 'documentos generados por correo electrónico' a los que se refiere el art. 144.II del CPC son documentos electrónicos que hacen de fuentes de prueba susceptibles de ser introducidas al proceso judicial a través de la actividad procesal establecida para su acceso. En el caso de la prueba electrónica, el CPC ha establecido el acceso de los documentos electrónicos a través de las reglas establecidas para la prueba documental; no obstante, existen muchos vacíos legales en cuanto a su actividad procesal y, además, las reglas que regulan su acceso al proceso no pueden aplicarse respecto a todos los documentos electrónicos.

Por ejemplo, en el caso del acceso de los documentos tradicionales al proceso, las disposiciones procesales sobre la carga de la prueba obligan a las partes a aportar los documentos originales con la demanda en el plazo establecido para ello (art.111.I); de lo contrario, resultan inadmisibles por defectuosa (art. 112.I). Sin embargo, la situación es confusa respecto a las capturas de pantalla y el resto de los documentos electrónicos en cuanto a la aportación de originales; el texto del art. 148.III del CPC considera al documento electrónico como fuente de prueba, en total contradicción a lo establecido en el art. 144.II, el cual los concibe como un 'medio' de prueba autónomo. Por tanto, se evidencia la confusión generada por la omisión en la distinción entre fuente y medio de prueba.

Al respecto, la dualidad fuente/medio de prueba tampoco se aprecia en la redacción del artículo 299 de la LEC, el cual fue especialmente cuestionado por utilizar el término "medio" con doble sentido; empleado en el sentido técnico del término, en el caso del art. 299.2 y, en sentido coloquial para el 299.3[9]. Conectando esto con la similitud en la redacción del 144 del CPC y del 299 de la LEC, al momento de interpretar la redacción del artículo 144, aparentemente el 144.II ha creado un auténtico nuevo medio probatorio pero sin existencia independiente; ya que al reconocer al documento digitalizado o electrónico entre las clases de documentos en el art. 148.III, las capturas de pantalla representan auténticas fuentes de prueba electrónica que a través de su reconocimiento legal han ampliado implícitamente el concepto tradicional de documento.

Por tanto, en cuanto a la autonomía de la regulación de la prueba electrónica, como afirma la profesora SANCHIS CRESPO, la distinción entre fuentes y medios es un poderoso argumento a favor del establecimiento de un concepto amplio de

8 Montero Aroca, J.: *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Navarra, 2011, p. 148.

9 Sanchis Crespo, C. & Chaveli Donet, E.: *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 36.

documento[10]. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que a veces será necesario acudir a la interpretación analógica para aquellos documentos electrónicos que requieran acceso al proceso a través de otros medios de prueba distintos a la documental.

3. El concepto de firma y su evolución en los entornos electrónicos

El concepto tradicional de firma trasladado al entorno digital adquiere singular importancia en cuanto a su capacidad de representar la voluntad de su titular en los documentos electrónicos y de las determinadas condiciones de seguridad que debe observar para garantizar su autenticidad en un ámbito claramente vulnerable como internet.

La firma manuscrita entendida como el trazo personalísimo que permite corroborar la manifestación de voluntad expresada en los documentos y conocer la identidad de quien lo suscribe; desempeña una función esencialmente autentificadora, la cual nos permite imputarle al firmante la declaración de conformidad respecto su contenido; la autoría respecto al nombre, apellido y rúbrica consignado en el mismo y; por último, en base a los anterior, la asunción de obligaciones.

No obstante, en los entornos electrónicos, es necesario que la firma además de garantizar la autenticidad del documento electrónico asegure también su integridad y confidencialidad; ambas características, esenciales para avalar la seguridad documental y para que opere la equivalencia funcional entre el documento electrónico y el tradicional.

En este orden de cosas, la firma electrónica ha venido a solucionar los problemas de seguridad de los documentos electrónicos y se ha constituido en un instrumento capaz de permitir una comprobación de la procedencia e integridad del documento electrónico a través de métodos o símbolos que asignan un código de forma individual a una persona, de tal forma que el código consignado se asocia a la persona y viceversa[11].

Así, el concepto de firma electrónica hace referencia a una generalidad de medios tecnológicos, técnicas y métodos que permiten identificar a la persona cuya voluntad ha sido manifestada en el documento electrónico. La firma electrónica emplea desde las técnicas más básicas de identificación, como la mera indicación del nombre del remitente al pie de un correo electrónico; hasta las soluciones tecnológicas más avanzadas; como el reconocimiento de la retina ocular o huella dactilar que, además

10 Sanchis Crespo, C.: *La prueba*, cit., p. 75.

11 Temboury Redondo M., "La prueba de los documentos electrónicos en los distintos órdenes jurisdiccionales", en Cendoya Méndez de Vigo, J. M. & Mateu De Ros, R.: *Derecho de Internet: Contratación Electrónico y firma digital*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 416.

de cumplir una función de identificación llevan asociadas técnicas biométricas que aumentan el nivel de seguridad.

En este sentido, entre los nuevos mecanismos desarrollados para elevar el nivel de seguridad de los documentos electrónicos se encuentra la criptografía[12]. La evolución de las técnicas de cifrado ha sido trascendental en la transformación de las perspectivas sobre la seguridad de los documentos electrónicos. En efecto, el concepto actual de firma digital surgió gracias al desarrollo de la criptografía y a la posterior aparición de las entidades de certificación para solventar las cuestiones de seguridad propias de los documentos electrónicos en entornos donde la transmisión de la información se considera insegura, como internet.

Dicho lo anterior, es fundamental distinguir – desde el punto de vista tecnológico – entre el concepto de firma electrónica y el de firma digital. La firma digital es una forma de firma electrónica basada en el sistema de criptografía asimétrica; el cual genera dos claves distintas – una pública y otra privada – con la clave privada puedo descifrar el documento electrónico cifrado con mi clave pública para garantizar la confidencialidad en su transmisión. Sin embargo, conviene apuntar también que el proceso técnico que se desarrolla al firmar digitalmente un documento electrónico es más complejo que la lógica de su funcionamiento arriba expuesta, pues por lo general para reforzar su seguridad se complementa con la aplicación del algoritmo *hash*[13]que garantiza la integridad o inalterabilidad del documento electrónico.

Actualmente, la firma digital es considerada como uno de los sistemas más seguros o, al menos – matemáticamente hablando – altamente improbable de ser afectado en su seguridad; en efecto, hay quienes consideran que la firma digital supera potencialmente la seguridad de los documentos firmados en papel, pues ésta no sólo asegura que no se ha modificado el contenido del documento electrónico (integridad) y despeja dudas sobre la identidad de su autor (autenticidad) sino que también puede dotarle de un mayor nivel de seguridad en su transmisión a través de internet (confidencialidad)[14]. No obstante, debemos señalar que, si bien el cifrado protege el documento firmado; el uso de la firma digital no garantiza que el titular de la firma haya usado su clave privada para firmar el documento, ni que el documento haya sido elaborado por él mismo.

12 Criptografía es "el estudio de las técnicas matemáticas aplicada a aspectos de la seguridad de la información como confidencialidad, integridad, autenticación de entidad, y la autenticación del origen de los datos". A. Menezes, P. Van Oorschot, y S. Vanstone: *Handbook of Applied Cryptography* [en línea], CRC Press, Ontario, 1997, p. 4 (fecha de consulta: 10-05-2017). Disponible en: http://cacr.uwaterloo.ca/hac/about/chap1.pdf

13 La función *hash,* es un algoritmo matemático que tiene la finalidad de convertir un archivo o conjunto de datos en un valor alfanumérico más pequeño y de longitud fija que representa de forma más compacta la información original. A. Menezes, P. Van Oorschot, y S. Vanstone: *Handbook*, cit., pp. 321 y 322.

14 Suñé Llinás, E. & AAVV.: *Tratado de derecho informático*, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 2006, p. 27.

Ahora bien, desde la perspectiva jurídica, según la técnica o el mecanismo de firma empleado, la LGTTIC y su decreto reglamentario han reconocido legalmente tanto a la firma electrónica como a la digital. Sin embargo, le confieren sólo a esta última la capacidad de producir efectos jurídicos respecto al valor probatorio de los documentos electrónicos firmados[15]. En este sentido, la norma establece que la firma digital debe:« a) Ser individual y estar vinculada exclusivamente a su titular; b) Que permita verificar inequívocamente la autoría e identidad del signatario (…); c) Que su método de creación y verificación sea confiable, seguro e inalterable (…); d) Que al momento de creación de la firma digital, los datos con los que se creare se hallen b control exclusivo del signatario; e) Que la firma sea controlada por la persona a quien pertenece.» (art. 34.II del DS 1793) para adquirir plena validez jurídica probatoria.

En este sentido, el cumplimiento de todas las condiciones legales arriba expuestas debe constar en un certificado válido vinculado a la firma (art. 33.a del D.S.) y emitido por autoridad competente (art. 150.4 del CPC). De momento, la única entidad certificadora pública autorizada en Bolivia es la Agencia para el Desarrollo de la Sociedad de la Información en Bolivia (ADSIB); por lo tanto, sus certificados serían los únicos certificados que satisfacen todos los requerimientos establecidos por la normativa nacional.

En cuanto al resto de documentos electrónicos no firmados digitalmente o aquellos que firmados hayan sido certificados por entidades de certificación privada, la norma solo les reconoce como principio de prueba o indicio (art. 87.I de la LGTTIC); lo anterior significa que, cualquier documento firmado electrónicamente – a través de cualquier mecanismos de seguridad distinto al exigido por la norma o, que cumpliendo los mismos, no estuviera autorizado por la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes (ATT) – o directamente no firmado electrónicamente verá reducida notablemente su eficacia probatoria y; en consecuencia, deberá acreditar la integridad y autenticidad del mismo a través de medios auxiliares de prueba. Por tanto, a efectos procesales, si entablamos relaciones jurídicas por medios electrónicos y queremos trasladarlas a los tribunales, estamos obligados a reforzar su seguridad y, con ella, su valor probatorio según lo requiera la relación jurídica.

En Bolivia, la mejor opción para aportar capturas de pantalla al proceso y que éstas adquieran pleno valor probatorio es emplear la firma digital que ofrece la ADSIB. Sin embargo, tanto el proceso de implementación de la infraestructura para la firma y procedimientos internos de esta entidad pública se encuentran en una etapa embrionaria que apenas ha permitido su uso para operadores de comercio exterior

15 El art. 3 de la Ley 59/2003 de Firma Electrónica distingue tres (3) tipos de firmas: la Firma Electrónica (FE), la Firma Electrónica Avanzada (FEA) y la Firma Electrónica Reconocida (FER). Todas ellas susceptibles de producir efectos jurídicos; pero sólo la última con valor legal tasado como firma.

que realizan trámites ante la Aduana Nacional y con muchas limitantes. Entre ellas las que presenta su adquisición por personas naturales; las cuales deben trasladarse físicamente a la única oficina de la ADSIB en la ciudad de La Paz para acceder el certificado y adquirir el dispositivo electrónico requerido para la firma (*Token* o tarjetas inteligentes que cumplan con el estándar FIPS-140 -2). En consecuencia, actualmente es muy difícil incorporar capturas de pantallas a los procesos judiciales firmadas digitalmente con el certificado ofertado por la ADSIB y; aún mucho más costoso y carente de valor legal, optar por la utilización de firmas certificadas por entidades privadas extranjeras.

En España, sin embargo, la Ley 59/2003 de Firma Electrónica favorece la aportación de capturas de pantalla al reconocer los efectos jurídicos de todas las firmas electrónicas sin discriminación (art. 3.9 de la LFE); por ello, si la captura de pantalla no está firmada digitalmente, ésta al menos puede adquirir la misma fuerza probatoria de un documento privado (art. 3 LFE y 326.3 LEC). A estos efectos, existen algunas alternativas que garantizan la integridad y autenticidad de las capturas de pantalla y que no están basados en las técnicas que emplea la firma digital, como las que brindan los prestadores de servicios de confianza (PSC). Los PSC[16] ofrecen servicios de firma electrónica, sellado de tiempo y autenticación de sitios web, a través de los cuales puede actuar como un testigo en línea, el PSC hace una captura de pantalla del contenido en cuestión y también garantiza su autenticidad e integridad firmándola y certificándola electrónicamente; así a la vez que nos dota de unas fuentes de prueba con la eficacia probatoria de requerida, facilita la creación y el traslado de capturas de pantalla con eficacia probatoria a juicio en España.

V. RÉGIMEN PROCESAL DE LAS CAPTURAS DE PANTALLA EN EL CPC

La aportación de capturas de pantallas como pruebas en un litigio en el ámbito civil, cobra sentido principalmente en el marco del comercio electrónico, donde el incumplimiento de los términos estipulados en los contratos electrónicos constituye una de las principales fuentes de discusión y, en consecuencia, de una infinidad de litigios entre empresas o entre ellas y sus clientes. Por ejemplo, pensemos en un supuesto de reconocimiento de deuda, donde ésta ha sido manifestada o confesada en una conversación a través de correo electrónico, archivos informáticos, páginas webs, o de las diversas aplicaciones de mensajería instantánea (*Whatsapp*, *Line*, *Snapchat*) o de las redes sociales (*Twitter, Facebook*).

Pues bien, para que el supuesto anterior tenga una solución viable en la realidad jurídica boliviana, debemos atender a la problemática en torno su aportación al proceso civil. La ausencia de un régimen procesal establecido para la prueba

16 Art. 3, inc. 18) del Reglamento (UE) No 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

electrónica nos obliga a recurrir a la experiencia española referente a esta temática, a través de la cual se advierte que, ante una regulación procesal deficiente, la única alternativa para plantearnos su práctica es rellenar las lagunas normativas, siempre que sea posible, desde la interpretación analógica[17].

En este sentido, nos corresponde ahora examinar la forma en que las capturas de pantalla se incorporan al proceso y los problemas jurídicos que se plantean en las distintas etapas procesales que atraviesan las mismas durante la sustanciación de los procesos ordinarios: proposición, admisión, práctica y valoración.

1. Obtención

Antes de entrar en materia procesal, es preciso apuntar que la captura de pantalla al igual que cualquier otra fuente de prueba existe antes del proceso; por lo cual, debemos tener especial cuidado en su modo de obtención, pues en función a lo anterior, su validez probatoria puede verse limitada.

El respeto a los derechos fundamentales es un requisito previo que las capturas de pantalla deberán cumplir al igual que cualquier otra fuente de prueba; esto significa que, para que éstas sean admitidas como prueba, deberán haber sido obtenidas lícitamente de forma que no vulneren derechos fundamentales tales como la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones (art. 25 de la CPE).

Si alguna de las partes las obtuviese vulnerando alguno de estos derechos, las capturas de pantallas no producirían efectos legales. Ante los supuestos de aportación de fuentes de prueba obtenidas de forma ilícita, el CPC contempla, por la vía incidental, que la parte afectada plantee al juez la cuestión de declaración de ilicitud en la obtención de la prueba (arts. 338 – 344).

Sin embargo, interponer dicho incidente presenta un inconveniente que debe ser expuesto. Si observamos las disposiciones que rigen las formalidades para la citación con la demanda o reconvención (art. 74. II) y el momento válido para objetar la aportación de documentos que acompañan la demanda (art. 153.II), reparamos en la dificultad existente para interponer el incidente dentro de los seis días establecidos para ello a causa del vacío legal existente respecto a la citación con las copias de las pruebas junto a la demanda o reconvención. Esta deficiencia legal impide la posibilidad de que la parte vulnerada en su derecho interponga el incidente en el plazo establecido para ello por desconocimiento de las mismas; es decir, en aquellos casos donde se aporte junto a la demanda una captura de pantalla de forma impresa o a través de soporte electrónico (CD, DVD o USB)– obtenida

17 Sanchis Crespo, C.: *La prueba,* cit., p. 100.

ilícitamente o falsa - la parte vulnerada en su derecho no podrá interponer incidente en los seis días establecidos para ello por desconocimiento de este hecho; pues el CPC establece que en la citación se debe proporcionar a la parte contraria sólo copia de la demanda y de la resolución de admisión, pero no así con las copias de las pruebas documentales que acompañan la demanda. De manera que, la contraparte no conoce de esta afectación a sus derechos sino hasta el momento en el que acude al juzgado y obtiene las copias de la prueba aportada con la demanda por su cuenta.

Lo anterior, produce inevitablemente el desconocimiento de las armas procesales del adversario al momento de su citación y, en consecuencia, también se afecta claramente su derecho a la defensa. Se trata de una cuestión importante que el legislador ha pasado por alto en la reforma del CPC y que pudo aprovecharse para establecer la obligación de aportación de las copias de las pruebas formen parte de los documentos que acompañan la citación.

2. Diligencias preparatorias

Aunque las capturas de pantalla están reguladas por las disposiciones establecidas para la prueba documental; el CPC no contempla diligencia preparatoria alguna expresamente aplicable a los documentos electrónicos o a los soportes donde estos se almacenan; sin embargo, aplicando el criterio analógico e imprimiéndole el trámite establecido para la documental, nada impediría solicitar algunas medidas preparatorias previstas en el CPC tales como la exhibición de documentos y bienes muebles.

Así, ante la imposibilidad de las partes de obtener por sí mismas los datos necesarios para preparar el futuro proceso, a través de la medida preparatoria de exhibición de documentos podemos resolver la problemática de la ausencia de un documento cuando la parte no lo tiene, sea porque esté en poder de la parte contraria, de un tercero o de un organismo o entidad pública.

Las reglas previstas para la exhibición de documentos escritos en papel, por analogía, se hacen extensible también a los documentos electrónicos. Pensemos, por ejemplo, en el caso de que el juez requiera la exhibición de la conversación de *Whatsapp* de la cual nace una obligación entre las partes; el hecho de que ésta se encuentre en un dispositivo electrónico (computadora, *tablet, smartphone*) no limita el cumplimiento de dicho requerimiento judicial por la contraparte o un tercero, sea proporcionando una copia de los mismos en un CD o en una memoria USB acompañada de su impresión física; para que luego se le imprima el trámite establecido para dicho fin (art. 307).

3. Proposición y aportación de la captura de pantalla

A) Momento de proposición y aportación

Con la proposición de las pruebas, se inicia oficialmente el procedimiento probatorio. A través de este acto procesal, el juez toma conocimiento de los medios de prueba que se pretenden utilizar en el proceso. Al igual que para el resto de medios de prueba, las capturas de pantallas pueden ser propuestas y aportadas en dos momentos: uno ordinario y otro extraordinario.

Siguiendo el régimen establecido para los documentos tradicionales, el momento ordinario para la proposición y aportación de las capturas de pantalla al proceso sucede de forma simultánea al momento de presentación del escrito de demanda, contestación o reconvención (art. 111.I y II). Sin embargo, con carácter extraordinario, el momento de proposición y aportación puede extenderse hasta la conclusión de la audiencia preliminar para el caso de pruebas de reciente obtención (arts. 111.I, 112, 207.I y 366.II).

La aportación extemporánea de las capturas de pantalla de fecha anterior a la demanda procederá siempre que, las partes hayan dejado constancia de la imposibilidad de su aportación en el momento ordinario por encontrarse éstas en poder de la contraparte o de terceros; para ello, las partes deben haber designado oportunamente a quienes tengan en su poder el documento electrónico en el escrito de demanda, contestación o reconvención (arts. 111.II, y 151).

En el supuesto de que la fuente del contenido capturado se encuentra en poder de la contraparte, surge un verdadero deber de exhibición y, en caso de oposición, el juez puede reconocer como válido el contenido de la captura de pantalla (art. 151. II); por otra parte, si la fuente se encuentra en poder de terceros, ésta podrá negarse a su exhibición si esto pudiere causarle perjuicio y el juez valorará y determinará lo que corresponda (art. 151.III).

Finalmente, también procede la aportación de aquellas capturas de pantalla de fechas anteriores o posteriores al momento ordinario bajo juramento o promesa del desconocimiento de su existencia al momento de presentar la demanda, contestación o reconvención (art. 112).

B) Forma de proposición y aportación

En cuanto a la forma de proposición y aportación, el CPC no ha dispuesto expresamente un formato específico para la aportación de los documentos electrónicos; sin embargo, como advertíamos al principio, las capturas de pantalla pueden proponerse y aportarse a través de formato impreso o soporte electrónico.

En cualquiera de los casos, rigen las mismas formalidades establecidas para la documental (art. 111.II).

Como regla general, y como para cualquier otro medio de prueba, la captura de pantalla debe ser propuesta precisando los hechos que se pretendan demostrar (art. 111.II). Por ejemplo, en el marco de la contratación electrónica entre particulares, hay que tener en cuenta que la captura de pantalla aportada en formato de documento impreso solo hace fe entre las partes, salvo que se desconozca su autenticidad (art. 149.III).

Ahora bien, otra de las formalidades establecidas a tener en cuenta para la aportación de los documentos electrónicos, es su aportación en original (art. 147.II). En el caso de las capturas de pantalla, este requisito supone una limitación inherente a su naturaleza – ya que solo podemos aportar copias - que puede ser únicamente resuelta si las copias aportadas se encuentran certificadas por autoridad competente para obtener el mismo valor probatorio que el original (art. 150. 4), esto es, firmadas digitalmente. En cuanto al resto de capturas de pantalla que se pretendan aportar sin firma electrónica, existen soluciones aplicables a las cuales nos remitimos en el siguiente epígrafe.

Finalmente, otro aspecto importante que incide en la aportación y proposición pruebas es la aportación de copias de las fuentes de prueba electrónicas propuestas. Como advertimos al principio, la omisión en la que incurre el CPC respecto a esta cuestión es susceptible de producir indefensión a las partes ante la eventual obtención de forma ilícita de las fuentes de prueba.

C) Estrategias para reforzar su valor probatorio

Tal como mencionamos al principio, en la práctica, es usual la aportación de las capturas de pantalla al proceso a través de su impresión en papel y, además, sin firma electrónica, el problema de este método es que no garantiza que dicha captura no haya sido modificada previamente y; por tanto, resulta difícil que adquieran eficacia probatoria frente al juez. En este sentido, será necesario adoptar estrategias que refuercen su valor probatorio a través de otros medios de prueba que permitan demostrar su autenticidad, exactitud y certeza.

Una de las opciones para lograr dicho cometido es recurrir ante notario para que a través de su intervención certifique en un acta la existencia de la evidencia en el dispositivo electrónico y su correspondencia con la captura de pantalla (art. 69.I de la Ley del Notariado Plurinacional); por ejemplo, si nuestra intención es presentar una captura de una conversación de *Whatsapp*, adjuntamos su copia impresa y además reforzamos su valor probatorio adjuntando un acta de intervención notarial

que constate los hechos que se desean demostrar con dicha conversación (puede ser fecha de recepción del mensaje, el nombre del remitente o del emisor).

Otra alternativa para reforzar su valor probatorio es la solicitud de la práctica de la prueba pericial que permita corroborar los aspectos técnicos que nos interesen de la captura a fin de certificar que esta no ha sido modificada y que no se ha falsificado los datos que contiene la mismas[18] (art. 193.I y ss.); algunos datos técnicos relevantes que podrían extraerse del dictamen y ser útiles serían, por ejemplo, la constancia de la dirección IP o del número IMEI del teléfono celular de donde fueron enviados los mensajes de *Whatsapp*, la fecha de envío, el envío de documentos adjuntos en la conversación e incluso su opinión sobre el prestigio que antecede a la empresa que emite el certificado digital.

Por último, también podemos recurrir a los interrogatorios dirigidos a los testigos a través de la práctica de la prueba testifical (art. 176) ó a la contraparte, a través de la práctica de la confesión judicial provocada (art. 157.II) con el fin de afirmar algún punto controvertido de los hechos, como ser: el haber recibido o enviado un mensaje de *Whatsapp* por el cual se requiere el pago de una deuda. Asimismo, a través de las declaraciones de testigos podemos inferir, por ejemplo, que éste hubo presenciado el envío de un correo electrónico de un colega de trabajo desde su teléfono móvil, pudiendo incluso precisar el día y la hora que presenció su envío.

D) Admisión

Después de propuesta la captura de pantalla a través del régimen establecido para la documental, el juez examinará el cumplimiento de los requisitos establecidos para su aportación (art. 111.I y II) y considerará a su vez el modo de su obtención, esto es, que las capturas de pantalla aportadas al proceso hayan sido obtenidas superando el filtro legal establecido para su admisión (art. 142):

a) Prueba manifiestamente inconducente o impertinente. Este requisito hace alusión a la relación que debe guardar la captura de pantalla aportada con los hechos a probar en el proceso; esto significa que, la misma debe conducir o guiar a probar los hechos controvertidos determinados por el juez en la audiencia preliminar, caso contrario se debe considerar como prueba inconducente.

b) Prueba prohibida por regla de derecho[19]. Se trata de un requisito que obliga al juez a rechazar la práctica de la prueba electrónica atendiendo aquellas reglas que

18 Abel Lluch, X., Picó I Junoy, J., Ginés Castellet, N., Arbos I Llobet, R.: *La prueba electrónica*, Bosch, Barcelona, 2011, pp.213 – 215.

19 La regla del derecho es «(…) una máxima jurídica breve, clara y precisa, expresada de modo general; que sintetiza un principio abstracto o desarrolla uno concretamente formulado, y que, en ausencia de norma o de costumbre aplicable, tiene fuerza normativa, en virtud de la: «Analogía Juris». Por ejemplo, de unos de los principios generales del derecho como el de legalidad por el cual «La autoridad judicial, en los procesos

podrían limitar su práctica. Por ejemplo, aquellos actos cuya celebración es prohibida por medios electrónicos, tales como los actos propios del derecho de familia, o aquellos que exigen la concurrencia personal física de alguna de las partes para determinados actos o negocios jurídicos; también están prohibidos aquellos actos que, para su validez o producción de determinados efectos jurídicos, requieran de documento físico o por acuerdo expreso de partes (art. 79 LGTTIC). Se trata de reglas que, aunque el CPC no se refiera a ellas de forma expresa, se encuentran implícitas en otras normas y son igualmente aplicables a las capturas de pantalla. Por tanto, conforme a estas reglas, el juez o las partes tienen derecho de oponerse a su práctica si el contenido de la captura de pantalla incluye alguno de estos supuestos.

c) Pruebas impertinentes al objeto del proceso. Se refiere también a la prueba inconducente o inútil, sólo que a diferencia de la prueba manifiestamente inconducente - que produce un rechazo *a priori* a su práctica - la prueba impertinente en cambio produce un rechazo *a posteriori*, es decir, cuando la prueba ha sido ya practicada.

Finalmente, una vez corroborada la obtención de la captura de pantalla sin la vulneración de derecho fundamental alguno, el juez se pronunciará al respecto en audiencia preliminar y determinará el rechazo o la admisión de los medios de prueba propuestos (art. 366. 6).

E) Práctica

Resuelta la admisión de la captura de pantalla a través del régimen procesal establecido para la documental, pasamos a la penúltima etapa del procedimiento probatorio: su práctica. Durante esta etapa, el juez ordenará, diligenciará y presenciará su práctica junto al resto de la prueba documental durante la audiencia preliminar (arts. 96, 138 y 366.6), y en caso de no poder practicarse toda, se podrá diferir su práctica a la audiencia complementaria.

La práctica de las capturas de pantalla, al igual que del resto de medios de prueba, estará supeditada a los principios de: oralidad, inmediación y contradicción. Así, la audiencia se sustanciará en forma oral y la prueba se practicará en presencia del juez, quien podrá apreciarla directamente (principio de inmediación) y por las partes, quienes podrán objetar la práctica de prueba de contrario (principio de contradicción).

deberá actuar con arreglo a lo dispuesto en la Ley» se manifiesta durante la valoración de la prueba, a través de la obligación del juez de valorar la prueba en función de las reglas de la sana crítica. Esta regla se desarrolla concretamente en el deber del juez de valorar la prueba de acuerdo con la experiencia lógica humana, la experiencia empírica, y las máximas de la experiencia. Estas premisas deben seguirse durante la valoración judicial de la prueba y así materializar el principio de legalidad. Gómez Betancur R.A.: *Las reglas del derecho* [en línea], 2013, p. 5, (fecha de consulta 03-06-2014). Disponible en: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1031&context=derecho_canonico

Al haber introducido la captura de pantalla a través del régimen establecido para la prueba documental, no existe una práctica propiamente dicha, pues la lectura del contenido de la copia impresa de la captura de pantalla no representará mayor complejidad para el juzgador, bastará la apreciación directa de su contenido y el razonamiento crítico sobre éste. No obstante, este razonamiento estará condicionado a su familiaridad o el uso habitual de los medios de comunicación electrónica. Por tanto, en aquellos casos donde los jueces estén menos habituados a su uso y características siempre será posible acudir al auxilio de la prueba pericial.

Teniendo en cuenta lo anterior, el momento ordinario de su práctica será en la audiencia preliminar (art. 366.6); no obstante, la norma procesal nada dice sobre el orden de práctica ante la concurrencia de otros medios de prueba. En tal caso, si concurrieran pruebas auxiliares como la prueba pericial, testifical o confesión judicial provocada, el juez tendrá la libertad de adaptar el orden de práctica de las pruebas atendiendo a su naturaleza (art 366.6).

Sin embargo, de forma excepcional, el CPC también contempla su práctica antes y después del tiempo ordinario. Antes del proceso, a través de las diligencias preliminares – como la exhibición – y de la anticipación de algunos medios de prueba elegidos para su acceso – como la intervención del juzgador a través de la inspección judicial para proteger el derecho a probar en el momento oportuno. Después de la audiencia preliminar, se admite su práctica excepcional sólo en aquellos casos donde luego de propuestas y admitidas las pruebas, sobrevenga la imposibilidad de su práctica por causas ajenas a la voluntad de las partes (art. 207. II) como las limitaciones de orden técnico durante el desarrollo de la audiencia (imposibilidad de conexión a internet, fallos técnicos de los soportes electrónicos, colapso de servidores).

F) Valoración

Por último, el juez procederá a valorar las pruebas practicadas durante el proceso de manera conjunta tomando en cuenta la individualidad de cada una y de acuerdo con las reglas de la sana crítica o prudente criterio, salvo que la ley disponga expresamente una regla de apreciación distinta (art. 145).

Si bien el CPC no ha dispuesto una regla distinta para la valoración de los documentos electrónicos, para que las 'copias' de los correos electrónicos o documentos digitalizados adquieran el valor probatorio de documentos privados, el CPC exige que éstos sean certificación de autoridad competente (art. 150.4). En este sentido, la captura de pantalla deberá estar firmada digitalmente, de lo contrario el juez le otorgará el valor probatorio de documento privado (art. 149.III). De este modo, la valoración bajo las reglas de la sana crítica, dependerán del conjunto de la

prueba practicada y de la postura procesal de las partes, especialmente si se tienen en cuenta las posibilidades de manipulación de su contenido.

Respecto a la valoración de las capturas de pantalla reforzadas por un dictamen pericial que asegure su integridad, es muy probable que en la mayoría de los casos la sana crítica del juzgador sea influenciada en mayor o menor medida por el informe pericial. Donde la prueba pericial adquiere una importancia casi decisiva en su valoración.

En último término, debemos referirnos a un nuevo criterio introducido por el CPC y que el juzgador deberá atender a la hora de ponderar el valor probatorio de la captura de pantalla, se trata de "la realidad cultural en la que se ha generado el medio de prueba" (art. 145.III), esto es, que la autoridad jurisdiccional deberá considerar también las circunstancias exógenas en las cuales se ha originado la fuente de prueba electrónica, como la habilidad y conocimiento de las partes sobre las TICs.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como se ha predicho, el análisis del CPC respecto a la incorporación de las capturas de pantalla al proceso civil nos muestra que no existe un cauce procesal específico para la práctica de la prueba electrónica, y por ende, que los inconvenientes superan a las ventajas que podría suponer su práctica.

En este sentido, el legislador, probablemente influido por un deficiente asesoramiento; incurre en una serie de imprecisiones cuando reconoce al documento electrónico de manera confusa como medio de prueba documental, pero además, en cuanto a su valoración nos remite a una ley innominada de la cual no tenemos conocimiento.

Todo lo anterior nos sugiere que, si bien la imprecisión legal del cauce procesal a seguir nos permite introducir a las capturas de pantalla a través del régimen establecido para la prueba documental; sin embargo, éste no satisface por sí solo las necesidades propias de estas nuevas fuentes de prueba. De ahí que, el acceso de las fuentes de prueba electrónica al proceso nos enfrenta a una serie de problemas que pueden ser resueltos desde su incorporación a través de los medios legalmente establecidos en el CPC, pero acompañada de una reformulación normativa de la normativa existente (LGTTIC y DS).

Al respecto, la experiencia española nos muestra que las adaptaciones de nuestras estrategias para el acceso de las capturas de pantalla al proceso a través de los medios de prueba tradicionales es insuficiente y que el uso indiscriminado de la interpretación analógica para resolver aquellas cuestiones que suscita su práctica no responde a la naturaleza jurídica autónoma de la prueba electrónica; además la

aplicación de un criterio analógico depende fundamentalmente del respaldo de una regulación sólida en materia de documentos y firmas electrónicas, lo cual no sucede en el caso del ordenamiento jurídico boliviano.

Sin embargo, aunque de forma incompleta, el reconocimiento de la prueba electrónica supone un paso muy importante en el ordenamiento jurídico boliviano y éste precisa el respaldo de una regulación sólida y armonizada a la luz de la normativa internacional. En este sentido, puede ser muy útil adoptar como respaldo una normativa que regule los Servicios de la Sociedad de la Información y la Firma Electrónica como en el caso español, para otorgar una amplia cobertura, tratamiento especial y diferenciado a las nuevas tecnologías.

Si se superan los problemas de regulación a través de una normativa que cubra todas las lagunas que rodean a la práctica de la prueba electrónica, las capturas de pantalla podrán convertirse en una opción probatoria esencial para acreditar diversas cuestiones en materia de comercio electrónico; y una vez resueltas las cuestiones legales, bastará atender factores exógenos aún existentes, aunque no menos importantes, como la brecha digital.

En definitiva, cambiar esto último requiere un cambio de *chip* en todos los ámbitos. Primero, garantizar condiciones de acceso a internet favorables; que implica concebir realmente el acceso a Internet como una herramienta imprescindible para el desarrollo; y por tanto, como un servicio de primera necesidad. Paralelo a esto, también es transcendental trabajar en la promoción de una verdadera cultura tecnológica desde la educación y la capacitación a través de la cual los bolivianos tomemos consciencia de que el desarrollo de Bolivia puede estar a un *click* de distancia.

BIBLIOGRAFÍA

A. Menezes, P. Van Oorschot, y S. Vanstone: *Handbook of Applied Cryptography*, CRC Press, Ontario, 1997.

Abel Lluch, X & AAVV.: *La prueba electrónica*, Bosch, Barcelona, 2011.

Bueno De Mata, F.: *Prueba Electrónica y proceso 2.0: especial referencia al proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Gómez Betancur R.A.: *Las reglas del derecho* [en línea]. 2013. Disponible a través de internet en: **http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1031&context=derecho_canonico**

Illán Fernández, J. M.: *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil: Nueva oficina judicial, comunicaciones telemáticas (LEXNET) y el expediente judicial electrónico: Análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2010.

Lamarca Lapuente, M. J.: *Hipertexto: el nuevo concepto de documento en la cultura de la imagen* [en línea], Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2006. Disponible a través de internet en: **http://www.hipertexto.info/documentos/document.htm**

Montero Aroca, J.: *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Navarra, 2011.

Sanchis Crespo, C. & Chaveli Donet, E. A.: *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000 :(doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Suñé Llinás, E. & AAVV.: *Tratado de derecho informático,* Servicio de Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 2006.

Temboury Redondo, M.: «La prueba de los documentos electrónicos en los distintos órdenes jurisdiccionales» en Cendoya Méndez De Vigo, Juan Manuel, & Mateu De Ros, R.: *Derecho de internet: Contratación electrónica y firma digital,* Aranzadi, Pamplona, 2000.

DERECHO DE SEPARACIÓN POR FALTA DE REPARTO DE DIVIDENDOS: APLICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL MEDIANTE EL ARTÍCULO 348 BIS LSC Y PROPUESTAS DE FUTURO

RIGHT OF SEPARATION FOR LACK OF DIVIDENDS DISTRIBUTION: APPLICATION IN THE SPANISH LAW THROUGH ARTICLE 348 BIS LSC AND PROPOSALS FOR FUTURE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 296-323

Juan José
GONZALO
y José Bonmatí
SÁNCHEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: La obtención de ganancias es uno de los motivos por los cuales los socios constituyen una sociedad, pero en la práctica societaria, estas pretensiones pueden quedar anuladas por la mayoría de la Junta General. El artículo 348 bis LSC viene a instaurar medidas protectoras al socio minoritario, aunque lo hace de forma deficiente por la redacción del propio artículo.

PALABRAS CLAVE: Accionista, dividendo, minoría, abuso.

ABSTRACT: Profit-making is one of the reasons why people constitute a company, but on corporate practice, these objectives can be cancelled by the rest of the Shareholders Meeting. The Article 348 bis LSC comes to instituting protective measures to the minority shareholder, although it is deficient due to the wording of the article itself.

KEY WORDS: Shareholder, dividend, minority, abuse.

SUMARIO.- I. PROBLEMÁTICA: ORIGEN DEL DERECHO.- II. CASO CONCRETO: PROTECCIÓN DE LA MINORÍA POR NO REPARTO DE DIVIDENDOS EN EL ART. 348 BIS LSC. 1. Concepción jurisprudencial.- 2. Artículo 348 bis LSC: análisis.- III. RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL ARTÍCULO.- IV. CRÍTICA DEL ARTÍCULO.- V. EL FUTURO DEL ARTÍCULO 348 BIS: ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO MERCANTIL Y EL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LSC, EL CÓDIGO DE COMERCIO, Y LA LEY DE AUDITORÍA DE CUENTAS. 1. Futuro derecho de separación por no reparto de dividendos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.- 2. Proyecto de Ley por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, e iniciativas previas.- VII. CONCLUSIONES.-

I. ORIGEN DEL DERECHO.

El derecho de separación de los socios en una sociedad mercantil consiste en el ejercicio por parte de un socio de un derecho que le permite separarse de la sociedad de la cual es miembro, ya sea mediante una causa justa ("ad causam") o de forma unilateral y de forma libre ("ad nutum").

Debemos decir que este derecho deriva del principio de denunciabilidad de las relaciones obligatorias[1], en el que se defiende que nadie puede estar obligado eternamente, y las relaciones sin término concreto son denunciables y las cuales permiten desvincularse si hay razones para ello, aunque nuestra legislación no recoge un derecho de denuncia y, ni siquiera, un derecho de separación "ad nutum", aunque la DGRN reconoce la inscripción de clausulas "ad nutum" en los estatutos, como especifica las RDGRN 25-9-2003 y 2-11-2010, ratificadas en la STS 8015/2011 sobre la base del art. 225 del Código de comercio. Las causas para ejercer el derecho son "ad causam", pero encontramos una excepción en la Ley 2/2007 de Sociedades profesionales en su art. 13, el cual permite al socio profesional separarse en cualquier momento de la sociedad si lo ejerce conforme a

1 Alfaro Águila-Real, J.:"Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)", *Revista de Derecho Mercantil,* 1.996, núm. 222, pp. 1079-1109.

• Juan José Gonzalo Domenech
Graduado en Derecho por la Universidad Miguel Hernández, Máster en Derecho de las telecomunicaciones, protección de datos, sociedad de la información y comunicación audiovisual por la UC3M. IX Premio Jurídico Internacional por el ISDE, en la categoría "Derecho internacional privado". Consultor legal y seguridad en UBT Compliance. Correo electrónico: jjgdjunior@gmail.com

• José Bonmatí Sánchez
Graduado en Derecho por la Universidad Miguel Hernández, Máster de Acceso a la Abogacía, especialidad mercantil por el Centro de estudios Garrigues. Premio al mejor TFG por la Clínica Jurídica de la Universidad Miguel Hernández. Legal Trainee en Ayuela Jiménez Abogados. Correo eletrónico : Jose_bonmatisanchez@hotmail.com

la buena fe y se notifique. Los planteamientos iniciales cambian en el anteproyecto de Ley de Código Mercantil (aunque establece como clausula general la separación "ad causam" en el art. 271-1), en la que aparece un derecho de denuncia o de separación "ad nutum", en el que se establece que el socio puede separarse en las sociedades de duración indefinida salvo pacto estatutario en contrario en el art. 271-2. 2. Para las sociedades anónimas no cotizadas el régimen se vuelve algo más rígido, teniendo que especificarlo en los estatutos en cualquier momento en el art. 271-2. 3. En conclusión, llega solucionar muchos de los problemas que se planteaban[2].

En la STS 32/2006, 23 de enero de 2006[3] y plasmada en la RDGRN de 28 noviembre resume los criterios clave del derecho de separación de los socios: a) El derecho de separación es un derecho potestativo o de configuración. b) El derecho del socio que se opone, nace desde que la sociedad adopta el acuerdo social previsto legalmente o en los términos previstos cuando se trate de supuestos estatutarios. c) El ejercicio del derecho debe hacerse dentro del plazo legalmente previsto mediante e implica una declaración recipticia que debe hacerse llegar a la sociedad. d) El ejercicio del derecho no requiere la aceptación de la sociedad quien, una vez ejercitado, no puede dejarlo sin efecto. e) El ejercicio del derecho no depende de la inscripción del acuerdo, en su caso, en el Registro Mercantil.

En dicha RDGRN, y a raíz de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria (DF 14ª), atribuyó competencias al registrador mercantil para estudiar las causas legales de separación cuando es ejercido por un socio y proceder al nombramiento de un auditor para la valoración de las participaciones.

En la constante práctica societaria, se han observado casos en los que la voluntad de la minoría social ha sido fagocitada por la voluntad de la mayoría social, usándola para decidir cuestiones fundamentales como, por ejemplo, el reparto del dividendo a merced de su voluntad durante un periodo indeterminado de tiempo sin que los socios pudieran disfrutar de las ganancias obtenidas como expresa el art 93 LSC. Estas conductas son clasificadas como "opresoras" por la doctrina mercantilista[4], la cual deriva de las teorías anglosajonas de la "shareholder opression". Estos actos de opresión suelen nacer generalmente en empresas cerradas (close corporations)[5] debido a la dificultad de los socios para colocar sus

2 Problemas como la omisión del principio de denunciabilidad de las relaciones obligatorias, ampliación del derecho en las sociedades de personas, existencia de un derecho "ad nutum", ausencia de clausula por justos motivos, derecho de separación por no reparto de dividendos mejor redactado. Todas ellas recogidas en Campos Vargas, A. y Alfaro Águila-Real, J.: "Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos y derecho de separación del socio en las sociedades de capital", *Liber amicorum Juan Luis Iglesias*, 2014, pp. 74.

3 STS enero 2006 (JUR 2013, 154753).

4 Silva Sánchez, M. J. y Sambeat Sastre, J. M.: "Análisis y crítica del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital", *Diario La Ley*, núm. 7844, 2012, p. 2.

5 Means, B.: "A Voice-Based Framework for Evaluating Claims of Minority Shareholder Oppression in the Close Corporation", *Georgetown Law Journal,* 2008, núm. 97, p. 1226.

títulos en el mercado para una rápida venta. Una sociedad cerrada en el Reino Unido es la "Limited Liability Company" en su subtipo "Private company limited by shares", una sociedad de responsabilidad limitada/anónima, no cotizada y de capital cerrado, lo más perecido en España a una SL llevándolo al derecho comparado; por el contrario, una sociedad abierta (open corporations) es la "Public Limited Company", el equivalente a una Sociedad Anónima cotizada. Respecto a EEUU, una sociedad cerrada seria la "Limited Liability Company", muy parecida a la británica, pero con algo más de flexibilidad; para la sociedad abierta estadounidense, la "Corporation", prácticamente similar a la S.A.

Supuestos tipificados como casos de "shareholder oppression" son la negación reiterada a no repartir dividendos, que la mayoría de la junta nombre a un administrador socio de ese sector por el contrario de repartir dividendos, o intentar realizar un "squeeze out" (maniobras realizadas por la mayoría social para eliminar a la minoría social). En el derecho anglosajón la maniobra más común es la fusión o "merge" por la cual los accionistas mayoritarios buscan integrar la sociedad en otra mayor en la que ésta última debe adquirir como mínimo el 90% de la sociedad y solo se necesita mayoría simple, no existe bloqueo de la minoría y están obligados a vender sus participaciones[6]. En nuestro país se admiten este tipo de maniobras como, por ejemplo, la reducción y aumento de capital simultáneos del art. 304.1, que pueden llegar a eliminar a los socios que no acudan a la ampliación. En todo caso en el que una sociedad abuse de su mayoría social infringiría el 7.2 CC sobre abuso del derecho e incurrir en un delito de abuso de la mayoría social del art. 291 CP.

La primera sentencia española en la que se habló de la doctrina de la opresión es la del 13 de julio de 2007 del juzgado de lo mercantil núm. 1 de Valencia[7], en la que enumera las características de una sociedad cerrada como son: 1) decisiones adoptadas por mayoría y no por unanimidad; 2) los socios y sus familias vives directa o indirectamente de la sociedad, bien por dividendos, remuneraciones como empleados o administradores. 3) mercado para la transmisión onerosa de las participaciones muy angosto, por lo que genera un descontento para el socio, 4) la S.L. ya de por sí es un tipo cerrado y ninguno de los socios puede instar la disolución.

La sentencia continúa a que estas características posicionan al socio minoritario en una situación oprimida, nombrando los casos en los que la doctrina anglosajona considera opresoras: 1) actuaciones de la mayoría tendientes a limitar los ingresos de los socios minoritarios como la no distribución sistemática de dividendos, reducción del número de administradores con la exclusión de los socios

6 E.g. 8 Delaware Code § 253. La legislación societaria o "corporate law" está cedida a los estados.

7 SJM Valencia 13 julio 2007 (LA LEY 131486/2007).

minoritarios o despidos de los socios minoritarios empleados en la sociedad 2) "tunneling" –o apropiación de los activos de la sociedad hacia empresas de los socios mayoritarios- y "siphoning" –o aprovechamiento de las oportunidades de negocio de la sociedad hacia empresas de los socios mayoritarios- y 3) mecanismos dirigidos a privar los derechos políticos y/o económicos de los minoritarios.

Para defenderse de las prácticas opresivas, existen los "Oppression remedy" (remedio de opresión) un derecho estatutario por el cual los socios afectados realizan acciones legales contra la sociedad por los socios que ejercen la opresión. Comparándolo con nuestro derecho, su equivalente es el art. 347 LSC[8].

La respuesta que da nuestro derecho a los abusos se centra en los diferentes derechos que otorga la ley a la minoría. Se incluyeron varias cláusulas para liberar a la minoría atrapada por la voluntad mayoritaria, en concreto, otorga el derecho de separación como facultad más importante. Por ejemplo, en la LSA de 1989 en su art 147 permitía separarse al socio en los casos en los que un accionista no haya votado a favor de la modificación del objeto social. Se aplica también cuando se aprueba el cambio de domicilio a otro país, entre otros derechos recogidos.

Todos ellos y varios más fueron incluidos en la vigente LSC en los que se encuentran los ya nombrados, pero con modificaciones: respecto derecho de separación por modificación del objeto social, la modificación debe ser "sustancial", o sea, debe tener la suficiente entidad; no valen las meras adiciones o supresiones por considerarse intrascendentes (STS 30 de junio de 2010)[9], ni si quiera cuando la sociedad se dedique a invertir en sociedades que tengan el mismo objeto social (STS 10 de marzo de 2011)[10].

Se añaden como causas la prórroga de la sociedad, la reactivación de la misma, la creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias y el traslado de domicilio social al extranjero y transformación de la sociedad en los términos de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Además, en las SL, podrán separarse los partícipes que no hubiesen votado a favor del acuerdo de transmisión de participaciones Todas estas causas están recogidas en el art 346 LSC.

Como causas estatutarias, el art. 347 faculta la redacción de cláusulas para permitir la separación de los socios, determinando cualquiera sea la causa, la forma de ejercitar el derecho y su plazo, prevaleciendo el principio de autonomía de la voluntad y el carácter dispositivo de la normativa. Nuestro TS ha venido

8 Estas prácticas fueron introducidas en el caso *Foss v Harbottle* (1843) 67 ER 189.

9 STS 30 junio 2010 (LA LEY 109998/2010).

10 STS 10 marzo 2011 (LA LEY 14452/2011).

interpretando y aceptando estas cláusulas, pero con restricciones y diferencias: respecto en las sociedades limitadas (cerradas) admite la inscripción de estas cláusulas y "otorgar al socio un derecho de separación por voluntad propia".

En cambio, para las más capitalistas (abiertas), no admite el derecho a la desinversión y recuperación de la aportación a favor del principio de estabilidad del capital social.

Destacando en la parte contraria a la opresión de la mayoría, se encuentra la minoría de obstrucción o el abuso de la minoría, que consiste en una serie de derechos realizados de forma abusiva que ralentiza el tráfico jurídico a favor de los intereses de esta minoría. Determinados derechos que pueden ejercer los minoritarios son la interposición de una acción de responsabilidad social del 239.1 e incluso un derecho de rechazo a la acción de responsabilidad del 238.2. Un derecho de solicitud de convocatoria de la junta general, o incluso la constitución de la misma si está presente al menos el 25% del capital. Pueden convertirse abusivos estos ejercicios de los derechos otorgados cuando se practiquen de forma reiterada y realizando así un perjuicio a la sociedad.

Posteriormente, con la reforma acometida por la Ley 25/2011 que modifica la LSC, y por la que se transpone la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, se introduce un derecho de separación que consiste en el ejercicio del derecho cuando una sociedad no reparte dividendos a partir del quinto periodo.

En el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil se aumentan los supuestos de separación añadiéndose derechos "ad nutum" ya comentados anteriormente como en casos de sociedades de duración indefinida, inclusión de una especialidad de los derechos de separación en las sociedades de personas (271-4), votaciones en contra de modificaciones estatutarias que exijan más de dos tercios de los votos (271-5. 1 a), modificaciones del régimen de transmisión de las acciones o participaciones (271-5. 1 b), aumento del capital social con supresión o limitación del derecho de preferencia, siempre que su posterior porcentaje quede por debajo del porcentaje establecido para la minoría (271-5.1 c) introducción en los estatutos de cláusulas de sumisión a arbitraje en controversias societarias (271-5.1.d). El derecho de separación por falta de reparto del cual ya hablaremos más adelante.

En general se amplía mucho más los derechos de la minoría que en la actual LSC, pudiendo llegar a tener mucho más poder e incluso llegar a crear casos de abusos de las minorías o minorías obstruccionistas.

Actualmente, existe el Proyecto de Ley por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, que presenta una profunda modificación del art. 348 LSC, manteniendo el esquema del artículo, y que será comentado posteriormente.

II. CASO CONCRETO: PROTECCIÓN DE LA MINORÍA POR NO REPARTO DE DIVIDENDOS EN EL ART. 348 BIS LSC

1. Concepción jurisprudencial

Hemos visto que el no reparto de dividendos por decisión de la mayoría social y de forma sistemática constituye una de las causas que generan un derecho de separación en el derecho anglosajón, considerándose así un "oppresion remedy" para permitir a la minoría salir de una cerrada relación jurídica. En nuestro derecho, esta causa no ha sido tratada legalmente durante nuestra historia societaria, ni siquiera como causa de impugnación de acuerdos sociales, solo articulándose mediante un jurisprudencia muy vaga y reciente al respecto (aunque apareció estipulada en la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 2002). Desde que se empezó a pronunciar el Tribunal Supremo, las sentencias que consideraban como abuso de la mayoría tales acuerdos sociales[11] emanaban de las audiencias provinciales: en la SAP Valencia 661/1997 declara nulo un acuerdo social en el que sistemáticamente se aplicaba el resultado a reservas aun teniendo un balance favorable e impugnando el acuerdo por ser contrario a la ley por abuso del derecho (7.2 CC) en virtud del art. 115 LSA que permite la acción; la SAP de Madrid 434/2005 impugna también el acuerdo que destina una sociedad el resultado a reservas una vez que la empresa está saneada y además incumple la LSA por no responder a "razones de cierta entidad y solvencia lógica, que no se expusieron y argumentaron con claridad" y dañando el interés de la minoría. Sentencias de Audiencias provinciales como las SSAP de Santa Cruz de Tenerife nº 161/1997 de 26 de marzo de 1997 y de Madrid de 5 de febrero de 2001 siguen la misma línea: se basan en la ausencia del principio de buena fe, el fraude del derecho y los vagos motivos que ofrece la mayoría social para no entregar dividendos.

Esta línea que siguen las Audiencias Provinciales deriva de una posición jurisprudencial que asumió la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en varias sentencias: empezamos por la STS 10 de octubre de 1996[12] en la que hace por primera vez la distinción entre el derecho abstracto y concreto al dividendo. el derecho abstracto al dividendo es el derecho que tiene el socio por tal

11 Como ejemplo, la STS 26 mayo 2005 (Roj: STS 3394/2005).

12 STS 10 octubre 1996 (Roj: STS 5407/1996).

condición. Es el recogido en el art. 93. a) LSC y este derecho debe ser concretado posteriormente en la Junta General. Ese derecho abstracto debe ejercitarse hacia las ganancias obtenidas (que se entiende como la cifra de la cuenta de resultados después de impuestos resultante) por lo que debemos renombrar ese derecho y llamarlo "derecho abstracto a participar en las ganancias"[13] y en virtud de este derecho, serán nulos los acuerdos que excluyan a un socio de las ganancias y el comportamiento sistemático de la junta en la retención de los beneficios, pudiendo ser impugnables los acuerdos. Tampoco podrán ser válidas las clausulas en las que los socios acuerden la retención de los beneficios. Este problema puede saltarse parcialmente con un acuerdo parasocial entre los socios, sin embargo (si seguimos la posición dispositiva del artículo que defiende un sector), el derecho a las ganancias sigue vigente y bastaría que uno de los socios exija el reparto, independientemente de la responsabilidad contractual. Incluso el poder no registrarse tal clausula por ser contraria a derecho (si seguimos la teoría del derecho imperativo). Pues bien, el art. 348 cambia el trasfondo de la LSC, estipulando un derecho concreto al dividendo, lejos de ser un derecho configurador de las sociedades de capital, es contrario a nuestro ordenamiento societario y a la interpretación doctrinal y judicial del mismo que únicamente reconoce como derecho mínimo del accionista el derecho abstracto al beneficio consagrado en el art. 93 a) LSC[14].

Una vez que se haya acordado en la Junta el reparto del dividendo, surge el derecho concreto al concreto al dividendo, debe estar plasmado en el acuerdo de la junta en el caso de que la junta elimine el reparto del dividendo acordado, ya que irá en contra del principio de los actos propios y aquel acuerdo se declarará nulo, si no se hubiese acordado y plasmado en el acuerdo, no se impugnará.

En la STS 22 de noviembre de 2004[15] se especifica que aunque un balance muestre un resultado favorable, no significa que esas ganancias patrimoniales se tengan que concretar y transformar en futuros repartos de dividendos: "En consecuencia los datos que en una fecha concreta se desprendan del balance de la entidad únicamente suponen, a lo sumo, una expectativa que no llegará a convertirse en un derecho hasta que el cierre del ejercicio pueda comprobarse que aquellas esperanzas no se han frustrado".

Estos derechos al dividendo se concretan algo más en la STS 26 de mayo de 2005[16] cuando dictamina que el derecho concreto a dividendos es un derecho trámite hacia un derecho de crédito del socio contra la sociedad, además, no

13 Natera Hidalgo. R.: *Fiscalidad de los contratos civiles y mercantiles: fundamentos y formularios,* CISS, Madrid, 2007, p. 699.

14 Campins Vargas, A.: "Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios?", *Diario La Ley,* núm. 7824, 2012, p. 5.

15 STS 22 noviembre 2004 (Roj: STS 7560/2004).

16 STS 26 mayo 2005 (Roj: STS 3394/2005).

se considera un derecho absoluto sobre todas las ganancias, ya que se deben constituir reservas legales y voluntarias si se desea (en el actualmente suspendido art. 348 bis LSC especifica que debe darse un tercio de los beneficios derivados de la explotación de objeto).

En el caso de que no estén justificadas o acreditadas la aplicación del resultado a otras opciones, el derecho a percibir beneficios sociales por parte de los socios minoritarios resultará privado por considerarse de forma abusiva esta práctica de forma sistemática.

Este tipo de acuerdos no producen una lesión a la sociedad, por lo que no podrá ser impugnado el acuerdo social por este motivo[17] según las interpretaciones del art. 115 LSA en el que para ejercer la acción de impugnación debe existir lesión de los intereses de la sociedad y o los del accionista (SSTS 20 de febrero de 2003[18] y 29 de marzo de 2007[19]) por lo que cualquier acuerdo que se dedique a aplicar el resultado a reservas voluntarias o legales no hace más que causar un beneficio a la sociedad.

De todas formas, esta posición adoptada por el TS puede tener otra interpretación, porque no todo acuerdo que haga capitalizar la sociedad no tiene que ser positivo: una sociedad que sistemáticamente destina su resultado a reservas no muestra de cara a un futuro inversor como un proyecto en el que se pueda conseguir una rentabilidad, ya que esta sociedad no repartiría dividendos y si esta sociedad necesitase en algún momento una ampliación de capital para aumentar sus fondos propios[20] lo tendrá muy difícil debido a las decisiones continuas de no repartir dividendos.

Ya hemos revisado toda la línea jurisprudencial respecto a la defensa de la minoría en caso de acuerdos abusivos y sistemáticos al respecto, pero observamos que toda la defensa se encuentra en la jurisprudencia y en la diversa interpretación de varios artículos del ordenamiento jurídico (como ocurre en la doctrina del levantamiento del velo, de creación jurisprudencial) no encontramos siquiera una causa específica de impugnación de acuerdos sociales por no reparto de dividendos sistemáticos como en el derecho alemán en el art. 254.1 "Aktiengesellschaft" (sociedades anónimas alemanas) como especifica la STS 7 de diciembre de 2011[21], pero de lo que sí no hay rastro en la jurisprudencia es de un derecho de separación

17 Artola. G.:"El derecho de separación de los socios en caso de falta de distribución de dividendos (art. 348 bis LSC), *Boletín Quantor Contable,* 2012, núm. 102, pp. 3-7.

18 STS 20 febrero 2003 (Roj: STS 1137/2003).

19 STS 29 marzo 2007 (Roj: STS 2220/2007).

20 Una sociedad también puede emitir obligaciones para conseguir recursos, pero este método tiene la desventaja de aumentar el pasivo exigible de la sociedad y aumentar el riesgo de la sociedad.

21 STS 7 diciembre 2011 (Roj: STS 9284/2011).

por la causa tratada. Es por ello que se creó el art. 348 bis LSC que a continuación vamos a tratar

2. Artículo 348 bis LSC: análisis.

Como hemos observado, los socios minoritarios afectados por el no reparto de dividendos es el colectivo más afectado cuyas soluciones legales son escasas y limitadas. Es por ello que nuestro legislador se vio en la tesitura de crear un fuerte derecho para solucionar estos problemas.

Fue introducido mediante la ley 25/2011 que reformó la LSC en la que se incorpora la Directiva 2007/36/CE que introduce varios derechos para los socios, pero en los que posteriormente se decretaron suspensiones temporales. El nuevo artículo no ha estado exento de discusiones; ya sea por su mala redacción, rigidez o momento socio-económico de aprobación.

Como último apunte antes de analizar el derecho, la Ley 44/2015 de sociedades laborales y participadas, niega la aplicación del art. 348 bis LSC en su art. 16.2.

A continuación, analizaremos el artículo, el supuesto de hecho por el cual permite el ejercicio del derecho:

A) El plazo inicial será a partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción de la sociedad en el RM. Observamos que la redacción dificulta la interpretación de dicho artículo, preguntándonos si se aplica a partir del quinto años sin que se repartan los beneficios sociales, o que a partir del quinto año, se puede ejercer el derecho en cualquier junta en la que no se hayan repartido, eliminando así el carácter contra-opresivo que buscaba la norma[22]. Este plazo radica en la necesidad de que la sociedad se consolide, o en la imposibilidad de que se pueda plantear una suspensión de este derecho de separación durante los primeros años de vida social[23]. Y respecto al momento de ejercer el derecho, debemos esperarnos hasta la sexta junta ordinaria en el que no se repartan dividendos como especifica el articulo cuando se refiere a partir del quinto ejercicio. En el caso de las fusiones por absorción, si la sociedad absorbente ya hubiera tenido ejercicios sin reparto de dividendos, a partir del quinto ejercicio se podrá ejercitar la acción, en cambio si de esa fusión nace una nueva sociedad, será a partir del quinto ejercicio desde su inscripción; se podría entender como un "reinicio del cómputo".

B) Que el contenido de acuerdo no verse sobre la distribución de los beneficios propios de la explotación del objeto social de al menos un tercio de

22 Silva Sánchez, M. J. y Sambeat Sastre, J. M.: "Análisis y crítica", cit., p. 5.

23 Brenes Cortés, J.: "Derecho de la minoría al dividendo: el controvertido art. 348 bis LSC", *Revista Aranzadi Doctrinal,* 2012, núm. 8, p. 5.

los beneficios del ejercicio anterior que sean legalmente repartibles: el acuerdo de la junta ordinaria debe ser contrario al reparto de dividendos, además de que como mínimo sea de un tercio, por lo que acuerdos de reparto sean inferiores a esa cantidad, darán lugar al nacimiento de ese derecho. Hay amplia discusión en la doctrina respecto al alto dividendo que se exija, esto pueden generar un problema de descapitalización en la sociedad[24], la cual tacha IBÁÑEZ GARCÍA de abusivo y desproporcionada que rompe el principio de proporcionalidad[25].

C) Se discute también el significado de los "beneficios propios de la exportación", que son los que se obtienen con el ejercicio del objeto social. No se tendrían en cuenta los beneficios extraordinarios ni los distintos de tal explotación. El mismo autor también crítica el término en el sentido de que esos beneficios que obtiene la sociedad son antes de aplicar el resultado financiero y el impuesto sobre beneficios según el Plan General de Contabilidad, por lo que según IBÁÑEZ GARCÍA y JUAN SÁNCHEZ-CALERO quebrantaría el principio de seguridad jurídica[26]. La profesora LUCAS MARÍN propone que se reparta el dividendo una vez apartada la cantidad necesaria para satisfacer el impuesto de sociedades[27], pero nos encontraríamos con el problema de que no sería fiel a la norma porque, siendo estrictos, los beneficios propios de explotación no incluyen los ingresos o gastos financieros, así que ese apartado estará en un limbo (problema que soluciona la AP de Barcelona en la que califica a los ingresos financieros como ingresos ordinarios. En apartados posteriores se concretará el problema). Otra solución será realizar una interpretación flexible de la norma e incluir el resultado financiero y a partir de ahí, realizar la separación para la partida del impuesto y posteriormente repartir los dividendos acordados. Para terminar, debemos mencionar que exige que se repartan dividendos anualmente siempre que haya beneficios y no que lleven cinco ejercicios seguidos sin repartir los dividendos, será indiferente el ejercicio en el que no se acuerde el reparto mientras sea a partir de la sexta Junta Ordinaria. Además, con la reforma contable se eliminó la distinción entre resultados ordinarios y extraordinarios, por lo que la locución que utiliza el art. 348 bis LSC puede dar lugar a problemas de interpretación. Un nuevo problema surge en relación a qué tipo de dividendos se refiere: a los dinerarios o a los no dinerarios o en especie.

24 Ibáñez García, I.: "Dividendos a contracorriente", *CincoDias,* 16 de febrero de 2012. Disponible en: http://cincodias.com/cincodias/2012/02/16/economia/1329508549_850215.html

25 Ibáñez García, I.: "Sobre el derecho obligatorio al dividendo ¡Qué barbaridad!", ¿Hay derecho?, 27 julio de 2011. Disponible en: http://hayderecho.com/2011/07/27/sobre-el- derecho-obligatorio-al-dividendo-%C2%A1que-barbaridad/

26 Sánchez-Calero, J.: "La ampliación del derecho de separación", en *el blog de Juan Sánchez Calero Guilarte,* el 17 de junio de 2011. Disponible en: http://jsanchezcalero.com/la-ampliacion-del-derecho-de-separacion/

27 Lucas Marín. E.: "somera descripción de la lógico del artículo 348 bis LSC", *X Seminario Harvard- Complutense, A comparative perspective on old and new problems of corporate and financial law,* Harvard Law School, 2013, p. 18.

D) Puede hacerlo el socio que hubiera votado a favor del acuerdo. Cabe entenderlo como un acuerdo negativo, aquellas desestimaciones de propuestas realizadas en la junta, las cuales pueden llegar a generar efectos jurídicos como, en este caso, un derecho de separación de la sociedad[28]. No podrán ejercitarlo los socios que no hubieran acudido ni a quienes se hubieran abstenido, podrán ejercitarlo el representante del socio que hubiera votado a favor. Para ampliar la casuística y adaptarla al sentido de la norma, también lo podrán ejercer los socios que hubieran votado en contra de la aplicación a reservas voluntarias y haberse manifestado a favor de la aplicación a dividendos, porque si nos limitamos a la mera votación en contra de aplicación de reservas cuando el socio quiere destinarlo a otro fin podría utilizar ese derecho incorrectamente cuando no manifiesta querer aplicarlo como dividendos. Otro problema lo podemos encontrar en los socios que ostentan participaciones sin voto, los cuales no pueden manifestar en forma de voto su negativa al acuerdo que no reparta los dividendos; por lo que sería lógico según la interpretación que estamos perfilando, que el derecho lo podrán ejercer los partícipes sin voto en caso de que no se distribuya el dividendo, aunque hubiese sido conveniente la inclusión por parte del legislador de estos supuestos.

E) Se ejercerá en el plazo de un mes a partir de la celebración de la junta. Este requisito es una especialidad comparada con lo dispuesto en el art. 348 LSC en el que permite el ejercicio del derecho de separación a partir de la comunicación personal o desde la publicación en el BORME[29].

F) No se puede ejercer el derecho en las sociedades cotizadas, el legislador lo expulsa debido a la facilidad que se tiene de vender los títulos en el mercado, el peligro de la posible descapitalización de la empresa por sus numerosos socios minoritarios, y por hacer más atractivas las inversiones en las sociedades cerradas como las Sociedades Limitadas.

Se discute si es un derecho imperativo[30] (seguido ampliamente por la mayoría) o dispositivo[31]. Desde el sector imperativista no se admite pacto estatutario en

28 Iribarren Blanco, M.:"La impugnación de los acuerdos negativos de la junta general", *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 304, 2017, p. 7.

29 SAP Illes Balears 27 junio 2016 (LA LEY 111065/2016).

30 Iraculis Arregui, N.:"La separación del socio sin necesidad de justificación por no reparto de dividendos o por la propia voluntad del socio, *Revista de derecho de sociedades,* 2014, núm. 38, p. 233. Silván Rodríguez, F. y Pérez Hernando, I.:"Derecho de separación y dividendos: El controvertido artículo 348 bis LSC", *Diario La Ley,* 2012, núm. 7813, p. 5; Perales Viscasillas, M.P.: *La separación de socios y partícipes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 304-311. García Sanz, A.: "Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos", *Revista de Sociedades*, 2012, núm. 38, pp. 62

31 Alfaro Águila-Real, J.:"Más sobre el nuevo art. 348 bis LSC y el carácter dispositivo de la legislación societaria", *Almacén de Derecho,* 7 de marzo 2012. Disponible en: http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2012/03/mas-sobre-el-nuevo-art-348-bis-lsc.html Gonzalez Castilla, F.:"Reformas en materia de separación y exclusión de socios" en AA.VV.: *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto-ley 13/ 2010, Ley 2/2011, Ley 25/ 2011 y Real Decreto- ley 9/2012),* (F. Rodríguez Artigas, I. Farrando Miguel, y F. González Castilla), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2012, p. 262.

contrario, es un derecho del cual se puede disponer con su fundamento en la protección de socios minoritarios porque si fuese dispositivo, no defendería el interés del socio minoritario. Es por ello que se defiende que el art. 348 bis supone un remedio de orden público[32].

Otro argumento pasa por el carácter sistemático de la Ley. la única causa legal de separación que no tiene el carácter de inderogable es la creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias. En consecuencia, el resto de causas legales, entre las que se incluiría el art. 348 bis LSC, son de derecho necesario[33].

Pero la consecuencia de considerarla imperativa genera que el ejercicio del derecho puede generar problemas de tesorería y descapitalización, y más en la época socio-económica en la que vivimos, además de atacar la libertad de empresa.

Por la parte contraria nos encontramos al sector "dispositivista" o contractualista, que defiende el carácter dispositivo de la norma y permite pactos en contrario –por unanimidad por el art. 347.2 LSC– en los estatutos que permiten "derogar" el art. 348 bis en virtud de la libertad contractual de los arts. 117, 121 del Código de comercio, 28 LSC, y el art. 292 de la misma, donde estipula que para cualquier cambio estatutario que afecte a los derechos de los socios en la sociedad limitada se exigirá el consentimiento de los afectados[34], que se entenderá la afectación a los derechos cuando la modificación afecte directa e inmediatamente los derechos de los socios[35] y que, de forma discutible, algún sector doctrinal de forma discutible, ha venido a aplicar análogamente la presente disposición tanto para las sociedades anónimas y las comanditarias por acciones[36]. Otra solución dentro de la opción estatutaria se contempla la posibilidad de establecer reservas estatutarias, aunque dichas reservas no consiguen restringir totalmente el reparto de dividendos, pero se pueden establecer ciertas condiciones, como limitar el importe a distribuir para evitar que un socio esté legitimado a ejercitar el derecho de separación[37].

Otra solución lo ofrecen los pactos parasociales "disuasorios", por ejemplo, cuando la penalización por exigir el reparto de dividendos sea dos veces la cantidad

32 Brenes Cortés, J. "Derecho de la minoría al dividendo", cit. p. 8.

33 Uría, R. y Menéndez, A.: *Curso de Derecho Mercantil,* T. I, 2ª Edición, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2006, p. 1274.

34 García-Villarrubia, M.: "Tres cuestiones prácticas sobre cuestiones polémicas sobre el art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital", *Revista de Derecho Mercantil,* 2017, núm. 50, p. 2.

35 RDGRN 30 de julio de 2015.

36 Martínez Flórez, A.: "La tutela individual de los derechos del socio en la sociedad de responsabilidad limitada (Art. 292)", en Rojo-Beltrán, A.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital,* Tomo II, Aranzadi, Madrid, 2011, pp. 2166-2167.

37 García Morales, E. y Jiménez López, L.: ¿Es compatible el artículo 348 bis LSC con las restricciones al reparto de dividendos previstas en determinados contratos de financiación?, 2018, *Diario La Ley,* núm. 9150, p. 3.

destinada a las reservas voluntarias" o incluso un pacto para distribuir un beneficio inferior un tercio de los beneficios, pero no tiene efectos frente a terceros ajenos a la sociedad y los socios actuales, por lo que es recomendable hacer parte del pacto a la sociedad y prever que la sociedad solo reconocerá a los accionistas futuros en tanto que suscriban el pacto parasocial[38].

El carácter dispositivo del derecho se basa en en la consideración dispositiva del régimen de la exclusión y separación de los socios, en que el Tribunal Supremo ha afirmado que las normas legales que regulan la sociedad limitada son presuntivamente dispositivas y, sobre todo, en que no hay interés alguno distinto del de los socios que exija su protección a través de una norma que limite la libertad contractual (STS 9 de julio de 2007)[39].

III. JURISPRUDENCIA DEL ARTÍCULO.

El artículo estuvo en vigor escasos meses, sin embargo, fue el tiempo suficiente para que el caso llegase a los tribunales y realizar algunos apuntes importantes y que debemos tener en cuenta a la hora de aplicar correctamente el derecho cuando sea levantada la suspensión.

La primera vez que observamos el nombramiento del art. 348 bis LSC en la jurisprudencia fue en la STS 7 de diciembre de 2011[40] en la que versaba sobre la vulneración de los derechos de información y un rechazo sistemático de reparto de dividendos, e indicó en su apartado 38 sería la aplicación del citado derecho pero que no se pudo aplicar debido a cuestiones temporales.

De todas formas, ya existe jurisprudencia de Audiencias Provinciales y otros juzgados menores que interpretaron el artículo y precisaron su aplicación:

a) La Audiencia provincial de A Coruña concretó en la SAP 21 de marzo de 2014[41] que el momento en el que empieza el cómputo es la celebración de la junta general y no la fecha de la convocatoria. No cabe realizar una aplicación retroactiva si la junta en la que se negó el dividendo era anterior a la entrada en vigor de la ley como indica la SAP de Valencia 23 de enero de 2013[42].

b) La SAP de Barcelona 26 de marzo de 2015[43] es una de las más amplias en la materia y entra sobre todo a aclarar la diferencia entre beneficio propio de la

38 García Morales, E. y Jiménez López, L.: ¿Es compatible", cit., p. 3.

39 STS 9 julio 2007 (Roj: STS 5668/2007).

40 STS 7 diciembre 2011 (Roj: STS 9284/2011).

41 SAP A Coruña 21 marzo de 2014 (LA LEY 131519/2014).

42 SAP Valencia 23 enero 2013 (LA LEY 36528/2013).

43 SAP Barcelona 26 marzo 2015 (LA LEY 98588/2015).

explotación, ya que esa denominación no existe en el PGC, pero sí el resultado de explotación y el resultado financiero. Además, debemos tener en cuenta el concepto de ingresos excepcionales que se definen como "beneficios e ingresos de carácter excepcional y cuantía significativa" para observar su relevancia, debemos ponderarlos con la cifra de negocio para decidir si es significativo. En el caso presente, una empresa industrial excluye de los beneficios por considerar ingresos extraordinarios los intereses obtenidos por las imposiciones de los excedentes de tesorería, e incluye en la cuenta de resultados los gastos financieros. La AP discute la exclusión de los ingresos financieros argumentando que no cualquier ganancia financiera es ajena al objeto y que es evidente que esos ingresos van encaminados a la consecución del fin y se demostró que, dentro de la política de la empresa, es común las inversiones financieras, por lo que es un ingreso periódico. La AP incluye como ingreso ordinario la indemnización de una clausula penal por retraso en una obra contratada, ya que la construcción iba a dedicarse a la actividad principal de la empresa, a pesar de lo inusual de los ingresos por indemnizaciones. También incluye como ingreso ordinario parte de una subvención otorgada, ya que la cuantía era destinada a la construcción de un centro tecnológico, y como su objeto social trataba sobre ello, vio procedente su integración.

d) Las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona de 21 de junio de 2013[44], del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona de 25 de septiembre de 2013[45] y del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid de 15 de diciembre de 2014[46] declaran que "el precepto en cuestión se refiere a la actividad ordinaria de la sociedad y que excluye, entre otros supuestos, los beneficios extraordinarios y las plusvalías susceptibles de ser reflejadas en la sociedad", encuadrando en este criterio el supuesto del art. 128.1 LSC relativo al incremento del valor de las participaciones o acciones usufructuadas.

e) La sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián de 30 de marzo de 2015[47] estipula que el ejercicio del derecho no requiere la aprobación de la junta y nace con el mero acuerdo de la junta sobre la no aplicación a dividendos.

f) El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Palma de Mallorca en la sentencia de 30 de junio de 2014[48] realiza un profundo análisis doctrinal al respecto, interpretando el artículo en cuestión según los criterios del art 3 del Código Civil y explicando si el caso concreto es realizado sobre el abuso del derecho del art. 7.2 del CC. Respecto a la interpretación, se destaca: 1) criterio gramatical: los actores

44 SJM nº 1 Barcelona 21 junio 2013 (JUR 2013, 330722).

45 SJM nº 9 Barcelona 25 septiembre 2013 (JUR 2013, 330448).

46 SJM Madrid 15 diciembre 2014 (JUR 2016, 109614).

47 SJM nº 1 San Sebastián 30 marzo 2015 (LA LEY 32820/2015).

48 SJM nº. 2 de Palma de Mallorca 30 junio 2014 (LA LEY 251180/2014).

ejercitaron su derecho conforme a los requerimientos del art. 348 bis LSC, a pesar de su mala redacción. 2) sistemático: se encuadra ene capítulo I del título IX en el que se regulan los diferentes casos del ejercicio del derecho de separación. 3) histórica: se remite a la sentencia del juzgado de lo mercantil de Barcelona en el que explica que los abusos de la mayoría social en una sociedad dan lugar a diferentes casos de mayorías opresora y minorías oprimidas que se ven en la imposibilidad de ejercer sus derechos y permanecer atados en una sociedad. 4) sociológicos y teleológicos: como resumen, vienen a explicar los problemas de las sociedades cerradas (apartado que hemos explicado a lo largo del trabajo) y como este nuevo derecho va dirigido a otorgar a la minoría social un derecho para hacer frente a la mayoría.

g) La SAP de Girona de 21 de marzo de 2013[49] resuelve un recurso por el cual el juez anterior declaró la nulidad del acuerdo y condenó a la sociedad en cuestión a repartir dividendos al socio minoritario. La AP declara que el juez no es competente para decidir a qué van a aplicar el resultado y, aunque el acuerdo fuese nulo, debe instarse a la junta a realizar otra aplicación del resultado en vez de imponerla. Lo defendido en esta sentencia es la doctrina derivada de los precedentes anglosajones del "business judgment rule", la cual defiende que los jueces deben presuponer que los órganos directivos y rectores de la sociedad realizan decisiones adecuadas al derecho y a sus socios y que los jueces deben abstenerse de imponer otro destino al resultado[50].

h) En todas las sentencias estudiadas, uno de los aspectos a tratar en cada sentencia era si el ejercicio del derecho se ejecutó durante su estancia en vigor, y en varias sentencias encontramos que algunos tribunales malinterpretaron la fecha en la que nace el derecho (el día de la junta general en el que se acuerda el no reparto del dividendo) o que desestiman su aplicación debido a su irretroactividad, aunque alguna parte recurrente defienda que pueda aplicarse una retroactividad en grado leve.

i) Es destacable la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 2 de diciembre de 2015[51], la cual otorga el derecho de separación recogido en el art. 348 bis, la cual destaca como elemento precursor del derecho el propio acuerdo de la junta adoptado con oposición desde la aprobación del acta, y sin que sea necesario que la sociedad lo acepte, y aunque la comunicación a la junta fuera producida una vez habiéndose suspendido la aplicación del precepto.

49 SAP Girona 21 marzo 2013 (LA LEY 62259/2013).

50 Brenes Cortés, J.: "Nueva suspensión legal del controvertido art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital", *Justiça do Direito,* 2014, núm. 1, p. 114.

51 SAP Santa Cruz de Tenerife 2 diciembre 2015 (LA LEY 228468/2015).

IV. CRITICA DEL ARTÍCULO.

El artículo 348 bis estuvo en vigor nueve meses, y fue suspendido debido a que generaba más daño que beneficio a un tejido empresarial ya de por sí dañado por la crisis económica. También influyó de sobremanera la mala redacción del artículo y su rigidez, los cuales fueron los causantes de numerosos pleitos como la calificación de los "beneficios propios de la explotación del objeto social". La obligación del reparto anual de beneficios indiscriminadamente bajo la amenaza del ejercicio del derecho de separación propiciaba sí o sí una mala situación para las sociedades, ya que si no repartían los beneficios el socio minoritario se separaría y la sociedad tendría que reembolsarle su participación, y si por el contrario tuviese que repartir las ganancias, la sociedad también debería realizar un desembolso.

No ha sido la propia decisión de redactar este artículo para defender los intereses de la minoría[52], sino de la forma en la que está redactado, aun sabiendo que España es uno de los países que más tarda en transponer una Directiva, por lo que el tiempo no es una excusa.

La propia AP de Barcelona califica al artículo de "equívoco y confuso" y que términos de la ley como "beneficio propio de la explotación del objeto" dificultan la interpretación y aplicación de la ley.

Los más críticos señalan la inconstitucionalidad del artículo como IBÁÑEZ GARCÍA porque incumple los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad de los servicios públicos y la libertad de empresa.

La libertad de empresa es vulnerada porque obliga a la sociedad, con independencia de su situación económico-financiera, a destinar parte del resultado al reparto de dividendos, cuando este principio consagrado en el art 273 LSC permite a la junta general aplicar el resultado como ella crea conveniente.

El principio de proporcionalidad también queda en entredicho debido al alto porcentaje que exige la norma con independencia de las condiciones de la sociedad y la obligación de repartirlo cada año.

El principio de seguridad jurídica se incumple por los términos usados cuando se refiere a "beneficios propios de la explotación del objeto" al no existir en el PGC este término. El más parecido es "beneficios de explotación" que son los beneficios obtenidos antes del resultado financiero y antes de impuestos. El autor defiende que si interpretamos el término con el que ofrece el PGC, no se podrán repartir los beneficios cuyo impuesto no fuese satisfecho y propone que

52 IBÁÑEZ GARCÍA, I.: "Sobre el derecho obligatorio", cit., s/p.

se reparta el beneficio neto. La AP de Barcelona ha interpretado que se deben incluir los ingresos financieros porque ese resultado está destinado a cumplir el fin social y derivan de la consecución del objeto social. Ese argumento se consolida si además suelen ingresarse de forma periódica.

Debida a su mala redacción, el artículo presupone que el acuerdo que haga la junta que no reparta dividendos se realice sobre el abuso del derecho[53], además de la confusión respecto al carácter imperativo o dispositivo del derecho, el cual podría solucionarse alguna mención estatutaria como "salvo pacto en contrario" o "se prohíben pactos en contrario".

El presente derecho otorga un poder indiscriminado al socio minoritario que depende de las circunstancias y su reiteración, puede constituir un caso de "abuso de la minoría" y ejercerse sobre el abuso del derecho[54].

La implementación del derecho ocurrió en el peor momento de la crisis económica en España, por lo que generó varios casos de desestabilización en las sociedades, por lo que el parlamento determinó su suspensión, primero para 2012 y actualmente es de aplicación tras la última suspensión del 31 de diciembre de 2016, pero con varias propuestas de modificación sobre la mesa. Como hemos analizado, en la LSC ni siquiera existe un mecanismo de defensa contra estos casos y durante estos periodos de inaplicación del artículo era necesario recurrir a la jurisprudencia y la invocación de otros artículos como el art. 93 LSC que reconoce al socio el derecho a participar en las ganancias sociales y el 273 que reúne las condiciones para que se repartan los dividendos, además de la reiterada doctrina jurisprudencial respecto a la consideración del acuerdo como abusivo sobre la base del 7.2 CC.

V. EL FUTURO DEL ARTÍCULO 348 BIS: ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO MERCANTIL Y EL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LSC, EL CÓDIGO DE COMERCIO, Y LA LEY DE AUDITORÍA DE CUENTAS.

1. Futuro derecho de separación por no reparto de dividendos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil.

En el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil se recogió este mismo derecho en su art. 271-6 pero con algunas modificaciones para corregir errores y flexibilizaciones. Para su contraste, lo analizaremos en comparación con el esquema del apartado 2.2:

53 Campos Vargas, A. y Alfaro Águila-Real, J.: "Abuso de la mayoría", cit., p. 79.

54 Iribas, B. y Rodríguez-Sahagún, M. A.: "El abuso de los minoritarios en las sociedades de capital", *LegalToday,* 21 de marzo 2013. http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/societario/el-abuso-de-los-minoritarios-en-las-sociedades-de-capital

Se mantiene igual el punto A analizado referente a su aplicación partir del quinto ejercicio, pero modifica completamente el punto B analizado en el presente trabajo, su redacción pasa a ser: en caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, una cuarta parte de los beneficios propios de la explotación del objeto social, que sean legalmente repartibles, siempre que se hayan obtenido dichos beneficios durante los dos ejercicios anteriores. Esto viene a solucionar el problema del alto dividendo que se exigía, y añade que esos beneficios deben haberse obtenido durante los dos ejercicios anteriores, esto soluciona el posible problema de tesorería que pueda tener la sociedad en el momento del ejercicio del derecho, ya que se aseguran un mínimo de liquidez. No se podrá ejercer el derecho uno de esos ejercicios anteriores hubiesen entrado en pérdidas, pero se discute si es obligatorio que sean una cifra similar entre sí los beneficios anteriores o solo beneficios, porque si los en los anteriores hubieran tenido un bajo beneficio no se solucionaría nada. Tampoco soluciona el concepto de beneficios propios de la explotación, persistiendo aun el problema de los beneficios financieros y los extraordinarios.

El punto C se concreta y modifica, pasando a ser: el "socio que hubiera votado en contra de la propuesta de aplicación del resultado [...] en caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo". Esto viene a clarificar la postura del socio y elimina la manifestación del socio para acarar su posición. Como la casuística suele tender a presentar los Órdenes del día como aplicaciones a reservas y no a beneficios, concreta que se vote en contra de la aplicación y que el acuerdo que se tome no efectúe el reparto de los beneficios.

Ya no aparece el apartado D analizado en lo referido al ejercicio dentro de un mes desde la celebración de la junta, y se traslada al art. 271-10. 1 añadiéndose que, si no se hubiese celebrado la junta, será a partir desde la fecha en la que debía celebrarse la junta.

Se introduce un nuevo apartado en el que impide al socio ejercer este derecho si existe un plan de refinanciación aprobado por el juez o si la sociedad está en concurso. Este apartado se aplica para evitar la descapitalización de la sociedad cuando está incursa en procesos difíciles y empeorar estas situaciones.

El apartado E se mantiene igual: no se aplicará en las cotizadas por los motivos ya comentados como facilidad de colocar las acciones en el mercado.

Comparando un artículo con otro, el del Código Mercantil soluciona de varios problemas que acarreaba el artículo de la LSC, y si ocurriera el caso de que la aprobación del Código Mercantil se retrasara en su aprobación, podría la LSC reformarse e incluir la redacción en la ley.

2. Proyecto de Ley por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, e iniciativas previas

Entre 2017 y 2018 han surgido diferentes iniciativas tenían por objetivo la modificación del artículo objeto de estudio; la primera de ellas fue la Proposición de Ley para modificar el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital presentada el 1 de diciembre por el grupo popular en el Congreso de los Diputados, pero el cual fue retirado para ser sustituido por el Proyecto de Ley por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, que se encuentra actualmente en tramitación en el Senado, y el cual se basa enormemente de dicha Proposición de Ley.

Al parecer, y a consecuencia de la situación crítica que vivieron las sociedades durante la crisis y la redacción del artículo 348 bis, por varios agentes políticos se quiso dar una nueva redacción al mismo, eliminando o paliando las consecuencias perjudiciales derivadas de su redacción, pudiendo concretarse en los siguientes puntos:

1º) Derecho dispositivo

La nueva redacción permitirá que las sociedades, mediante el consentimiento de todos los socios, puedan suspender el derecho de separación recogido en el art. 348 bis, o modificarlo, permitiéndose así adaptarlos a la situación particular de cada sociedad o el sector en el que interviene, pero estableciendo la norma general de la existencia de dicho derecho. Es decir, para la modificación de dicho derecho puede servir un pacto parasocial, o el reconocimiento del derecho de separación al socio que haya votado a favor del reparto de dividendos, en contra del sentir de la junta.

2º) "Nueva fórmula"

En la actual redacción únicamente se exige que no se haya acordado la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.

El Proyecto de Ley amplía las condiciones a cumplirse para que pueda ser ejercitado el derecho de separación por lo socios, creando una "nueva fórmula", mediante la cual se permite equilibrar el derecho de los socios a percibir dividendos,

y la sociedad a retenerlos e invertirlos o capitalizar la sociedad en los años que sea necesario, pudiendo destacarse tres grandes requisitos, que deben cumplirse simultáneamente:

a) Reduce el porcentaje mínimo de beneficios, del ejercicio anterior a repartir, la tercera parte, a un veinticinco por ciento. En la Proposición de Ley se mantenía la cantidad, pero expresada en fracción (una cuarta parte).

b) Que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores.

c) Que durante los cinco años anteriores, acumuladamente, se haya repartido el equivalente al veinticinco por ciento, o más, de la suma de los beneficios distribuibles durante dicho periodo de cinco años.

3º) Derecho paralelo a la acción de responsabilidad

El artículo mantiene indemne el derecho de los socios a realizar acciones judiciales de impugnación y responsabilidad, en caso de que los acuerdos se hayan tomado sobre la base del abuso del derecho. Esta previsión no existía en la Proposición de Ley.

4º) Beneficios del ejercicio en su conjunto

Se ha sustituido de la redacción el término "beneficios propios de la explotación del objeto social", por dividendos legalmente distribuibles, siendo estos el resultado positivo de la cuenta de pérdidas y ganancias, menos la reserva legal, la reserva por fondo de comercio, las reservas disponibles por mandato legal (obligaciones legales), las reservas estatutarias, dividendo a acciones sin voto, los bonos de fundador o promotor, la remuneración a los administradores y el saneamiento de pérdidas de ejercicios anteriores con cargo al beneficio. Con este concepto, se elimina la discusión del alcance de los "beneficios propios de la explotación del objeto social".

5º) Periodo de obtención de beneficios

La actual redacción exige que uno de los supuestos de hecho para que un socio pudiera ejercitar el derecho de separación, es que la sociedad haya obtenido beneficios durante el ejercicio anterior, lo que supone que si una sociedad, tras haber incurrido en pérdidas durante algún ejercicio, obtuviera beneficios, se encontraría en cierta medida obligada a repartir parte de los mismos, dificultando así su capitalización y fortalecimiento de su estructura patrimonial.

La nueva redacción amplía este plazo a tres años, lo que supone que un socio deberá esperar a que la sociedad haya obtenido beneficios durante tres ejercicios

consecutivos y ver cumplido el requisito del reparto del veinticinco por ciento en los últimos cinco años, para poder ejercitar el mencionado derecho de separación, lo que beneficiará a aquellas sociedades que, tras algún ejercicio con pérdidas, pueda utilizar los beneficios para capitalizarse, y no generar situaciones abusivas por la minoría.

6º) Transcurrido el quinto ejercicio.

El proyecto modifica también el punto de partida, es decir, el año a partir del cual el derecho de separación puede comenzar a originarse, ya que la actual redacción establece que el derecho surgirá a partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad.

La redacción que ofrece la propuesta sustituye el término "a partir", por el "transcurridos", lo que supone que el derecho de separación no podrá ser ejercido en el quinto ejercicio, con respecto de los posibles beneficios del cuarto, si no que podrá ejercerse en el sexto ejercicio con respecto de los posibles beneficios del quinto.

7º) Supuestos excluidos.

La redacción actual establece únicamente como supuesto excluido de la aplicación del artículo a las sociedades cotizadas, siendo que la nueva redacción amplía dicha "exención" en la aplicación a tres supuestos más, todos ellos del ámbito concursal.

El derecho de separación del art. 348 bis no se encuentra reconocido para los socios de las siguientes sociedades, debido a la situación de descapitalización y vulnerabilidad que podría afrontar la empresa si se ejercitara dicho derecho:

a) Se encuentre en concurso de acreedores.

b) Se encuentren en alguna de las instituciones pre-concursales reconocidas en la Ley Concursal.

c) Hayan alcanzado un acuerdo de refinanciación.

VI. CONCLUSIONES

El legislador, en uno de sus momentos de lucidez jurídica, viene a presentar un derecho demandado por el colectivo de socios minoritarios afectados por las prácticas opresivas de la mayoría, aunque seguramente no hubiera sido redactado si no es por la presión de la Unión Europea. La redacción del artículo genera todas las incertidumbres que hemos desgranado y que la jurisprudencia y la doctrina

han analizado y aunque su intención fuera la de remediar los problemas, no hace más que amprarlos al añadir disposiciones como el desproporcional reparto de un tercio de las ganancias de forma indiscriminada y anualmente y aprobarlo en un contexto difícil, permitiendo así una inversión en el abuso y convirtiendo este derecho en un "chantaje de la minoría".

El Proyecto de Ley actual supone una mejora considerable respecto de la redacción actual, la cual va aportar seguridad jurídica tanto a las sociedades como a los socios a la hora que pretenden lidiar con estas situaciones muy frecuentes en la práctica; aunque centrándose en la protección de la sociedad sobre la base del orden económico general.

En esta nueva legislatura, se apuesta por una serie de parches sobre la legislación mercantil. En nuestra opinión, se debería reiniciarse los planteamientos previstos y acelerar la aprobación del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, una vez enmendado, corregido, y actualizado, ya que presenta derechos para la minoría necesarios -y otros muchos avances y actualizaciones en materia mercantil-, pero a su vez esos derechos otorgan un gran poder a este colectivo y habría que revisarlo para que la minoría no intercambie los papeles de la mayoría y se convierta en abusadora y opresora.

BIBLIOGRAFÍA

Alfaro Águila-Real, J.: "Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)", *Revista de Derecho Mercantil*, 1.996, núm 222.

Artola, G.: "El derecho de separación de los socios en caso de falta de distribución de dividendos (art. 348 bis LSC), *Boletín Quantor Contable*, 2012, núm. 102.

Brenes Cortés, J.: "Derecho de la minoría al dividendo: el controvertido art. 348 bis LSC", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, núm. 8.

Brenes Cortés, J.: "El derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos: la entrada en vigor del controvertido artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital", *Revista de Derecho Mercantil*, 2017, núm. 305.

Brenes Cortés, J.: "Nueva suspensión legal del controvertido art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital", *Justiça do Direito*, 2014, núm. 1.

Campins Vargas, A.: "Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios?", *Diario La Ley*, núm. 7824, 2012, p. 5.

Campos Vargas, A. y Alfaro Águila-Real, J.: "Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos y derecho de separación del socio en las sociedades de capital", *Liber amicorum Juan Luis Iglesias*, 2014.

García Morales, E. y Jiménez López, L.: ¿Es compatible el artículo 348 bis LSC con las restricciones al reparto de dividendos previstas en determinados contratos de financiación?, 2018, *Diario La Ley*, núm. 9150.

García Sanz, A.: "Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos", *Revista de Sociedades*, 2012, núm. 38.

García-Villarrubia, M.: "Tres cuestiones prácticas sobre cuestiones polémicas sobre el art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital", *Revista de Derecho Mercantil*, 2017, núm. 50.

Gonzalez Castilla, F.: "Reformas en materia de separación y exclusión de socios" en AA.VV.: *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto-ley 13/ 2010, Ley 2/2011, Ley 25/ 2011 y Real Decreto- ley 9/2012)*, (F. Rodríguez Artigas, I. Farrando Miguel y F. González Castilla), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2012.

Ibáñez García, I.: "Dividendos a contracorriente", *CincoDias*, 16 de febrero de 2012. Disponible en: http://cincodias.com/cincodias/ 2012/02/16/economia/ 1329508549_850215.html

Ibáñez García, I.: "Sobre el derecho obligatorio al dividendo ¡Qué barbaridad!", ¿Hay derecho?, 27 julio de 2011. Disponible en: http://hayderecho.com/2011/07/27/ sobre-el- derecho-obligatorio-al-dividendo-%C2%A1que-barbaridad/

Iraculis Arregui, N.: "La separación del socio sin necesidad de justificación por no reparto de dividendos o por la propia voluntad del socio, *Revista de derecho de sociedades*, 2014, núm. 38.

Iribas, B. y Rodríguez-Sahagún, M. A.: "El abuso de los minoritarios en las sociedades de capital", *LegalToday*, 21 de marzo 2013. http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/societario/el-abuso-de-los-minoritarios-en-las-sociedades-de-capitalJ.

Means, B.: "A Voice-Based Framework for Evaluating Claims of Minority Shareholder Oppression in the Close Corporation", *Georgetown Law Journal*, 2008, núm. 97.

Megías López, J.: "Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y de minoría" *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2014, núm. 47.

Natera Hidalgo, R.: *Fiscalidad de los contratos civiles y mercantiles: fundamentos y formularios*, CISS, Madrid, 2007.

Pulgar Ezquerra, J.: "Reparto legal mínimo de dividendos: protección de socios y acreedores (Solvency Test)", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2017 núm. 147.

Rodríguez Ruiz De Villa, D.: "El artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y los acuerdos de refinanciación", *Anuario de Derecho Concursal*, 2017, núm. 42.

Rojo-Beltrán, A.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo II, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011.

Sánchez-Calero, J.: "La ampliación del derecho de separación", *el blog de Juan Sánchez Calero Guilarte*, el 17 de junio de 2011. Disponible en: http://jsanchezcalero.com/la-ampliacion-del-derecho-de-separacion/

SILVÁN RODRÍGUEZ, F. y PÉREZ HERNANDO, I.: "Derecho de separación y dividendos: El controvertido artículo 348 bis LSC", *Diario La Ley*, 2012, núm. 7813.

URÍA, R. y MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, 2ª Edición, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2006.

LA PROVINCIA COMO INSTITUCIÓN LOCAL SUPRAMUNICIPAL EN ESPAÑA

THE PROVINCE AS A SUPRA-MUNICIPAL LOCAL INSTITUTION IN SPAIN

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 324-351

* Este trabajo se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación Sostenibilidad y competitividad urbanas en un contexto global. El área metropolitana de Valencia (CSO2013-46863-C3-1-R) y Estructura social, encuestas y elecciones (CSO2013-43054-R) financiados por la convocatoria 2013-Proyectos I+D+I-Programa estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los retos de la Sociedad del Ministerio de Economía y Competitividad.

Vicenta TASA FUSTER

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de junio de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: Las provincias como instituciones supramunicipales nacen con la organización centralista de la monarquía española en el siglo XIX. Un siglo y medio después, la creación del estado autonómico con la Constitución de 1978 podía haber abierto la posibilidad de que la organización supramunicipal fuera competencia exclusiva de las comunidades autónomas en todos los casos; sin embargo, dio lugar a cuatro modelos diferentes y dificultó innecesariamente el establecimiento de sistemas de organización institucional del territorio alternativos.

PALABRAS CLAVE: Provincia, constitución, estado autonómico, gobierno multinivel.

ABSTRACT: The provinces as supramunicipal institutions are born with the centralist organization of the Spanish monarchy in the nineteenth century. A century and a half later, the creation of the autonomous state with the 1978 Constitution could have opened the possibility that the supramunicipal organization was the exclusive competence of the autonomous communities in all cases; however, it gave rise to four different models and unnecessarily hindered the establishment of alternative territorial institutional organization systems.

KEY WORDS: Province, constitution, autonomic state, multilevel government.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA INCORPORACIÓN DE LAS PROVINCIAS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO TERRITORIAL ESPAÑOL.- III. LAS PROVINCIAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978.- IV. LAS PROVINCIAS SIN DIPUTACIONES PROVINCIALES.- V. LA PROVINCIA COMO ENTIDAD LOCAL Y LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN LA LEGISLACIÓN BÁSICA DE RÉGIMEN LOCAL.- VI. LA DIFÍCIL COEXISTENCIA DE LA PROVINCIA CON OTRAS ENTIDADES LOCALES SUPRAMUNICIPALES.-VII. LAS RELACIONES ENTRE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES. .VII. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Las provincias, como institución local supramunicipal, son una realidad fuertemente cuestionada en España por distintos sectores sociales, intelectuales y políticos. La contestación a su existencia tiene su origen en su discutible mantenimiento con carácter general en la Constitución de 1978[1].Sin embargo, la impugnación de las provincias como institución local y de sus órganos de gobierno, las diputaciones provinciales, sigue dos líneas argumentales que tienen orígenes distintos, se fundamentan en principios diferentes y persiguen objetivos potencialmente enfrentados.

Por una parte, nos encontramos a quienes afirman la artificiosidad de las provincias como entes territoriales, por ser instituciones contrarias a la tradición histórica de parte de los territorios del actual estado-nación español, argumentos relativamente frecuentes fuera de la España castellano-andaluza y muy comunes en las comunidades autónomas de la antigua Corona de Aragón (Cataluña, Comunidad Valenciana, Islas Baleares y Aragón) y en Galicia. Por otra, también son bastante frecuentes, especialmente en la España oficial madrileña, las voces que cuestionan las diputaciones provinciales afirmando que no son instituciones eficientes ni eficaces, que son entes que acaban convirtiéndose con demasiada frecuencia en instrumentos de clientelismo, de despilfarro y de mala gestión pública. Con todo, también hay que tener presente que en la España castellano-

1 Cosculluela, L.: "El debate sobre la abolición de la provincia y la reforma de las diputaciones", *Anuario de Gobierno Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2011, pp. 45-67.

• Vicenta Tasa Fuster
Doctora en Derecho Constitucional por la Universitat de València, y profesora de Derecho Constitucional de la Universitat de València y de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC). Ha realizado diversas estancias de investigación en universidades españolas y extranjeras. Actualmente forma parte, entre otros equipos de investigación, de un proyecto de estudio financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España, sobre Estructura social, encuestas y elecciones. Sus principales líneas de investigación son los derechos lingüísticos, los estudios de género y la innovación docente. Es autora de numerosos artículos académicos y monografías sobre estos temas. Correo electrónico: vicenta.tasa@uv.es

andaluza (comunidades autónomas pluriprovinciales de Castilla y León, Castilla-La Mancha, Extremadura y Andalucía, y las uniprovinciales de Murcia, Madrid y La Rioja) la provincia como demarcación territorial del estado y, en su caso, como demarcación autonómica e institución supramunicipal gozan de una aceptación muy elevada[2].

Acostumbra a ser habitual, sin embargo, que los debates sobre las provincias como realidades supramunicipales y sobre las diputaciones provinciales tengan lugar dentro de la lógica de la competición política y partidista, haciendo muy a menudo referencia al modelo de organización territorial general del estado, al debate sobre las identidades colectivas y a la organización interna de las distintas comunidades autónomas[3]. Dándose el caso de que, en ocasiones, las posiciones que se defienden y las propuestas de acción inmediata que se proponen obvian la regulación del hecho provincial en el marco legal, constitucional y estatutario vigente. De tal manera que, más allá de la confrontación partidista, en la práctica el margen de maniobra operativo para hacer desaparecer las diputaciones provinciales en las comunidades autónomas pluriprovinciales peninsulares es inexistente con la actual Constitución Española, lo que no implica que no se pueda cambiar el mapa provincial y que no se puedan llevar a cabo cambios en el sistema institucional territorial supramunicipal de cada comunidad autónoma[4], aunque estos cambios no sean necesariamente simplificadores por lo que se refiere al número de entes administrativos e instituciones políticas. Y en los debates públicos deberíamos ser conscientes y mínimamente conocedores de la realidad legal vigente, con independencia de que, a título personal, consideremos que es cada vez más evidente la crisis del sistema institucional-constitucional español de 1978 y más urgente una reforma avanzada y federal de la Constitución que remita la regulación de las instituciones supramunicipales a los estatutos de las federaciones o comunidades autónomas exclusivamente, elimine la provincia como circunscripción electoral y fundamento territorial para constituir comunidades autónomas e incluso como demarcación territorial obligatoria de las administración del estado o de la comunidad autónoma.

II. LA INCORPORACIÓN DE LAS PROVINCIAS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO TERRITORIAL ESPAÑOL

La revolución francesa y su ataque frontal al antiguo Régimen y a las estructuras feudales supondrá una radical centralización del poder político y una profunda

2 Baró, J.: "Constitucionalismo histórico y división territorial del estado: conferencia impartida el 12 de enero de 1999", en *Seminari "Catalunya, ¿vint anys d'estatut d'autonomia o sobirania?"*, Universitat Internacional de Catalunya, Barcelona, 1999, p. 34.

3 Bernadí, X. y Galán, A.: *El debate actual sobre las diputaciones provinciales: un análisis de las últimas propuestas electorales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, p. 85.

4 Bernadí, X. y Galán, A.: *El debate actual*, cit., p. 86.

reestructuración de la administración territorial del estado revolucionario francés mediante la creación de departamentos. La nueva división territorial se llevará a cabo siguiendo criterios geográficos y no históricos, con el pretexto de conseguir una mayor eficacia burocrática, aunque el objetivo último fuera diluir las antiguas fidelidades territoriales y aumentar la adhesión a la nueva república.

El centralismo político y la reorganización territorial del poder del estado hechas por los revolucionarios franceses serán adoptados como principios de acción del liberalismo español en el largo proceso de configuración del estado-nación burgués español[5]. Si bien, a diferencia del modelo francés, las propuestas de división provincial de los liberales españoles tendrán de manera genérica en cuenta las fronteras históricas de los antiguos reinos y señoríos.

Con todo, el primer intento de división provincial contemporánea del territorio europeo y canario de la Monarquía Española no lo realizaron los liberales españoles, sino José I Bonaparte el 1810, quien creó 42 precepturas. El criterio que se siguió fue el "geográfico", de acuerdo con el modelo revolucionario de Francia, tratando de ignorar las demarcaciones históricas anteriores. La guerra y las derrotas napoleónicas impidieron una mínima institucionalización de esta división.

Una década después, durante el Trienio Liberal, en 1822, se produce el segundo intento de división provincial, que crea 52 provincias y tiene como marco de referencia genérico las divisiones históricas territoriales de origen medieval. De hecho, en esta división provincial y en las siguientes, los antiguos territorios históricos serán denominados *regiones;* si bien, estas regiones únicamente tendrán un carácter emotivo y ningún valor político o administrativo[6].

Finalmente, la división provincial definitiva tendrá lugar en 1833 y será llevada a cabo por Javier del Burgo. Tuvo muy en cuenta los criterios historicistas y "regionales" de 1822; pero reestructura los límites provinciales y reduce la división territorial a 49 provincias. Desde entonces la única modificación relevante del mapa provincial se produjo en 1927 con la división de Canarias en dos provincias y la creación en 1959, y posterior pérdida o abandono, de las provincias autónomas africanas de Fernando Poo, Río Muni, Ifni y Sahara, que fueron perdidas en 1968 (independencia de Guinea Ecuatorial, estado formado por Fernando Poo y Río Muni), en 1969 (integración de Ifni en Marruecos) o abandonadas de manera ignominiosa en 1978 (Sahara). Desde 1976, el número de provincias es de 50 y su

5 Vandelli, L.: "El modelo administrativo municipal y provincial: orígenes, fundamentos, perspectivas", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1989, núm. 2, pp. 181-194.

6 Carbonell, E.: "La división del territorio en provincias y su evolución", en Chamorro, M.A., y Lozano, J. *Sobre un hito jurídico, la Constitución de 1812. Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos,* Universidad de Jaén, Jaén, 2012, pp. 537-554.

delimitación territorial se corresponde, salvo algún cambio menor, con la realizada por Javier del Burgo. La división provincial de 1833 será hasta 1978 el principal instrumento de organización territorial del control político territorial que tendrá la monarquía parlamentaria no democrática española y la dictadura franquista. El Sexenio revolucionario (1868-1874) y el breve paréntesis de la II República no alterará este esquema de estructura territorial del poder. En consecuencia, las provincias se convertirán durante más de un siglo y medio en el principal instrumento de dominio político del territorio español y de la ciudadanía, de manera a menudo obscurantista y siempre centralizada, con el que han contado los grupos sociales que han controlado las estructuras del estado español desde Madrid en beneficio preferentemente propio[7]. Y lo será, cuanto menos, hasta la institucionalización de la Monarquía constitucional de 1978, momento en el que las comunidades autónomas surgen como la institución territorial subestatal principal.

III. LAS PROVINCIAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

La ponencia de anteproyecto de Constitución presentado por la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, publicada el 5 de enero de 1978, preveía un cambio profundo, de orientación federal, en la estructura territorial de España. El título VIII, Constitución Territorial, se reservaba exclusivamente para referirse a los territorios autónomos y era en el título V, Gobierno y Administración, donde se hablaba de los municipios y las provincias. Allí se indicaba que "las provincias o, en su caso, las circunscripciones que los estatutos de autonomía establezcan mediante la agrupación de municipios, gozarán igualmente de plena personalidad jurídica y servirán de base a la organización territorial de la Administración pública, sin perjuicio de otras formas de división establecidas por la ley con este fin". El anteproyecto descartaba, así, la estructura territorial centralista tradicional de la monarquía desde el siglo XIX y apuntaba una estructura de base federal[8], al mismo tiempo que abría la posibilidad de que las provincias desaparecieran como institución local supramunicipal y pudieran ser sustituidas por formas institucionales particulares de cada comunidad autónoma.

El debate constitucional posterior a la presentación del anteproyecto, dominado por posiciones conservadoras, recupera de manera innecesaria la provincia como elemento central de la estructura territorial y llevará a que, en este aspecto, como en muchos otros, se acaben incorporando aspectos de la legislación preconstitucional, quedando la Constitución finalmente aprobada lejos de la democracia federal y más avanzada que se preveía en el anteproyecto[9].

7 Álvarez Junco, J.: *Dioses útiles. Naciones y nacionalismos,* Galaxia Guttemberg, Barcelona, 2016, p. 316.

8 Pérez Royo, J.: *La reforma constitucional inviable,* Catarata, Madrid, 2015, p. 144.

9 Pérez Royo, J.: *Curso de Derecho Constitucional,* Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 902; y Rubio Llorente, F.: *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 689.

En este sentido, la Constitución actual hace referencia en las provincias en cuatro dimensiones diferentes, política y jurídicamente relevantes[10]. En primer lugar, establece que, con carácter general, y excepción hecha de Ceuta y Melilla, la circunscripción electoral en las elecciones al Congreso de los Diputados (y en buena medida en el Senado) es la provincia (art. 68.2). En segundo, vincula la creación de autonomías a la existencia previa de provincias, cuando afirma que el derecho al autogobierno solo se podrá ejercer por provincias con entidad regional histórica o por agrupación de "provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes" (art. 143), o lo que es igual la provincia es el ente territorial necesario para que pueda crearse constitucionalmente una comunidad autónoma.

En tercero, afirma que "el estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las comunidades autónomas" (art. 137), por lo que la provincia es una demarcación territorial básica del estado. Y, en cuarto y último lugar, la Constitución, manteniendo la tradición decimonónica española, añade que "la provincia es una entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado" (art. 141.1) y sostiene que "el Gobierno y la administración autónoma de las provincias estarán encomendados a diputaciones u otras corporaciones de carácter representativo" (art. 141.2). La Constitución recuerda que, "en los archipiélagos, las islas tendrán además su administración propia en forma de *cabildos* o consejos" (art. 141.4), o lo que es igual no habrá diputaciones provinciales, sino que la entidad local supramunicipal serán las islas. Finalmente, la Constitución también afirma que "se podrán crear agrupaciones de municipios diferentes de la provincia" (art. 141.3).

Nuestro análisis se centrará en este último aspecto, el de las provincias como entidades locales supramunicipales, aunque nos parezca que en el futuro, si se contase con una Constitución federal y avanzada, sería poco justificable mantener anacronismos institucionales como que las provincias sean la base de las circunscripciones electorales, que las comunidades autónomas para existir precisen de la existencia de provincias o que las provincias sean una demarcación territorial básica del estado.

IV. LAS PROVINCIAS SIN DIPUTACIONES PROVINCIALES

El desarrollo del estado autonómico y el asentamiento del bloque de constitucionalidad (Constitución más Estatutos de Autonomía) en España producirá, paradójicamente, cuatro soluciones distintas sobre las provincias en lo que se refiere a su consideración como entes institucionales supramunicipales.

10 Bernadí, X. y Galán, A.: *El debate actual,* cit., p. 86.

Tres de ellas ajustadas al texto constitucional y una que podríamos considerar *aconstitucional.*

La primera de las soluciones, el mantenimiento de las provincias como entidades supramunicipales, gobernadas por diputaciones provinciales, se da en todas las comunidades autónomas supramunicipales, excepto el País Vasco, y suma un total de 38 provincias peninsulares (8 provincias en Andalucía, 9 en Castilla y León, 5 en Castilla-La Mancha, 2 en Extremadura, 4 en Galicia, 3 en Aragón, 3 en la Comunidad Valenciana y 4 en Cataluña). A esta realidad nos referiremos con más detenimiento en los apartados siguientes.

En las otras 12 provincias españolas, las diputaciones provinciales e instituciones similares, o han desaparecido, o han sido substituidas por otras instituciones supramunicipales.

En primer lugar, hay que tener en cuenta, en este sentido, la singularidad vasca. La disposición adicional primera de la Constitución establece que "la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía". Dicha disposición hace referencia indirecta, primero, a las dos diputaciones forales existentes en 1978, la de Navarra y Álava, que habían conservado parte de su singularidad foral histórica durante el franquismo por haber sido "provincias leales" y favorables a la rebelión militar; y, segundo, a las provincias de Vizcaya y Guipúzcoa, cuyos órganos forales habían sido suprimidos por el franquismo por haber sido "provincias rebeldes" [11].

El Estatuto de Autonomía del País Vasco de 1979 afirma en su artículo 3 que los territorios históricos podrán "conservar o, en su caso, restablecer y actualizar su organización e instituciones privativas de autogobierno" y, posteriormente, reconoce la especificidad del régimen jurídico de los órganos forales de los territorios históricos (art. 37.1), que lo dispuesto en el estatuto no podrá alterar "la naturaleza del régimen foral específico o de las competencias" de cada territorio histórico (art. 37.2) y afirma que, en todo caso, los territorios históricos tendrán competencias exclusivas en "organización, régimen y funcionamiento de sus propias instituciones; elaboración y aprobación de sus presupuestos; demarcaciones territoriales de ámbito supramunicipal que no excedan los límites provinciales; régimen de los bienes provinciales y municipales, tanto de dominio público como patrimoniales o de propios y comunales; régimen electoral municipal y todas aquellas que se especifiquen en el presente Estatuto o que les sean transferidas" (art. 37.3). Y, además, corresponderá a los territorios históricos

11 Tajadura, J.: "Constitución y derechos históricos: legitimidad democrática frente a legitimidad histórica", *Teoría y Realidad Constitucional*, 2008, núm. 22, pp. 137-192.

"el desarrollo normativo y la ejecución, dentro de su territorio, en las materias que el Parlamento Vasco señale" (art. 37.4).

Con todo, la norma básica para entender la composición de la comunidad autónoma vasca como una federación de territorios autónomos es la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de relaciones entre las instituciones comunes de la comunidad autónoma y los órganos forales de sus territorios históricos, aprobada por el Parlamento Vasco. A través de esta ley se articula tanto el reconocimiento de los derechos históricos de los territorios, sus competencias propias, las competencias delegadas por la comunidad autónoma, y el sistema de cooperación entre el Gobierno Vasco y los territorios históricos, que son –hay que recordarlo– sujetos de autogobierno según el Estatuto de Autonomía vasco; estableciendo un alto grado de autonomía de los territorios, pero manteniendo la preeminencia política e institucional de las instituciones autonómicas[12].

De este modo, en puridad, la comunidad autónoma del País Vasco se asemeja más a una federación de entidades con autogobierno o "una especie de intercomunidad o comunidad de comunidades" [13]que al resto de comunidades autónomas. Es cierto que el Parlamento Vasco, de carácter autonómico, es la única institución con capacidad de hacer leyes y que el Gobierno Vasco tiene preminencia ejecutiva; pero también es cierto que buena parte de las competencias de la comunidad autónoma vasca, que deberían ser ejecutadas por el Gobierno Vasco y gestionadas por su administración, han sido delegadas a los territorios históricos de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava, y que son reguladas por las juntas generales de cada territorio, ejecutadas por sus respectivos órganos de gobierno y administradas por las administraciones territoriales. En consecuencia, las diputaciones forales de los territorios históricos son instituciones más cercanas en sus competencias a los órganos de gobierno de las autonomías uniprovinciales que a las diputaciones provinciales ordinarias [14].

En las seis comunidades autónomas uniprovinciales peninsulares (Asturias, Cantabria, La Rioja, Navarra, Madrid y Murcia), de manera *aconstitucional* o si se prefiere no prevista específicamente en la Constitución, las provincias como realidad institucional local supramunicipal serán suprimidas cuando sus respectivas diputaciones provinciales y las competencias propias de esta institución local sean incorporadas al gobierno autonómico, en aplicación del artículo 9 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del proceso autonómico. Este artículo afirma, en su apartado primero, que "en las comunidades autónomas uniprovinciales que se

12 Tajadura, J.:"Constitución y derechos históricos:", cit., pp. 137-192.

13 Clavero, B.: "El acceso a la autonomía de territorios históricos: las comunidades forales", *Revista de Estudios Políticos*, 1985, núm. 46-47, pp. 91-109.

14 Fundación ¿Hay Derecho?: *Coste y utilidad de las diputaciones provinciales: claves para un debate necesario*, Fundación ¿Hay Derecho?, 2016, p. 181.

constituyan, la diputación provincial quedará integrada en ellas con los siguientes efectos: *a*) una vez constituidos los órganos de representación y gobierno de la comunidad autónoma o en el momento que establezcan los respectivos estatutos, quedarán disueltos de pleno derecho los órganos políticos de la diputación; *b*) la Administración provincial quedará totalmente integrada en la Administración autonómica: *c*) La comunidad autónoma, además de las competencias que le correspondan según su estatuto, asumirá la plenitud de las competencias y de los recursos que en el régimen común correspondan a la diputación provincial; y *d*) la comunidad autónoma se subrogará en las relaciones jurídicas que deriven de las actividades anteriores de la diputación provincial", y añade en el apartado segundo que "las comunidades autónomas uniprovinciales tendrán además el carácter de corporación representativa a que se refiere el artículo 141, 2, de la Constitución".

Tampoco existen las diputaciones provinciales, ni las provincias son realidades institucionales supramunicipales, en las tres provincias insulares. El artículo 141.4 de la Constitución establece que "en los archipiélagos, las islas tendrán además su administración propia en forma de cabildos o consejos". En consecuencia, en la provincia balear las entidades locales supramunicipales son las islas o agrupaciones de islas, que están gobernadas por los cuatro consejos insulares de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera (Ortega, 2002); mientras que, en las dos provincias canarias, las instituciones supramunicipales son los siete cabildos insulares de El Hierro, Fuerteventura, Gran Canaria, La Gomera, La Palma, Lanzarote y Tenerife. La isla de La Graciosa, al formar parte del ayuntamiento de Teguise, depende del cabildo insular de Lanzarote (Sarmiento, 1992).

V. LA PROVINCIA COMO ENTIDAD LOCAL Y LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN LA LEGISLACIÓN BÁSICA DE RÉGIMEN LOCAL

Al margen de estos tres sistemas particulares, quedan las 38 provincias que forman parte de nueve comunidades autónomas pluriprovinciales peninsulares, y donde las diputaciones provinciales son, por imperativo constitucional, instituciones de gobierno local supramunicipal, que no pueden ser suprimidas o modificadas a iniciativa de las comunidades autónomas como ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[15].

La legislación básica estatal sobre régimen local no ha hecho más que desarrollar el marco normativo fijado en la Constitución, reiterando los principios y los fundamentos estructurales recogidos en la Constitución y delimitando las funciones y competencias mínimas y las generales de las diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares. Han quedado al margen de esta legislación, las

15 Cosculluela, L.: "El debate sobre la abolición de la provincia y la reforma de las diputaciones", *Anuario de Gobierno Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2011, pp. 45-67.

provincias de las comunidades autónomas uniprovinciales y los territorios forales de la Comunidad Autónoma del País Vasco[16].

En este sentido, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local establecerá, en los mismos términos que la Constitución, que la provincia es una entidad local territorial, como también lo son el municipio y la isla en los archipiélagos balear y canario (art. 3.1). Asimismo, en la ley, de acuerdo con el artículo 141.3 de la Constitución, se hará referencia a las otras entidades locales supramunicipales que, además de las provincias, puedan crearse; siendo estas "las comarcas u otras entidades que agrupen algunos municipios, instituidas por las comunidades autónomas", las áreas metropolitanas, y las mancomunidades de municipios (art. 3.2).

Del mismo modo, la ley reitera lo ya recogido en la Constitución, cuando recuerda que la provincia goza de la misma autonomía que los municipios para la gestión de sus intereses (art. 1.2) y que la legislación del estado y la de las comunidades autónomas deberá respetar esta autonomía con carácter general y en todas las circunstancias (art. 2.1).

La provincia sería, según la ley, una entidad local territorial determinada "por la agrupación de municipios, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines" (art. 31.1). De manera genérica, la provincia tendrá como finalidad principal y específica garantizar los principios de solidaridad y equilibrio intermunicipales y por ello, de acuerdo con el artículo 31.2 de la ley, deberá asegurar "la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal" y "participar en la coordinación de la administración local con la de la comunidad autónoma y la del estado". Finalmente, la Ley de bases de régimen local recuerda que "el gobierno y la administración autónoma de la provincia corresponden a la diputación u otras corporaciones de carácter representativo" (art. 31.3).

En los artículos 32-35, se regula los órganos de gobierno de las diputaciones, siendo estos la presidencia, vicepresidencias y pleno; e, igualmente, se establecen sus obligaciones y organización básica.

Las competencias de las diputaciones también están especificadas en la ley de bases de 1985, pero hay que tener en cuenta que en la gestión habitual de los servicios las instituciones locales, tanto ayuntamientos como diputaciones provinciales, habían incorporado competencias "impropias" y llevaban a cabo políticas públicas sin tener competencia para ello. La Ley 27/2013, de 27 de

16 Zafra, V.: "La provincia: lo importante no es el nombre, lo importante es la función. Intermunicipalidad en el Estado autonómico", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2012, núm. 27, pp. 66-83.

diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, trató de acabar con esta práctica y delimitó estrictamente las competencias de las instituciones locales a aquellas que les son propias y a las atribuidas por delegación del estado o la comunidad autónoma[17].

De este modo, la Ley 27/2013 modificó el artículo 7 de la ley de bases de régimen local que para afirmar que "las competencias de las entidades locales son propias o atribuidas por delegación" (art. 7.1) y restringir profundamente la competencias "impropias", fijando que "las entidades locales sólo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración pública. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias. En todo caso, el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del estado y de las comunidades autónomas" (art. 7.4).

Más interés tiene, para nuestro estudio, el artículo 36 que se refiere a las competencias propias de las diputaciones. Dejando al margen todas aquella que puedan serles atribuidas por las leyes estatales o autonómicas, las competencias exclusivas de las diputaciones son de dos tipos. En primer lugar, las que carácter específico: "la coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada a que se refiere el apartado a) del número 2 del artículo 31 [asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal]" (art. 36.1.a) y "la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión" (art. 36.1.b).

Para la ejecución de estas competencias las diputaciones deberán aprobar "anualmente un plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal, en cuya elaboración deben participar los municipios de la provincia. El plan, que deberá contener una memoria justificativa de sus objetivos y de los criterios de distribución de los fondos, podrá financiarse con medios propios de la diputación, las aportaciones municipales y las subvenciones que acuerden la comunidad autónoma y el estado con cargo a sus respectivos presupuestos. Sin perjuicio de las competencias reconocidas en los estatutos de autonomía y de las

17 Salazar, O.: "La autonomía local devaluada: la dudosa «racionalidad» de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local", *Teoría y Realidad Constitucional,* 2014, núm. 34, pp. 369-394.

anteriormente asumidas y ratificadas por éstos, la comunidad autónoma asegura en su territorio la coordinación de los diversos planes provinciales de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 de esta ley" (art. 36.2.a). Una coordinación autonómica que requerirá una norma de rango de ley, mediante la definición concreta y en relación con una materia, servicio o competencia determinados de los intereses generales o comunitarios, a través de planes sectoriales para la fijación de los objetivos y la determinación de las prioridades de la acción pública en la materia correspondiente; debiendo la ley precisar, con el suficiente grado de detalle, las condiciones y los límites de la coordinación, así como las modalidades de control que se reserven las asambleas legislativas autonómicas (art. 59).

El segundo tipo de competencias son de carácter genérico e inconcreto. "La prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal" (art. 36.1.c) y "en general, el fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia" (art. 36.1.d).

Finalmente, el art. 37 de la ley hace referencia a la posibilidad de delegar competencias estatales o autonómicas en las diputaciones provinciales u órganos similares.

VI. LA DIFÍCIL COEXISTENCIA DE LA PROVINCIA CON OTRAS ENTIDADES LOCALES SUPRAMUNICIPALES

Según el Padrón de 2016 del INE, el 90,7% de los 8.124 municipios españoles tienen menos 10.000 habitantes y suman el 21,1% de la población; realidad que se agrava si tenemos en cuenta que el 59,2% de los municipios tienen menos de 1.000 habitantes y en ellos vive únicamente el 3,2% de la población. Teniendo en cuenta la desigual distribución de la población en España y el elevado número de municipios con escasísima población, entre las voces que cuestionan la necesidad de la existencia de las diputaciones provinciales y de las provincias como instituciones supramunicipales no se discute la necesidad de que haya mecanismos estables para ayudar a las localidades con menos población y recursos a gestionar su territorio y competencias.

Las alternativas que platean de la supresión de las diputaciones provinciales por considerarlas instituciones ineficaces y despilfarradoras tienden a proponer que se lleven a cabo agrupaciones generalizadas de municipios, que las comunidades autónomas asuman las competencias de las diputaciones o que, voluntariamente, los ayuntamientos colaboren entre sí, a través de mancomunidades de bienes y servicios[18]. Por el contrario, las alternativas que pretenden la supresión de las

18 Rodríguez, R.: *Territorio y gobierno local en España: un planteamiento de reestructuración por fusión como realidad necesaria*, Cizur Menor Civitas, Madrid, 2005, p. 162.

diputaciones y las provincias porque no se corresponden con las demarcaciones históricas territoriales de la comunidad autónoma, tienden a proponer su substitución por otras realidades supramunicipales de carácter general[19], que pueden se complementarias con la existencia de comarcas, mancomunidades voluntarias y áreas metropolitanas.

Como hemos visto, el artículo 141.3 de la Constitución afirma que "se podrán crear agrupaciones de municipios diferentes de la provincia". Sobre esta base, la Ley de bases del régimen local distinguirá tres procedimientos diferentes según que se pretenda crear comarcas u otras entidades semejantes, áreas metropolitanas o mancomunidades de municipios.

Así, en lo referente a las comarcas o entidades similares, la ley de bases de régimen local sostiene que "las comunidades autónomas, de acuerdo con lo dispuesto en sus respectivos estatutos, podrán crear en su territorio comarcas u otras entidades que agrupen varios municipios, cuyas características determinen intereses comunes precisados de una gestión propia o demanden la prestación de servicios de dicho ámbito" (art. 42.1). Sin embargo, si las comunidades autónomas no han establecido demarcaciones comarcales, la ley contempla que la iniciativa de creación de comarcas pueda corresponder a los municipios; precisando que no se podrá crear una comarca si se oponen las dos quintas partes de los municipios que podrían formar parte de la comarca, siempre que estos municipios representan la mitad o más del censo electoral del territorio correspondiente (art. 42.2). Por otro lado, cuando la comarca agrupe a municipios de más de una provincia, será necesario el informe favorable de las respectivas diputaciones provinciales para su creación (art. 42.2).

En otro orden de cosas, las posibles leyes autonómicas de comarcalización tendrán que determinar el ámbito territorial de la comarca, los órganos de gobierno representativo, y las competencias y recursos económicos que se asignan a la institución (art. 42.3); teniendo en cuenta que "la creación de las comarcas no podrá suponer la pérdida por los municipios de la competencia para prestar los servicios" que la propia ley de bases establece para los distintos ayuntamientos, en función de su población. (art. 42.4).

No entraremos aquí a describir la naturaleza de estos servicios, pero si afirmaremos que la propia ley de bases es consciente de la imposibilidad que tienen muchos ayuntamientos de cumplir con dichas obligaciones, ya que afirma que "los municipios podrán solicitar de la comunidad autónoma respectiva la dispensa de la obligación de prestar los servicios mínimos que les correspondan según

19 Franquet, J.M.: *Un modelo racional de organización territorial: aplicación a Cataluña*, Universitat Internacional de Catalunya, Barcelona, 2008, p. 768.

lo dispuesto en el número anterior cuando, por sus características peculiares, resulte de imposible o muy difícil cumplimiento el establecimiento y prestación de dichos servicios por el propio ayuntamiento" (art. 26.2) y prevé la asistencia de las diputaciones a los municipios para el "establecimiento y adecuada prestación de los servicios públicos mínimos" (art. 26.3).

Hay comunidades autónomas que, en sus estatutos de autonomía, hacen referencia a las comarcas, sin que hayan llevado a cabo ninguna iniciativa para institucionalizarlas, como es el caso de la Comunidad Valenciana, entre otras. Asimismo, hay otras comunidades que han legislado sobre divisiones territoriales comarcales con la intención de establecer distritos administrativos, como son los casos de Galicia, Cantabria o Asturias[20].

Sin embargo, únicamente en cuatro comunidades autónomas se han establecido legalmente comarcas como instituciones supramunicipales con competencias y órganos de gobierno. La primera fue Cataluña que, con la Ley 22/1987, de 16 de diciembre, por la que se establecen la división y la organización comarcales de Cataluña y sobre la elección de los consejos comarcales, recuperó la distribución comarcal de Catalunya de 1936, suprimida por el totalitarismo franquista; sin bien, posteriormente, en 1988, 1990 y 2015 ha realizado modificaciones a su legislación comarcal, modificando el número de comarcas. Actualmente, Cataluña tiene 41 comarcas, constituidas con características similares en lo que se refiere a competencias y órganos de gobierno, y una comarca considerada territorio de régimen especial, con un sistema de gobierno y competencias propio, el Valle de Arán. El régimen singular aranés se reconoció mediante la Ley 16/1990, de 13 de julio, sobre régimen especial del Valle de Arán, actualmente derogada y substituida por la Ley 1/2015, de 5 de febrero, del régimen especial de Arán. Se puede afirmar, por lo tanto, que, en cierto modo, desde 1990, el Valle de Aran tiene un sistema de semiautonomía dentro de la comunidad autónoma de Cataluña, atendiendo a su singularidad lingüística y social.

La segunda comunidad autónoma que legisló una división comarcal de su territorio fue Aragón, a través de la Ley 10/1993, de 4 de noviembre, de comarcalización de Aragón y de la Ley 8/1996, de 2 de diciembre, de delimitación comarcal de Aragón. La legislación comarcal aragonesa ha conocido un proceso de modificaciones y ajustes continuado, que finalizó con la promulgación de la Ley de comarcalización de Aragón de 2006, mediante el Decreto Legislativo 1/2006, de 27 de diciembre, por la que se aprueba el texto refundido de la Ley de comarcalización de Aragón. Desde ese momento, existen en Aragón 33 comarcas constituidas con órganos de gobierno y competencias similares.

20 Membrano, J.C.: "Entes territoriales de escala comarcal en la Administración local española", *Documents d'Anàlisi Geogràfica*, vol. 62/2. 2016, pp. 347-371.

En el territorio histórico de Álava, en la comunidad autónoma del País Vasco, la Norma foral 63/1989, de 20 de noviembre, de cuadrillas, promulgada por las Juntas Generales de Álava, dividió el territorio alavés en 7 comarcas, que reciben la denominación de *cuadrillas,* estableciendo también los órganos de gobierno (juntas de cuadrillas) y competencias propias.

Finalmente, en 1991, mediante la Ley 1/1991, de 14 de marzo, que crea y regula la comarca de El Bierzo en Castilla y León. Esta es la única existente en esa comunidad autónoma, que agrupa 38 municipios de la provincia de León, con una singularidad social, histórica y lingüística notable.

Sobre las áreas metropolitanas, que pueden ser territoriales o funcionales, la Ley de bases de régimen local hace depender estas entidades exclusivamente de la voluntad de las comunidades autónomas, a través de una ley propia, "previa audiencia de la administración del estado y de los ayuntamientos y diputaciones afectados", correspondiendo también a las comunidades autónomas regular sus órganos de gobierno y funcionamiento (art. 43). En general la legislación autonómica sobre régimen local hace referencia a la realidad metropolitana en la mayoría de las ocasiones; sin embargo, en la práctica, las comunidades autónomas o han suprimido algunas de las existentes o no las han llegado a crear, generalmente por intereses partidistas[21].

En este sentido, aunque de acuerdo con el documento Áreas urbanas +50 del Ministerio de Fomento 2017[22] hay en España 85 grandes áreas urbanas donde vive el 68% de la población española, que van de las dos más grandes (más de 5 millones de personas) a las más pequeñas (entre 50.000 y 100.000 habitantes); sin embargo, en términos reales y oficiales únicamente hay tres entidades metropolitanas en toda España oficialmente inscritas en el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en 2018. Una, el Área Metropolitana de Barcelona, tiene carácter territorial y agrupa 36 municipios, a más de 3,2 millones de personas y tiene competencias en política social, territorio y urbanismo, transporte, gestión de residuos, agua, medio ambiente, vivienda e infraestructuras, entre otras de acuerdo con la Ley 31/2010, de 27 de julio de 2010, sobre el Área Metropolitana de Barcelona. Las otras dos entidades metropolitanas son funcionales, la Entidad Metropolitana para el Tratamiento de Residuos del área metropolitana de Valencia y la Entidad Metropolitana de Recursos Hidráulicos del área metropolitana de Valencia, que son áreas metropolitanas funcionales para la gestión se servicios públicos muy concretos, agrupan 45 y 51 municipios respectivamente, y fueron creadas por la Ley 2/2001, de 11 de mayo de creación y gestión de áreas metropolitanas de la Comunidad Valenciana.

21 Argullol, E.: *L'organització territorial de Catalunya: una perspectiva jurídica,* Empúries, Barcelona, 1986, p. 175.

22 Ministerio de Fomento: Áreas urbanas en España 2017, Ministerio de Fomento, Madrid, 2017, p. 34.

Finalmente, las mancomunidades de municipios, según la Ley de bases de régimen local, se crean a iniciativa de los municipios que lo desean "para la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia" (art. 44.1) y corresponde en las mancomunidades elaborar sus estatutos y órganos de gobierno representativos (art. 44.2); habiendo sido los proyectos de estatutos informados por las diputaciones provinciales interesadas y votados favorablemente por todos los plenos de los municipios de la mancomunidad (art. 44.3). Existen, en 2018, según el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 973 mancomunidades en toda España, con objetivos y magnitudes muy diversas, en la mayoría de los casos para la coordinación de servicios entre ayuntamientos.

VII. LAS RELACIONES ENTRE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES

La convivencia entre las comunidades autónomas y las diputaciones provinciales no siempre es fácil. Al menos, como hemos dicho, en aquellas comunidades autónomas en las que el cuestionamiento de la provincia como institución supramunicipal es elevado.

En términos generales, los principios básicos que deben regir las relaciones entre las diferentes administraciones están expuestos de manera genérica en la Constitución. Así, en el artículo 137, se afirma que municipios, provincias y comunidades autónomas tienen "autonomía para la gestión de sus respectivos intereses" y en el artículo 103.1 que establece que "la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación".

Así pues, en esencia, las relaciones entre diputaciones provinciales y comunidades autónomas estarán condicionadas, en primer lugar, por el principio de autonomía, que comporta la existencia de competencias y funciones propias de cada institución, y, de manera secundaria, por los principios de descentralización y coordinación. Y por descentralización, en la redacción de la Constitución, habría que entender tanto la delegación de competencias propias de las autonomías a las diputaciones provinciales como la descentralización de funciones y servicios; mientras que, por coordinación la asunción, de hecho, por las comunidades autónomas de competencias de las diputaciones.

La Ley de bases de régimen local recordará el principio de autonomía de cada institución cuando, en el artículo 55.a, afirme que "para la efectiva coordinación ... las administraciones del estado y de las comunidades autónomas, por una parte, y las entidades locales, de otra, en sus relaciones recíprocas deberán respetar el ejercicio legítimo por las otras administraciones de sus competencias y las consecuencias que se deriven". Este es el principio que limita y jerarquiza el

recurso de los principios de descentralización y coordinación por los diferentes niveles de gobierno[23].

1. La delegación y la descentralización de funciones y competencias de las comunidades autónomas hacia las diputaciones provinciales

Por lo que respecta a la delegación, la Ley de bases de régimen local establece, como hemos visto, en el artículo 7.1 que "las competencias de las entidades locales son propias o atribuidas por delegación". Asimismo, en el artículo 8, hace referencia a técnicas de descentralización administrativa cuando mantiene que "las provincias y las islas podrán realizar la gestión ordinaria de servicios propios de la administración autonómica, de conformidad con los estatutos de autonomía y la legislación de las comunidades autónomas".

Del mismo modo, la Ley de bases especifica que "el estado y las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, podrán delegar en las entidades locales el ejercicio de sus competencias. Las competencias delegadas se ejercen en los términos establecidos en la disposición o en el acuerdo de delegación, según corresponda, con sujeción a las reglas establecidas en el artículo 27, y preverán técnicas de dirección y control de oportunidad y eficiencia" (art. 7.3). Si bien, dicho artículo 27 sólo afecta a las delegaciones de competencias hechas a los municipios.

En todo caso, las competencias delegadas o el ejerció de la descentralización de servicios en determinadas iniciativas públicas de las comunidades autonómicas han de estar estrictamente delimitadas legalmente y controladas, en última instancia, por la institución delegante, la comunidad autónoma.

De hecho, las prácticas de descentralización de servicios en las diputaciones, sin estar generalizada, suele ser frecuente, especialmente cuando el gobierno autonómico y la diputación provincial está gobernada por la misma fuerza política o coalición. Sin embargo, son prácticamente inexistentes las técnicas de delegación de competencias propias de las comunidades autónomas hacia las diputaciones[24].

2. La coordinación de funciones y competencias de las diputaciones por las comunidades autónomas

Cuando "las actividades o los servicios locales trasciendan el interés propio de las entidades, e incidan o condicionen relevantemente el interés de otras

23 Salvador, M.T.: "La provincia ante una nueva encrucijada: la reforma de la legislación básica y de los estatutos de autonomía", *Revista de Estudios Locales*, 2006, núm. 1, pp. 41-59.

24 Muñoz, M.D.: "Recopilación legislativa sobre las diputaciones provinciales", *Boletín de Estudios Giennenses*, 2013, núm. 207, pp. 59-94.

administraciones" (art. 10.2 de la ley de bases), para asegurar la coherencia de la actuación de las administraciones públicas, "las leyes del estado y las de las comunidades autónomas, reguladoras de los diferentes sectores de la acción pública, podrán atribuir al Gobierno de la Nación, o al Consejo de Gobierno [autonómico], la facultad de coordinar la actividad de la administración local y, especialmente, de las diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias. La coordinación se realizará mediante la definición concreta y en relación con una materia, servicio o competencia determinados de los intereses generales o comunitarios, a través de planes sectoriales para la fijación de los objetivos y la determinación de las prioridades de la acción pública en la materia correspondiente" (art. 59.1). Y añade, después, "la ley deberá precisar, con el suficiente grado de detalle, las condiciones y los límites de la coordinación, así como las modalidades de control que se reservan las Cortes Generales o las correspondientes asambleas legislativas [autonómicas]" (art. 59.2).

Las ocho comunidades autónomas peninsulares pluriprovinciales han regulado la coordinación de competencias y funciones de las diputaciones provinciales por parte de los órganos de gobierno de las comunidades autónomas[25]. Sin embargo, no todas lo han hecho de manera similar. Teniendo en cuenta la legislación vigente, cabe advertir que cinco comunidades autónomas llevan a cabo una regulación genérica de los criterios de coordinación y remiten a leyes o decretos, según los casos, para determinar las materias que pudieran ser coordinadas; así la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, la Ley 1/1998, de 4 de junio, de régimen local de Castilla y León, la Ley 8/1989, de 15 de junio, de delimitación y coordinación de las competencias de las diputaciones provinciales de Galicia, y la Ley 5/1990, de 30 de noviembre, de relaciones entre las diputaciones provinciales y la comunidad autónoma de Extremadura.

Por su parte la Ley 2/1983, de 4 de octubre, por la que se declaran de interés general para la Comunidad Valenciana determinadas funciones propias de las diputaciones provinciales establecía que eran de interés comunitario y materia de coordinación funciones de las diputaciones en el ámbito de la ordinación del territorio, urbanismo, caminos y vías locales y comarcales, construcción y explotación de ferrocarriles, autobuses, tranvías y trolebuses interurbanos, producción y suministro de energía eléctrica y abastecimiento de aguas, encauzamiento y rectificación de cursos de agua, construcción de pantanos y canales de riego, desecación de terrenos pantanosos, agricultura, ganadería, riqueza forestal, protección de la naturaleza, industria, instituciones de crédito popular agrícola, de crédito municipal, cajas de ahorro, cooperativas y fomento de seguros sociales, ayudas al desempleo, creación de establecimientos de

25 Muñoz, M.D.: "Recopilación legislativa", cit., pp. 59-94.

beneficencia, sanidad e higiene, instituciones de protección y ayuda de menores, jóvenes, emigrantes, tercera edad, minusválidos y demás grupos o sectores sociales requeridos de especial protección, difusión de la cultura, en todos sus aspectos, cooperación y asistencia jurídica, económica y técnica a los municipios o los planes provinciales de obras y servicios (art. 2.1). Y, posteriormente, afirmaba que el gobierno autonómico asumiría la coordinación de las funciones provinciales sobre las materias anteriormente enumeradas cuando la actividad de una diputación pueda tener efectos que excedan del ámbito territorial provincial y siempre que el ejercicio de las competencias provinciales sobre tales materias afecte a servicios o competencias propios de la Comunidad Valenciana (art. 2.2).

De manera similar, el art. 6 de la Ley 2/1991, de 14 de marzo, de coordinación de diputaciones de la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha regula un sistema de materias de interés comunitario que pueden ser objeto de coordinación por el Gobierno Castellano-Manchego prácticamente idéntico al de la ley valenciana[26].

Con todo, sin duda, ha sido la comunidad catalana la que ha mantenido una actitud más beligerante contra las provincias y las diputaciones provinciales. En Cataluña la provincia como entidad local, y también como elemento de la organización territorial del poder del estado, ha contado en la actual democracia con la oposición de las mayorías parlamentarias autonómicas catalanas que defendían posiciones contrarias a la división provincial de Cataluña de 1833 y a que las diputaciones provinciales tuvieran competencias propias. Por ello, poco después de promulgado el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979, el Parlamento de Cataluña aprueba la Ley 6/1980, de 17 de diciembre, de transferencia urgente y plena de las diputaciones catalanas a la Generalitat de Catalunya, que pretendía, en esencia, vaciar de competencias propias y delegadas por el estado a las diputaciones provinciales catalanas y que las mismas fueran asumidas en su totalidad por el Gobierno catalán autonómico; convirtiendo, de hecho, a las diputaciones provinciales catalanas en instituciones prácticamente sin competencias ni funciones. Sin embargo, buena parte del articulado de la ley (artículos 1, 2, 3, 5 y 9), y las disposiciones transitorias 1 y final 2, fueron declarados inconstitucionales y nulos por STC 40/1984, de 28 de julio, y la ley en sus propósitos últimos perdió efectividad y valor.

La mayoría parlamentaria catalana expresará su frustración por el mantenimiento de las diputaciones provinciales y la imposibilidad de substituirlas exclusivamente por entidades locales supramunicipales propias (comarcas y veguerías) en la Ley 5/1987, de 4 de abril, del régimen provisional de las competencias de las diputaciones provinciales. Esta ley afirma en su preámbulo que la división provincial ha sido siempre considerada como un elemento ajeno en la estructura territorial

26 Muñoz, M.D.: "Recopilación legislativa", cit., pp. 59-94.

de Cataluña, ya que su estructura histórica previa a los Decretos de Nueva Planta, eran las veguerías y por eso la supresión de la división provincial ha sido siempre una reivindicación de buena parte de las fuerzas políticas catalanas.

La ley catalana será consciente de que la Constitución del 1978 sostiene la provincia como organización territorial del estado y entidad local supramunicipal, a la vez que la jurisprudencia constitucional (STC 40/1984, antes citada) abría la posibilidad de avanzar en las soluciones propias catalana mediante la modificación de la realidad provincial catalana. De igual manera, la ley será consciente de que el Estatuto de Autonomía catalán conminaba a crear comarcas como entes catalanes locales supramunicipales y que la Generalitat catalana tiene la voluntad de ejercer la competencia exclusiva en materia de organización territorial y régimen local, con la limitación de poder regular la provincia como ente local. Por este motivo, el preámbulo de la ley afirma que "la única solución idónea y realmente efectiva desde el punto de vista de la simplificación administrativa debe pasar necesariamente por la existencia en Cataluña de un único nivel local supramunicipal y se afirma que con la ley se opta por avanzar en la dirección "de convertir Cataluña en comunidad autónoma uniprovincial, para que las actuales diputaciones se integren en las instituciones de autogobierno de Cataluña, una vez se haya establecido la organización comarcal". Para sostener, finalmente, que en el futuro se crearán regiones o demarcaciones supracomarcales que deben constituir "la división básica para la organización territorial de los servicios de la Administración de la Generalitat".

Hecha esta consideración la ley analiza la regulación de competencias de la Ley de bases de régimen local y concluye que solo se hace "un reconocimiento competencial específico de la provincia en materia de asistencia y cooperación jurídica, técnica y económica a los municipios, que se instrumenta esencialmente por medio de los planes de obras y servicios y en la función subsidiaria de garantía de los servicios municipales" y dicho esto afirma que la ley "hace perfectamente constitucionales tanto las opciones que restringen el papel de la provincia a estas funciones, como aquellas otras que eventualmente lo amplían por la vía de la legislación sectorial". Partiendo de este análisis, se defenderá el nivel más elevado de coordinación de las funciones de las diputaciones provinciales por parte de la Generalitat catalana y la restricción de las provincias a las competencias y funciones mínimas reguladas en la Ley de bases estatal. Sobre estos fundamentos, la ley catalana pretenderá, de manera inmediata, reducir las competencias de las diputaciones a la mínima expresión y desarrollar una organización supramunicipal a través de las comarcas[27]; mientras que la solicitud de una provincia única catalana quedará pendiente de futuras iniciativas políticas.

27 Esteve, J.: "La experiencia provincial en Cataluña", en Fundació Carles Pi i Sunyer, *La provincia en el Estado de las autonomías*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Diputació de Barcelona, Marcial Pons, Barcelona, 1996, pp. 11-39.

Paralelamente, habrá una regulación de la estructura comarcal propia a través de la Ley catalana 6/1987, de 4 de abril, sobre la organización comarcal de Cataluña. Una estructuración territorial que contó con poca oposición en su consideración general y con el cuestionamiento de algunos límites comarcales, motivo por el que ha sido modificada posteriormente en varias ocasiones, como ya hemos visto, para redefinir los límites comarcales o crear nuevas comarcas. Actualmente, hay 41 comarcas y un territorio con un régimen especial, el Valle de Aran. Los órganos de gobierno son los consejos comarcales, y el aspecto más complejo ha sido la determinación de las competencias comarcales sin afectar negativamente la autonomía municipal y teniendo en cuenta que las diputaciones provinciales, aunque reducidas en sus competencias ejecutivas, seguían existiendo. La solución de la ley catalana de comarcas ha sido permitir un proceso de transferencia basado en los principios de voluntariedad y de colaboración entre los municipios y la comarca respectiva, a través de técnicas de delegación y convenios para que la comarca gestione competencias municipales, y solo muy excepcionalmente se ha establecido la delegación obligatoria de las competencias municipales a los entes comarcales. El resto de competencias comarcales tendrán su origen en la descentralización de competencias y servicios de las diputaciones provinciales o de la Generalitat.

Complementando a esta norma, en los años siguientes, la Generalitat catalana aprobó diversas leyes para transferir competencias de las diputaciones a la Generalitat y, ocasionalmente, a los órganos comarcales. Así, la Ley 26/1991, de 13 de diciembre, de transferencia de competencias de las diputaciones provinciales a la Generalitat de Cataluña y a los consejos comarcales en materia de servicios y asistencia social, la Ley 27/1991, de 13 de diciembre, de transferencias de competencias de las diputaciones provinciales a la Generalitat de Cataluña en materia agraria y forestal, o la Ley 11/1993, de 22 de octubre, de competencias de las diputaciones provinciales a la Generalitat de Cataluña en materia de juventud.

Dos décadas después, cuando las fuerzas políticas catalanas mayoritarias ya habían abandonado la idea de una única provincia catalana, el Parlamento de Cataluña, de acuerdo con los artículos 90 y 91 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, aprobará la Ley 30/2010, de 3 de agosto, de veguerías, por la que se anunciaba la creación siete veguerías en Cataluña que integrarían a todas las comarcas; si bien se mantenía el régimen especial del Valle de Aran y esta comarca no se integraba en ninguna veguería, aunque lo pudiera hacer de manera voluntaria en el futuro en la veguería del Alto Pirineo. Las veguerías asumirían al mismo tiempo, de forma bastante discutible y problemática, la administración periférica de la Generalitat y la administración local supramunicipal con las funciones y competencias que continuaban ostentando las diputaciones provinciales. La ley conminaba en las provincias a desaparecer como entidades locales y a las

diputaciones provinciales a pasar a convertirse en consejos de veguería. Sin embargo, en la medida en que la ley catalana pretendía crear con las veguerías unas instituciones a medio camino de los territorios históricos vascos y de las provincias, pero con límites provinciales diferentes a los existentes hasta entonces, quedando a la espera de la realización de modificaciones en leyes orgánicas del estado sobre los límites provinciales y el régimen electoral general; habida cuenta que la creación de las siete veguerías suponían de hecho la división de Cataluña en 7 provincias, que recibirían el nombre de veguerías, y de acuerdo con el artículo 141.1 de la Constitución, la creación de nuevas provincias y la alteración de los límites provinciales es competencia de las Cortes Generales.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Cataluña, hacía una lectura centralista y restrictiva de las competencias autonómicas en materia local y recordaba que la existencia de provincias como entidades locales y que el establecimiento y modificación de sus límites y territorios eran competencia estatal, hecho que no negaba la ley de veguerías. Con todo, la sentencia aclaraba que no había inconveniente que las diputaciones provinciales catalanas fueran renombradas consejos de veguería. Posteriormente, con el cambio de mayorías parlamentarias catalanas, la ley quedó en suspenso, a la espera de una futura ley de las Cortes Generales por la cual Cataluña pase de estar formada por cuatro provincias a estarlo por siete provincias con la denominación de veguerías: Alt Pirineu i Vall d'Aran, Barcelona, Camp de Tarragona, Girona, Catalunya Central, Lleida y Terres de l'Ebre. Algo que, en el momento en el que escribimos este trabajo, es altamente improbable que pueda pasar; dado que, contrariamente a lo que podrían haber sido lecturas reformistas federalizantes de la Constitución[28]y[29]; es posible que estemos asistiendo a un proceso de involución política y de vaciado de contenido descentralizador de la Constitución desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña[30]. A pesar de la difícil y conflictiva realidad española y catalana desde la STC 31/2010, y la improbable aprobación de leyes estatales que modifiquen los límites provinciales catalanes y creen nuevas provincias, el Parlamento de Cataluña aprobó en febrero de 2017, la Ley 2/2017, del 15 de febrero, de modificación de la Ley 30/2010, de veguerías, para crear la veguería del Penedés, modificando los límites de tres veguerías anteriores y configurando una estructura territorial catalana formada por ocho veguerías, cuya aplicación quedaba en suspenso a la espera de nuevos tiempos políticos.

28 Aja, E.: *El estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, p. 293.

29 Requejo, F.: *Federalismo plurinacional y el estado de las autonomías. Aspectos teóricos y aplicados*, Proa, Barcelona, 2003, p. 232.

30 Pérez Royo, J.: *La reforma constitucional inviable*, cit., p. 144.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Llegados a este punto, podemos establecer algunas reflexiones finales sobre las provincias y las entidades locales supramunicipales, a modo de conclusión.

Primera. El minifundismo municipal español y el elevado número de municipios pequeños hace necesaria la existencia de sistemas estables de apoyo a los municipios con escasa población para que hacer frente a las funciones y competencias que legalmente deben ejercer estos municipios y operativamente no pueden llevar a cabo por carecer de recursos humanos y económicos.

Segunda. Las miradas sobre las provincias son muy distintas, en función de las zonas de España en las que se produzca el debate. Hay comunidades autónomas en las que están plenamente consolidadas como demarcación territorial e institución supramunicipal, y comunidades en las que puede discutirse, o no, su existencia como demarcación territorial estatal; pero se cuestiona su existencia como institución supramunicipal y se aspira a su supresión.

Tercera. La realidad constitucional vigente, aunque pueda resultar insatisfactoria y inadecuada, debe ser tenida en cuenta a la hora de proponer cualquier reforma del sistema de instituciones supramunicipales. Al menos mientras no se produzca una reforma federal de la Constitución que suprima las provincias como entidades básicas del estado y circunscripción electoral en las elecciones generales y que otorgue a las comunidades autónomas (federaciones) la competencia exclusiva en la organización del régimen local y la delimitación territorial de municipios y entidades supramunicipales.

Cuarta. De acuerdo con la Constitución, la provincia es una entidad básica de la organización del estado, junto a las comunidades autónomas y los municipios; es la estructura territorial sobre la que se crean comunidades autónomas, y es la circunscripción electoral básica en las elecciones a Cortes Generales.

Quinta. La Constitución también define la provincia como entidad local, gobernada por la diputación provincial o institución similar. Con todo, el desarrollo del estado autonómico ha llevado a la desaparición de las diputaciones provinciales y las provincias como instituciones locales supramunicipales en 12 de las 50 provincias españolas.

Sexta. Las propuestas catalanas de agrupar provincias (provincia única catalana) o de modificar los límites y el número de las actuales (veguerías) no han tenido éxito; sin duda por la fuerte inercia conservadora e inmovilista del estado.

Séptima. Las competencias estrictas de las diputaciones provinciales se limitan a la prestación de asistencia y cooperación jurídica, técnica y económica a los municipios, que se lleva a cabo mediante planes de obras y servicios y a través de la garantía de manera subsidiaria de los servicios municipales. Dicho esto, hay que recordar que las funciones de las diputaciones pueden ser ampliadas por delegación de competencias o descentralización de funciones por parte del estado o las comunidades autónomas, o reducidas mediante la coordinación por los gobiernos autonómicos en las cuestiones a que sean de interés general de la comunidad autónoma.

Octava. De acuerdo con la Constitución, los estatutos de autonomía y la legislación estatal y las legislaciones autonómicas de régimen local; las diputaciones provinciales pueden convivir con otras entidades supramunicipales como comarcas, mancomunidades o áreas metropolitanas, y también lo pueden hacer con instituciones supracomarcales como las veguerías o las gobernaciones.

Novena. Las diputaciones provinciales han convivido sin demasiadas dificultades con mancomunidades de municipios, bastante frecuentes en España, y con las áreas o entidades metropolitanas. Si bien estas últimas muy poco desarrolladas en España, en buena medida por la desconfianza de las comunidades autónomas a estas entidades territoriales supramunicipales, a pesar de que en las grandes áreas urbanas viven dos terceras partes de los ciudadanos españoles.

Décima y última. A diferencia de las cuadrillas de Álava, por ser la diputación foral una institución semiautonómica; la existencia de las diputaciones provinciales, sin embargo, dificulta el desarrollo y consolidación de instituciones supramunicipales con funciones generales en un ámbito geográfico inferior a la provincia, las comarcas. Allí donde existen, como Cataluña, Aragón y El Bierzo, las funciones y competencias de las comarcas entran en competencia con las de las provincias, y su consolidación social no siempre es fácil.

La realidad a la que nos enfrentamos es compleja y difícilmente permite soluciones jurídicas (y políticas) simplistas, apresuradas y definitivas. Todo depende de que sepamos acercar la realidad institucional española a la de federalismos avanzados y no uniformistas como Canadá o Suiza[31] y que superemos las concepciones del centralismo nacionalista español que confunde igualdad con uniformidad, y desconfía profundamente de la capacidad de autogobierno real y de autoorganización territorial de las comunidades autónomas.

31 Tasa, V.: *Desigualdad conflictiva o igualdad pacífica,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 276.

BIBLIOGRAFÍA

AJA, E.: *El estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales,* Alianza Editorial, Madrid, 1999.

ARGULLOL, E.: *L'organització territorial de Catalunya: una perspectiva jurídica,* Empúries, Barcelona, 1986.

ÁLVAREZ JUNCO, J.: *Dioses útiles. Naciones y nacionalismos,* Galaxia Guttemberg, Barcelona, 2016.

BERNADÍ, X. y GALÁN, A.: *El debate actual sobre las diputaciones provinciales: un análisis de las últimas propuestas electorales,* Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009.

BARÓ, J.: "Constitucionalismo histórico y división territorial del estado: conferencia impartida el 12 de enero de 1999", en *Seminari "Catalunya, ¿vint anys d'estatut d'autonomia o sobirania?",* Universitat Internacional de Catalunya, Barcelona, 1999.

CLAVERO, B.: "El acceso a la autonomía de territorios históricos: las comunidades forales", *Revista de Estudios Políticos,* 1985, núm. 46-47, pp. 91-109.

CARBONELL, E.: "La división del territorio en provincias y su evolución", en CHAMORRO, M. A., y LOZANO, J. *Sobre un hito jurídico, la Constitución de 1812. Reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos,* Universidad de Jaén, Jaén, 2012, pp. 537-554.

COSCULLUELA, L.: "El debate sobre la abolición de la provincia y la reforma de las diputaciones", en *Anuario de Gobierno Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2011, pp. 45-67.

ESTEVE, J.: "La experiencia provincial en Cataluña", en FUNDACIÓ CARLES PI I SUNYER, *La provincia en el Estado de las autonomías,* Fundació Carles Pi i Sunyer, Diputació de Barcelona, Marcial Pons, Barcelona,1996, pp.11-39.

FRANQUET, J.M.: *Un modelo racional de organización territorial: aplicación a Cataluña*, Universitat Internacional de Catalunya, Barcelona, 2008.

FUNDACIÓN ¿HAY DERECHO?: *Coste y utilidad de las diputaciones provinciales: claves para un debate necesario,* Fundación ¿Hay Derecho?, 2016, https://hayderecho.com/wp-content/uploads/2016/08/FHD_InformeDiputaciones_vf-1.pdf

MEMBRANO, J.C.: "Entes territoriales de escala comarcal en la Administración local española", *Documents d'Anàlisi Geogràfica,* vol. 62/2, 2016, pp. 347-371.

MINISTERIO DE FOMENTO: Áreas urban*as en España 2017,* Ministerio de Fomento, Madrid, 2017,

https://www.fomento.gob.es/MFOM.CP.Web/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW050

MUÑOZ, M.D.: "Recopilación legislativa sobre las diputaciones provinciales", *Boletín de Estudios Giennenses,* 2013, núm. 207, pp. 59-94.

ORTEGA, L.: "Reflexions sobre les funcions i competències dels consells insulars", *Autonomies,* 2002, núm. 28, pp. 45-54.

PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional,* Marcial Pons, Madrid, 2005.

PÉREZ ROYO, J.: *La reforma constitucional inviable,* Catarata, Madrid, 2015.

REQUEJO, F.: *Federalismo plurinacional y el estado de las autonomías. Aspectos teóricos y aplicados,* Proa, Barcelona, 2003.

RODRÍGUEZ, R.: *Territorio y gobierno local en España: un planteamiento de reestructuración por fusión como realidad necesaria*, Cizur Menor Civitas, Madrid, 2005.

RUBIO LLORENTE, F.: *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.

SALAZAR, O.: "La autonomía local devaluada: la dudosa «racionalidad» de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local", *Teoría y Realidad Constitucional,* 2014, núm. 34, pp. 369-394.

SALVADOR, M. T.: "La provincia ante una nueva encrucijada: la reforma de la legislación básica y de los estatutos de autonomía", *Revista de Estudios Locales,* 2006, núm.1, pp. 41-59.

SARMIENTO, V.: *Las competencias de los cabildos insulares,* [Tesis doctoral], Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Las Palmas de Gran Canaria, 2017.

TAJADURA, J.: "Constitución y derechos históricos: legitimidad democrática frente a legitimidad histórica", *Teoría y Realidad Constitucional,* 2008, núm. 22, pp. 137-192.

TASA, V.: *Desigualdad conflictiva o igualdad pacífica,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

TOSCANO, F.: *El fenómeno metropolitano y sus soluciones jurídicas*, Iustel, Madrid, 2010.

VANDELLI, L.: "El modelo administrativo municipal y provincial: orígenes, fundamentos, perspectivas", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,*1989, núm. 2, pp. 181-194.

ZAFRA, V.: "La provincia: lo importante no es el nombre, lo importante es la función. Intermunicipalidad en el Estado autonómico", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2012, núm. 27, pp. 66-83.

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY DEL PAÍS VASCO 7/2015, DE 30 DE JUNIO, DE RELACIONES FAMILIARES EN SUPUESTOS DE SEPARACIÓN O RUPTURA DE LOS PROGENITORES

CRITICAL ANALYSIS OF THE LAW 7/2015, OF 30 JUNE, OF FAMILY RELATIONSHIPS IN CASES OF PARENTAL SEPARATION AND DIVORCE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 352-371

Javier
MARTÍNEZ
CALVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: La Comunidad Autónoma del País Vasco ha aprobado la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. La citada norma recoge varios aspectos novedosos, como la introducción de la mediación familiar y de los pactos en previsión de ruptura del matrimonio. Pero sin duda, el aspecto más destacado es el importante papel que concede a la guarda y custodia compartida, que pasa a convertirse en la regla general. Además, ofrece una regulación detallada de otras medidas íntimamente ligadas a la guarda y custodia, como el régimen de visitas, el derecho de alimentos de los hijos menores y la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar.

PALABRAS CLAVE: Custodia compartida, mediación familiar, pactos prematrimoniales, régimen de visitas, derecho de alimentos, vivienda familiar.

ABSTRACT: The Autonomous Community of Basque Country has adopted the Law 7/2015, of 30 June, of family relationships in cases of parental separation and divorce. The above Law contains a number of innovative aspects, as the introduction of family mediation and premarital agreement. But certainly, the most prominent aspect is the importance it attaches to the shared custody, that goes on to become the general rule. Furthermore, it regulates other measures that are closely related to the custody, as visiting arrangements, contribution to the sons and daughters and assignment of the use of the family dwelling.

KEY WORDS: Shared custody, family mediation, premarital agreement, visiting arrangements, contribution to the sons and daughters, family dwelling.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA VASCA EN MATERIA DE GUARDA Y CUSTODIA.- III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 7/2015.- IV. PREFERENCIA LEGAL POR LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.- V. SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA.- VI. INTRODUCCIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.- VII. REGULACIÓN DE OTRAS MEDIDAS ÍNTIMAMENTE LIGADAS A LA GUARDA Y CUSTODIA.- 7.1 La atribución del uso de la vivienda familiar.- 7.2 La contribución a los gastos de los hijos menores.- 7.3 El régimen de comunicación y estancia.-

I. INTRODUCCIÓN

Siguiendo la estela iniciada por otros legisladores autonómicos (Aragón, Valencia[1], Cataluña y Navarra), el parlamento del País Vasco ha aprobado su propia norma sobre guarda y custodia de los hijos menores. Lo ha hecho a través de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (BOE nº 176, de 24.7.2015), que entró en vigor el 10 de octubre del año 2015.

Para su elaboración, el legislador vasco se ha inspirado en las normas autonómicas que acabo de mencionar y, sobre todo, en el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia que presentó el Gobierno de España en el año 2013, del que ha extraído de forma casi literal muchos de los aspectos que recoge.

La norma vasca consta de trece artículos, en los que se recogen diferentes cuestiones relativas al ejercicio de la corresponsabilidad parental tras la ruptura matrimonial de los cónyuges. Las más relevantes son las concernientes a la guarda y custodia de los hijos menores, de cuyo establecimiento dependerán muchas otras medidas: la contribución de los progenitores a los gastos de atención a los hijos, el régimen de comunicación y estancia, y la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. Medidas éstas que han sido reguladas también por la nueva norma.

1 Aunque la Ley valenciana 5/2011 ha sido anulada recientemente por el Tribunal Constitucional: STC, Pleno, de 16 de noviembre de 2016 (RTC 2016, 192; MP: Adela Asua Batarrita). Sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley valenciana, *vid*. ampliamente: De Verda y Beamonte, J.R., "¿Qué es lo que queda del Derecho civil valenciano en materia de familia?", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31, 2017, pp. 111-162.

• Javier Martínez Calvo
Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Ha trabajado como abogado ejerciente y posteriormente ha estado vinculado a la Universidad de Zaragoza como personal docente e investigador. Su labor investigadora se desarrolla en el seno del Grupo Consolidado de Investigación Ius Familiae y del Proyecto de Investigación "Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores". Sus líneas de investigación principales son: derecho de la persona, filiación, derecho de familia, mediación familiar y protección de menores y discapacitados. Correo eletrónico: javiermc@unizar.es.

Además, con objeto de potenciar la autonomía de la voluntad de las partes y facilitar que puedan llegar a acuerdos, se introducen dos novedosas figuras: la mediación familiar y los pactos en previsión de ruptura del matrimonio.

En estas líneas me voy a centrar en las novedades que introduce la Ley vasca en materia de guarda y custodia, para lo que abordaré diferentes cuestiones, como la competencia del País Vasco para regular esta materia, su ámbito de aplicación (objetivo, subjetivo y temporal), el protagonismo que otorga a la custodia compartida, la regulación que hace de los supuestos en los que uno o ambos progenitores quedan excluidos de la guarda y custodia de sus hijos o la regulación de otras medidas íntimamente ligadas a la guarda y custodia.

II. COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA VASCA EN MATERIA DE GUARDA Y CUSTODIA

Para determinar la competencia del País Vasco en materia de guarda y custodia debemos partir del artículo 149.1.8 de la Constitución Española (BOE, nº 311, de 29.12.1978) (en adelante CE), que si bien atribuye al Estado competencia exclusiva sobre la legislación civil, excepciona dicha regla en el caso de las Comunidades que cuenten con Derechos civiles, forales o especiales propios en 1978, a las que faculta para que puedan conservarlos, modificarlos y desarrollarlos[2].

Por tanto, una Comunidad Autónoma tendrá competencia para legislar en una materia concreta cuando concurran dos requisitos: que cuente con Derecho civil propio en el momento de entrada en vigor de la Constitución, y que dicho Derecho comprenda la materia que se pretende regular.

El primer requisito no plantea mayor problema, ya que el País Vasco sí contaba con Derecho civil propio en el momento de promulgarse la Constitución.

No resulta tan claro sin embargo que concurra el segundo requisito, es decir, que el Derecho del País Vasco anterior a la Constitución comprendiera la materia que ahora regula. Respecto a la interpretación que debe darse a este requisito, han surgido tres teorías: la primera, que considera suficiente con que existiera Derecho civil propio, sin necesidad de que comprendiera dicha materia; la segunda, que exige que existiera una regulación acerca de la materia concreta que se va a desarrollar; y una tercera, intermedia entre las dos anteriores, de acuerdo a la cual bastaría con que la materia que se pretende regular sea conexa a alguna de las que sí estaban previstas. Nuestro Tribunal Constitucional ha partido de esta

2 Sobre la competencia autonómica en materia civil, aunque en relación con otro tema, *vid.* Mayor del Hoyo, Mª V.: *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*, 1ª ed., Cedecs, Barcelona, 2000.

última postura[3], admitiendo por tanto que las Comunidades Autónomas regulen materias no comprendidas en su Derecho vigente en el momento de entrada en vigor de la Constitución cuando exista conexidad con alguna de las que sí estaban previstas. Sin embargo, considero que en este caso resulta bastante dudoso que exista dicha conexidad. Al respecto, debemos tener en cuenta que la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 1959[4] no recogía ninguna materia conexa a la determinación de la guarda y custodia de los hijos. Quizá haya quien considere que dicha materia conexa podría encontrarse en el Título II del Libro I De la Compilación, relativo a "la troncalidad". Sin embargo, tampoco se recogen en él previsiones relativas a las relaciones paterno-filiales ni a los efectos de la ruptura matrimonial, por lo que a mi modo de ver no cabe hablar de conexidad.

Por todo ello, creo que podría suscitarse alguna duda relacionada con la competencia de esta Comunidad Autónoma para promulgar su propia norma sobre guarda y custodia[5].

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 7/2015

Me voy a referir al ámbito de aplicación de la nueva norma del País Vasco desde una triple perspectiva. En primer lugar, veremos el ámbito objetivo de aplicación, para seguir con el ámbito subjetivo y terminar con el ámbito temporal.

El ámbito objetivo está recogido en el artículo 1.1 de la Ley 7/2015, que prevé que se aplicará en cuatro tipos de procedimientos: los relativos a la nulidad, separación o divorcio, o extinción de parejas de hecho[6]; los de modificación de medidas adoptadas en ellos; los que versen exclusivamente sobre la guarda y custodia de los hijos menores; y los relativos a la reclamación de alimentos que deban prestarse a los hijos.

3 En este sentido, la STC, Pleno, de 12 de marzo de 1993 (RTC 1993, 88; MP: Álvaro Rodríguez Bereijo) admite que "las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación (…)", sin que ello suponga "una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE (…)".

4 *Vid.* Ley 32/1959, de 30 de julio, sobre Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 1959 (BOE nº 182, de 31.7.1959).

5 Recientemente, el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Éibar ha planteado ante el TC una cuestión de inconstitucionalidad por posible vulneración del artículo 149.1.8 CE (cuestión de inconstitucionalidad nº 2764/2017), admitida a trámite por el TC mediante Providencia de 18 de julio de 2017 (BOE nº 183, de 2.08.2017). Sin embargo, se limita al artículo 11.3, 4 y 5 de la Ley, cuando en realidad, como he señalado, toda ella puede plantear problemas de inconstitucionalidad.

6 En realidad, no hay previsto ningún procedimiento específico para la disolución de las parejas de hecho. La única referencia que la Ley del País Vasco 2/2003, reguladora de las parejas de hecho (BOPV nº 100, de 23.5.2003), hace a esta cuestión, la encontramos en su artículo 19, que se limita a decir que se deberá instar la cancelación de la inscripción en el correspondiente registro. Así las cosas, para dilucidar la guarda y custodia de los hijos de una pareja no casada, habrá que acudir a un procedimiento de guarda y custodia (al que el propio precepto se refiere un poco más adelante) y, por ende, no resulta acertada la mención que el legislador vasco hace a los procedimientos de disolución de parejas de hecho, ya que dicha disolución no conlleva ningún procedimiento más allá de la cancelación de la inscripción.

Aunque no se diga expresamente, cabe entender, a mi juicio, que en todos los supuestos será necesaria la existencia de hijos a cargo (especialmente si tenemos en cuenta que la norma vasca no recoge previsión alguna destinada a regular las relaciones entre los propios progenitores).

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, se recoge en el artículo 2 de la norma vasca, de acuerdo al cual, ésta se aplicará cuando los progenitores ostenten la vecindad civil vasca. También cuando la tenga únicamente uno de ellos, pero ambos prevean en documento público la aplicación de dicha norma. Por último, en defecto de todo lo anterior, se aplicará la ley vasca cuando el matrimonio tenga su residencia habitual común en la citada comunidad.

A mi modo de ver, el legislador vasco se ha extralimitado al regular esta cuestión, ya que la competencia relativa al establecimiento de las reglas para resolver los conflictos de leyes pertenece en exclusiva al Estado (art. 149.1.8 CE). Máxime si tenemos en cuenta que las reglas recogidas por el legislador vasco no son coincidentes con las previstas en el Derecho común, que utiliza como punto de conexión el lugar de residencia habitual del menor (art. 9.4 en relación al art. 16.1 CC)[7]. Por todo ello, considero que el artículo 2 de la nueva norma vasca puede plantear problemas de constitucionalidad[8].

Finalmente, en lo que respecta al ámbito temporal de aplicación, se plantean dos interrogantes: si es posible aplicar la nueva normativa a los procedimientos de modificación de medidas adoptadas conforme a la normativa anterior, y si la entrada en vigor de la nueva norma resulta suficiente para instar un procedimiento de modificación de medidas.

La primera cuestión está resuelta por la Disposición transitoria única de la Ley del País Vasco 7/2015, que admite expresamente la posibilidad de aplicar la nueva norma a los procedimientos de revisión de medidas adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva norma.

7 Téngase en cuenta que esta materia se ha visto afectada por la reforma introducida por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE nº 180, de 29.7.2015), que ha dado una nueva redacción al artículo 9.4 del Código Civil. El segundo punto del citado precepto establece ahora que la ley aplicable a la responsabilidad parental se determinará con arreglo al Convenio de la Haya 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (BOE nº 291, de 2.12.2010). El cambio es bastante significativo, puesto que el citado Convenio prevé en sus artículos 16 y 17 que las relaciones paterno-filiales se regirán por la ley del lugar de residencia habitual del menor, prescindiendo por tanto del criterio de la ley personal del hijo, que recogía la antigua redacción del artículo 9.4 del Código civil.

8 Al respecto, existe un precedente en el que una Comunidad Autónoma se extralimitó en su competencia al introducir reglas de Derecho interregional privado. En concreto, la Ley 8/1990, de Compilación del Derecho civil de Baleares (BOE nº 194, de 14.8.1990), preveía su aplicación a quienes residieran en el territorio de dicha Comunidad, sin necesidad de probar su vecindad civil (art. 2.1). Dicho precepto fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del Presidente del Gobierno y el Tribunal Constitucional declaró su inconstitucional: STC, Pleno, de 6 de mayo de 1993 (RTC 1993, 156; MP: Vicente Gimeno Sendra).

Sin embargo, no queda claro si la entrada en vigor de la nueva norma constituye en sí misma un argumento suficiente para instar un procedimiento de modificación de medidas (por ejemplo, alegando la preferencia legal que la nueva norma otorga a la custodia compartida).

Parece que en su Disposición transitoria única excluye la posibilidad de acordar una modificación de las medidas adoptadas conforme a la normativa anterior con base exclusivamente en la entrada en vigor de la nueva ley. Y es que, aun cuando señala que cualquiera de las partes puede solicitar que se revisen las medidas acordadas con anterioridad a la nueva norma, exige para ello que concurran las circunstancias previstas en la propia ley; y cuando acudimos al articulado, observamos que se exige expresamente que exista una alteración sustancial de las circunstancias (arts. 5.6 c), 5.9, 7.5 y 13.4 Ley 7/2015).

La única norma que ha previsto expresamente esta posibilidad es el Código de Derecho Foral de Aragón (BOA, nº 67, de 29.3.2011) (en adelante CDFA), que en su Disposición transitoria sexta admite que, durante el año siguiente a la entrada en vigor de la norma, la mera petición de la custodia compartida por una de las partes resulte suficiente para revisar el régimen de guarda y custodia adoptado[9]. El resto de normas no han previsto esta posibilidad, aunque lo cierto es que con carácter general los Tribunales la han admitido[10] (salvo en el caso de Navarra[11]).

IV. PREFERENCIA LEGAL POR LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Quizá la novedad más importante de la nueva norma del País Vasco sea la apuesta del legislador por el régimen de guarda y custodia compartida, al que, como anticipo en el título de este apartado, le concede carácter preferente sobre el régimen de custodia exclusiva. Ello pese a que, como veremos unas líneas más abajo, recoge algunas previsiones incongruentes con dicha opción legal.

La preferencia por la custodia compartida en la norma vasca se desprende de la propia Exposición de Motivos, que recoge tres afirmaciones ciertamente reveladoras. En primer lugar, señala que "(…) esta norma regula la custodia compartida como régimen más adecuado en los casos de separación o divorcio (…)". Además, llega a hablar de un "derecho de las y los menores de edad a

9 Con ello la norma aragonesa adquirió cierta eficacia retroactiva (*Vid.* Tena Piazuelo, I.: "Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños de primera?", *Aranzadi civil-mercantil*, Vol. 1, núm. 1, abril, 2011, p. 92; De la Iglesia Monje, Mª I.: "Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar: análisis jurisprudencial", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 88, núm.732, 2012, p. 2317; y Serrano García, J. A.: "La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia", *Actas de los vigesimosegundos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, p. 206).

10 *Vid.* a modo de ejemplo la STSJ Cataluña, 22 mayo 2014 (RJ 2014, 3744; MP: Carlos Ramos Rubio) y la STSJ Valencia, 6 septiembre 2013 (RJ 2013, 6660; MP: Juan Climent Barbera).

11 *Vid.* STSJ Navarra, 23 octubre 2012 (RJ 2012, 11174; MP: Francisco Javier Fernández Urzainqui).

crecer y vivir con ambos progenitores tras la ruptura de la pareja, en un sistema de convivencia de custodia compartida lo más igualitaria posible (…)". Por último, prevé que "(…) el juez otorgará la custodia compartida salvo cuando sea contrario al interés del menor (…)", dando a entender con ello que sólo podrá apartarse del régimen de custodia compartida cuando quede constatado que su adopción perjudica al interés superior del menor.

Esta postura normativa queda confirmada por lo dispuesto en el artículo 9. En el segundo párrafo del mencionado precepto se prevé que "la oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor"; y en el punto tercero que "el juez, a petición de parte, adoptara la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores (…)".

Únicamente se prevén dos excepciones en las que cabe adoptar el régimen de custodia exclusiva: cuando se considere necesario para garantizar el interés superior del menor (art. 9.6 Ley 7/2015) o cuando uno de los progenitores esté excluido del ejercicio de la guarda y custodia por incurrir en violencia doméstica o de género (art. 11.3 Ley 7/2015)[12].

Con ello, el legislador vasco se ha apartado de la regulación tradicional de nuestro Código civil, que ha venido otorgando preferencia a la custodia exclusiva en detrimento del régimen compartido (art. 92 CC)[13]; y ha continuado con la estela iniciada por los Derechos aragonés y valenciano, que ya habían introducido con anterioridad la custodia compartida con carácter preferente (arts. 79.5, 80.2, 80.5 y Disposición transitoria 6ª del Código del Derecho Foral de Aragón y art. 5.2 Ley valenciana 5/2011(BOE nº 98, de 25.4.2011)[14]. Las otras dos normas autonómicas que han entrado a regular en materia de guarda y custodia (Cataluña y Navarra) no han ido tan allá, pues han equiparado los regímenes de custodia compartida y exclusiva, sin mostrar preferencia por ninguno de ellos (art. 233-10.2 del Código Civil de Cataluña (BOE nº 203, de 21.8.2010) (en adelante CCCat.) y art. art. 3 Ley navarra 3/2011 (BOE nº 87, de 12.4.2011)).

No obstante, considero que la preferencia legal por la custodia compartida que recoge la norma vasca queda un tanto atenuada por lo previsto en su artículo 9.3.

12 A esta última cuestión me referiré posteriormente con mayor detalle (epígrafe 4).

13 Con la reforma que el gobierno pretendía proyectar a través del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia se hubiera puesto fin a esta situación de clara preferencia por la custodia exclusiva y se hubieran equiparado a nivel nacional los regímenes de custodia compartida y exclusiva (arts. 1.4 y 1.12 del Anteproyecto, en la redacción que pretendía dar a los arts. 92 bis.1 y 103.1 CC).

14 Recuérdese, no obstante, que la Ley valenciana 5/2011 ha sido anulada recientemente por el Tribunal Constitucional —STC Pleno, de 16 de noviembre de 2016 (RTC 2016, 192)—.

Y es que, si nos fijamos en la redacción del precepto ("el juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores (…)"), se exige para la adopción de la custodia compartida que el establecimiento de dicho régimen haya sido solicitado por alguna de las partes, por lo que parece excluir la posibilidad de que el juez pueda adoptar la custodia compartida de oficio. Por si quedara algún género de dudas, la propia Exposición de Motivos de la norma vasca reitera la necesidad de que el establecimiento de la custodia compartida haya sido solicitado por alguna de las partes[15].

Con ello, la nueva ley vasca ha mantenido el criterio previsto por nuestro Código Civil (que en su artículo 92.8 también exige petición de parte para que pueda adoptarse la custodia compartida) y se ha apartado del resto de normas autonómicas (que sí han admitido la posibilidad de adoptar la custodia compartida de oficio). También se ha apartado de la tendencia que están siguiendo los países de nuestro entorno, que admiten con carácter general el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida aunque ninguna de las partes lo haya solicitado[16].

Así las cosas, el régimen jurídico previsto por la norma vasca es el siguiente: si una de las partes pide la custodia exclusiva y otra la compartida, el juez establecerá con carácter preferente la compartida (pues así se lo exige la ley). Pero si ninguna de las partes solicita expresamente la custodia compartida (bien porque no realizan petición alguna al respecto o bien porque cada uno solicita para sí la custodia exclusiva), el juez se vería impedido para adoptar la custodia compartida.

Podría incluso llegarse al absurdo de que el juez constatara que el régimen de custodia compartida es el que mejor protege el interés superior del menor y sin embargo no pudiera adoptarlo por no existir petición de parte. Ello supondría hacer claudicar el interés superior del menor por el mero hecho de que ninguno de los progenitores hubiera solicitado la adopción del régimen de guarda y custodia compartida[17].

A mi modo de ver, exigir que exista petición de parte resulta incongruente con la preferencia legal que la norma vasca pretende otorgar a la custodia compartida, ya que está exigiendo para su adopción un estricto requisito que sin embargo no se prevé para el caso de la custodia exclusiva. Incluso me atrevería a decir que la

15 En la segunda página de la Exposición de Motivos se exige para adoptar el régimen de custodia compartida que "cualquiera de sus progenitores lo solicite". En este mismo sentido, en la página tercera se vuelve a reiterar que, en defecto de acuerdo, el juez adoptará el régimen de custodia compartida "siempre a solicitud de parte".

16 A modo de ejemplo, el artículo 373.2.9 del *Code Civil* francés prevé expresamente la posibilidad de establecer el régimen de custodia compartida incluso en el supuesto de que ambos progenitores se pronuncien en contra. En cuanto al Derecho inglés, la Part. II, Section 11 (4) de la *Children Act 1989* da plena libertad al juez para adoptar el régimen de custodia compartida con independencia de que haya sido solicitado o no por alguna de las partes.

17 *Vid.* Martínez Calvo, J.: "Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 257/2013, de 29 de abril)", *La Ley Derecho de Familia*, mayo, 2015, p. 5.

preferencia legal por la custodia compartida queda parcialmente desvirtuada por esta previsión.

Y es que, si lo que realmente se pretendía era dotar a la custodia compartida de carácter preferente (como reconoce en su Exposición de Motivos), hubiera resultado más acertado que la nueva norma admitiera la posibilidad de adoptar el citado régimen de oficio en aquellos casos en los que se acredite que es el que mejor protege el interés superior del menor (como mantuve en un trabajo anterior[18]).

En este sentido, el legislador nacional, en la reforma que pretendió llevar a cabo a través del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, pretendía admitir la posibilidad de establecer el régimen de custodia compartida de oficio (art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que proponía para el nuevo artículo 92 bis), aunque dotándola de carácter excepcional[19].

V. SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA

La norma vasca prevé algunos supuestos en los que uno o ambos progenitores quedan excluidos de la guarda y custodia de sus hijos por la comisión de determinados actos de violencia intrafamiliar. En concreto, cuando exista condena penal por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos.

Esta cuestión se recoge en el artículo 11 de la Ley 7/2015[20], dentro del apartado destinado al régimen de comunicación y estancia. Algo que resulta cuanto menos sorprendente, pues parece que hubiera sido más adecuado incluirlo dentro del apartado destinado a la atribución de la guarda y custodia. En cualquier caso, no es una cuestión relevante en la práctica.

18 *Ibídem*, p. 5.

19 La redacción original del Anteproyecto iba más allá, pues no le asignaba dicho carácter excepcional, sino que la contemplaba como una opción más. Sin embargo, tras las críticas del Consejo General del Poder Judicial en el Informe al Anteproyecto que aprobó el 19 de septiembre de 2013 llevaron al gobierno a matizar dicha regla (Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio*, pp. 33-34). Ello pese a que la Fiscalía General del Estado sí se había mostrado conforme con la redacción original (Fiscalía General del Estado, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio*, pp. 29-30).

20 Como he señalado unas líneas más arriba, el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Éibar ha planteado ante el TC una cuestión de inconstitucionalidad en relación a los puntos 3º, 4º y 5º del artículo 11 de la Ley 7/2015, por posible vulneración del artículo 149.1.8.ª de la CE (cuestión de inconstitucionalidad nº 2764/2017). Dicha cuestión de inconstitucionalidad ha sido admitida a trámite por el TC mediante Providencia de 18 de julio de 2017 (BOE nº 183, de 2.08.2017), encontrándose a la espera de pronunciamiento definitivo.

Por lo demás, considero que la norma vasca resulta mucho más acertada que el Código civil en la regulación de esta cuestión, ya que corrige los defectos que la doctrina le achaca, que principalmente son dos: que resulte suficiente con que uno de los padres este incurso en un proceso penal para excluirle de la guarda y custodia[21], y que se le aparte sólo de la custodia compartida y no se diga nada de la custodia exclusiva[22] (art. 92.7 CC).

Respecto a la primera cuestión, para que alguno de los progenitores sea excluido del ejercicio de la guarda y custodia, la Ley del País Vasco 7/2015 exige que haya sido condenado por sentencia firme (art. 11.3)[23]. Considero que esta previsión supone un importante avance en la defensa del principio de presunción de inocencia que recoge nuestra Constitución (art. 24), ya que de esta forma no se está prejuzgando al presunto culpable, como a mi modo de ver hace el Código civil.

Por otro lado, la Ley del País Vasco no sólo excluye la posibilidad de adoptar la custodia compartida, sino también la de establecer la custodia exclusiva. Y es que, si se considera necesario apartar a un progenitor de la custodia compartida, con mayor razón habrá que apartarle de la custodia exclusiva. Una vez más, la norma vasca ha seguido en este punto el criterio fijado con anterioridad por el resto de normas autonómicas que han legislado en materia de guarda y custodia[24].

Además, el artículo 11.5 de la Ley del País Vasco ha previsto el supuesto de que ambos progenitores estén comprendidos en alguno de los supuestos recogidos en el artículo 11.3, siendo la primera norma en recoger esta cuestión[25]. En estos casos, salvo supuestos excepcionales, el juez atribuirá la guarda de los menores a los familiares o allegados del menor o, en defecto de éstos, a la entidad pública que tenga asignada la función de protección de los menores en el territorio concreto. A mi juicio, salvo que se produzca una privación de la patria potestad que abra

21 *Vid.* García Rubio, Mª P. y Otero Crespo, M.: "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 8, febrero de 2006, p. 98; Alascio Carrasco, L. y Marín García, I.: "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, p. 14 y Hernando Ramos, S.: "El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida", *La Ley*, núm. 7206, 2009, tomo 3, p. 2042.

22 *Vid.* Tamayo Haya, S.: "La custodia compartida como alternativa legal", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 83, núm. 700, 2007, p. 689; y Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia*, (coord. C., Martínez de Aguirre Aldaz), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, p. 200.

23 Es el mismo criterio que han seguido todas las normas autonómicas en la materia (art. 80. 6 CDFA, art. 5.6 Ley valenciana 5/2011, art. 233-11.3 CCCat. y art. 3.8 de la Ley navarra 3/2011); y el que hubiera seguido también nuestro Código Civil de prosperar la reforma que se pretendía introducir a través del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que hubiera dado al ordinal quinto del nuevo art. 92 bis).

24 *Vid.* art. 80. 6 CDFA, art. 5.6 Ley valenciana 5/2011, art. 233-11.3 CCCat. y art. 3.8 de la Ley navarra 3/2011.

25 Pese a que la Comunidad vasca ha sido la primera en regular este supuesto, no resulta una novedad en sentido estricto. Ya había sido propuesto en el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (art. 1.4 del Anteproyecto en la redacción que pretendía dar al art. 92 bis.6 CC), con idéntica solución a la prevista por el legislador vasco.

la puerta a la constitución de una tutela, la atribución de la guarda de un menor a un tercero distinto de sus padres no puede incluirse en ninguna de las figuras de protección de menores previstas legalmente[26], por lo que considero que nos encontramos ante una guarda sui generis con caracteres propios que cabría calificar como "simple guarda".

Otra importante novedad de la norma vasca es que admite la posibilidad de que el juez establezca un régimen de estancia, relación y comunicación entre el condenado por violencia de género y sus hijos menores. Esta cuestión se recoge en el cuarto párrafo del artículo 11, que la dota de carácter excepcional y la supedita a que el juez lo estime conveniente para el interés superior del menor[27].

VI. INTRODUCCIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

La nueva norma del País Vasco no ha permanecido ajena a la enorme expansión que está experimentando la mediación familiar. Una figura que ha sido prevista por el Derecho europeo[28] y que, en el ámbito nacional, fue introducida en los artículos 770.7 y 772.2 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 08.1.2000) (en adelante LEC) por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE nº 163, de 9.7.2005), que en su Disposición Final Tercera llega a anunciar una futura Ley de Mediación. Este mandato se materializó con la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE nº. 162, de 7.72012).

También el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía introducir una detallada regulación de la mediación familiar[29] y, en el ámbito autonómico, han sido numerosas las Comunidades Autónomas que han promulgado sus propias leyes de mediación familiar[30]. Además, todas las

26 No cabría hablar de guarda y custodia, ya que considero que ésta solo puede otorgarse en favor de los propios padres (no debemos olvidar que forma parte del contenido de la patria potestad, que pertenece exclusivamente a éstos). Tampoco parece que se trate de una tutela, pues ello exigiría que existiera una declaración de desamparo del menor y que se pusiera en marcha el correspondiente procedimiento para el nombramiento de un tutor.

27 Nuevamente, se trata de un aspecto que también había sido previsto por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (art. 1.4 del Anteproyecto en la redacción que pretendía dar al art. 92 bis.5 CC).

28 *Vid.* Recomendación R (98) sobre Mediación Familiar, aprobada por el Consejo de Ministros de la Unión Europea el 21 de enero de 1998, Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil, de abril de 2002, Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, 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 (art. 55 e)) y Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre algunos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

29 *Vid.* arts. 1.1 y 1.2 del Anteproyecto en la redacción que pretendían dar a los 90.1 g) y 91.3 CC, art. 2.3 del Anteproyecto en la redacción que pretendía dar al art. 770.6 LEC y art. 5.1 del Anteproyecto en la redacción que pretendía darle al art. 2.2 de la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

30 La primera fue Cataluña con la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña (BOE nº 91, de 16.4.2001) (modificada por la Ley 15/2009, de 22 de julio — BOE nº 198, de 17.8.2009 —); y después le

normas autonómicas sobre guarda y custodia (salvo la valenciana) contienen una referencia a la mediación familiar[31].

Así mismo, en la mayoría de países de nuestro entorno se ha introducido la mediación familiar como mecanismo para facilitar la adopción de acuerdos por los progenitores[32].

Volviendo a la norma vasca, dedica a la mediación familiar todo su artículo 6, además de incluirla dentro de los objetivos de la Ley (art. 1.2 Ley 7/2015), lo que es una clara muestra de la importancia que pretende otorgarle.

Uno de los aspectos más destacados de la nueva regulación es que faculta al juez para que remita a las partes a una sesión informativa de mediación, con objeto de favorecer que puedan llegar a un acuerdo (art. 6.2 Ley 7/2015)[33]. A mi juicio resulta una previsión muy acertada, ya que permite a las partes obtener un mayor conocimiento de la mediación familiar y de las ventajas que ofrece (tanto desde un punto de vista económico como emocional). Además, considero que no conlleva la quiebra del carácter voluntario de la mediación (que es uno de los principios básicos de esta figura[34]), ya que las partes podrán apartarse en cualquier momento del proceso de mediación.

Pero la norma vasca ha ido más allá, y ha admitido incluso que las partes puedan prever con anterioridad a la ruptura la obligación de acudir a mediación familiar

siguieron Galicia, con la Ley 4/2001, de 31 de mayo, de Mediación Familiar de Galicia (BOE nº 157, de 2.7.2001); Valencia con la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de Mediación Familiar de la Comunidad de Valencia (BOE nº 303, de 19.12.2001); Canarias con la Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar de Canarias (BOE Nº 134, de 5.6.2003) (modificada por la Ley 3/2005, de 23 de junio —BOE Nº 177, de 26.7.2005 —); Castilla-La Mancha con la Ley 4/2005, de 24 de mayo, de Mediación Familiar de Castilla La Mancha (BOE nº 203, de.8.2005) (modificada por la Ley 1/2015, de 12 de febrero —BOE nº 148, de 22.6.2015 —); Castilla y León con la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León (BOE nº 105, de 3.5.2006); Baleares con la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares (BOE nº 303, de 20.12.2006) (modificada por la Ley 14/2010, de 9 de diciembre de Mediación Familiar de las Islas Baleares —BOE nº 16, de 19.1.2011—); la Comunidad de Madrid con la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid (BOE nº 153, de 27.6.2007); Asturias con la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar del Principado de Asturias (BOE nº 170, de 17.7.2007); el País Vasco con la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar en el País Vasco (BOE nº 212, de 3.9.2011); Andalucía con la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOE nº 80, de 2.4.2009); Aragón con la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón (BOE nº 115, de 14.5.2011); y Cantabria con la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOE nº 99, de 26.4.2011).

31 *Vid.* arts. 75 y 78 CDFA, arts. 233-6 y 233-7.3 del CCCat. y arts. 1.3 y 2 Ley navarra 3/2011.

32 *Vid. a* modo de ejemplo: art. 373.2.10 del *Code Civil* francés, secciones 26 a 29 de la parte III de la *Family Law Act* inglesa, arts.1754-1765 del *Codice Civile* italiano, art. 378 bis del *Code Civil* belga y art. 1774 del *Código Civil* portugués.

33 Una vez más, es una previsión que también se recoge en el resto de normas autonómicas (art. 78.2 CDFA, art. 2.1 Ley navarra 3/2011 y art. 233-6.3 CCCat.); y que el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía introducir en nuestra normativa nacional (art. 1.2 del Anteproyecto en la redacción que pretendía dar al art. 91.3 CC, art. 2.3 del Anteproyecto en la redacción que pretendía dar al art. 770.6 LEC y art. 5.2 del Anteproyecto en la redacción que pretendía dar al art. 16 de la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles).

34 *Vid.* Ortuño Muñoz, P.:"La mediación familiar", *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja,* (dir. Mª C. García Garnica), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., p. 377.

para resolver las diferentes disputas que surjan una vez que ésta se produzca (art. 6.1). Cabe entender que podrán hacerlo bien a través del convenio regulador (art. 5.3 Ley 7/2015) o bien a través de un pacto suscrito con anterioridad a la ruptura (art. 4.4 Ley 7/2015).

Sin embargo, no se prevé cuáles serían las consecuencias de una hipotética negativa de las partes a asistir a mediación. A mi modo de ver, cabe entender que se continuará con el procedimiento judicial, pues debe garantizarse en todo caso el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). No obstante, considero que la negativa sí podría ser tenida en cuenta por el juez en el momento de pronunciarse sobre la guarda y custodia de los menores, ya que el progenitor que se niega a participar en mediación está mostrando una actitud negativa hacia el diálogo y es posible que esté anteponiendo sus propios intereses a los de sus hijos menores (salvo que pruebe que existe alguna razón de peso que desaconseja la mediación en el caso concreto).

Otro punto que cabe resaltar es la posibilidad de que las partes soliciten voluntariamente la suspensión del procedimiento para someterse a mediación, prevista en el tercer punto del artículo 6. Se trata de una posibilidad que también recoge nuestro Derecho común (art. 770.7 LEC), así como las normas autonómicas aragonesa (art. 78.3 CDFA) y catalana (art. 233-6.3 CCCat.).

Por último, la nueva norma vasca exige expresamente que el acuerdo obtenido en la mediación sea aprobado judicialmente (art. 6.4 Ley 7/2015)[35]. En realidad, considero que se trata de una previsión innecesaria, ya que cualquier acuerdo en el que se recojan cuestiones atinentes a los hijos menores deberá contar con aprobación judicial para gozar de eficacia.

VII. REGULACIÓN DE OTRAS MEDIDAS ÍNTIMAMENTE LIGADAS A LA GUARDA Y CUSTODIA

El régimen de guarda y custodia acordado será determinante sobre otras medidas que se adoptan en el seno de un procedimiento de ruptura matrimonial. En concreto me voy a referir a tres: la atribución del uso de la vivienda familiar, la contribución de los progenitores a los gastos de los menores y el posible establecimiento de un régimen de relación comunicación y estancia entre los hijos y el progenitor que en cada momento no los tenga en su compañía.

35 Una vez más, es una previsión que también recogen las normas, aragonesa (arts. 78.4 CDFA) y catalana (art. 233-6.5 CCCat.); y que también el fallido Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía introducir en nuestro Derecho común a través de las modificaciones que sus artículos 1.2 y 5.1 hubieran introducido en los artículos 91.3 del Código Civil y 2.2 de la Ley 5/2012 —respectivamente—.

7.1 La atribución del uso de la vivienda familiar

El artículo 12 de la Ley 7/2015 prevé una regulación muy detallada de la atribución del uso de la vivienda familiar, estableciendo diferentes reglas en función de si se ha establecido el régimen de custodia compartida o el de custodia exclusiva[36]. Ello supone un importante avance respecto a nuestro Derecho común, en el que sólo se ha previsto la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia exclusiva (art. 96 CC)[37].

Para aquellos casos en los que se opte por el régimen de custodia exclusiva, el artículo 12.1 de la norma vasca mantiene la regla tradicional de atribuir preferentemente el uso de la vivienda al progenitor en cuya compañía queden los menores.

Sin embargo, el legislador vasco rompe con el automatismo del artículo 96 del Código Civil[38]. En primer lugar porque utiliza el término "preferentemente", supeditándolo a que sea lo más conveniente para el interés de los menores y, en segundo lugar, porque el artículo 12.3 llega a admitir expresamente que en casos excepcionales el uso de la vivienda pueda ser otorgado al progenitor no custodio[39].

Respecto a los supuestos en los que se establezca el régimen de custodia compartida, la vivienda familiar se atribuirá a aquel progenitor que tuviera mayores dificultades para acceder a otra vivienda (así lo dispone el cuarto párrafo del artículo 12)[40].

Siguiendo por el recorrido de las reglas de atribución de la vivienda familiar que recoge la nueva norma vasca, cabe mencionar la posibilidad que prevé el artículo 12.6 de que la vivienda familiar pueda ser sustituida por otra que sea propiedad de uno o ambos progenitores (siempre que resulte idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos).

36 También han recogido esta distinción las normas, aragonesa (art. 80 CDFA), valenciana (art. 6 Ley 5/2011) y catalana (233-20 CCCat.).

37 De haber prosperado la reforma prevista a través del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia presentado por el gobierno el 19 de julio de 2013, se hubieran incluido, también en nuestro Código Civil, diferentes reglas de atribución de la vivienda familiar en función de si se establece el régimen de custodia compartida o el de custodia exclusiva (art. 96 CC, con la redacción que preveía el art. 1.8 del Anteproyecto).

38 Al igual que han hecho el resto de normas autonómicas que han regulado esta materia (art. 80.2 CDFA, art. 6.1 Ley valenciana 5/2011 y art. 233-20.2 CCCat.).

39 Esta posibilidad cabrá cuando el progenitor no custodio tenga mayores dificultades de acceso a otra vivienda y el custodio cuente con medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los menores y sea compatible con el interés superior de estos.

40 En este punto, la norma del País Vasco ha seguido una vez más el criterio previsto en el resto de normas autonómicas (art. 80.1 CDFA, art. 6.1 Ley valenciana 5/2011 y art. 233-20.3 CCCat). También es el que pretendía introducirse en nuestro Código Civil a través del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (art. 96.2 CC, tras la redacción que le hubiera dado el art. 1.8 del Anteproyecto).

Otro aspecto de la Ley 7/2015 al que quiero referirme es el previsto en el séptimo párrafo de su artículo 12. En el mencionado precepto se prevé la posibilidad de que aquel progenitor que se vea privado del uso de la vivienda familiar reciba una contraprestación económica (siempre que ésta sea privativa suya o común de ambos)[41].

En este mismo sentido, la atribución del uso de la vivienda familiar se tendrá en cuenta a la hora calcular la pensión de alimentos por gastos ordinarios de los menores. Así lo prevé el artículo 10.3 de la Ley 7/2015.

7.2 La contribución a los gastos de los hijos menores

El artículo 10 de la norma vasca prevé cómo será la contribución de los progenitores a los gastos de sus hijos menores tras la ruptura matrimonial.

Aunque no distingue nítidamente entre los supuestos de custodia compartida y exclusiva a afectos de determinar la contribución que debe hacer cada progenitor a los gastos de los menores, sí tiene en cuenta el tiempo de permanencia de los hijos con cada uno para fijar la cuantía que debe abonar cada uno en concepto de gastos ordinarios (art. 10.3 Ley 7/2015). Junto al mencionado criterio, introduce otros, como las necesidades de los menores, la capacidad económica de cada progenitor o la atribución que se haga del uso de la vivienda familiar[42] (en consonancia con lo que he señalado en el apartado inmediatamente anterior).

No obstante, a mi modo de ver hubiera sido más acertado distinguir entre los supuestos de custodia exclusiva y compartida. Y es que, mientras que en los casos de custodia exclusiva parece razonable establecer una pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio, en los que se opte por la custodia compartida no tiene porqué ser así. Salvo que exista un importante desequilibrio económico entre las partes o los periodos de alternancia con uno y otro resulten muy desiguales[43], cabe entender que cada progenitor sufragará los gastos de los menores mientras se encuentren con él.

41 De nuevo, es una cuestión que también han previsto algunas normas autonómicas (art. 6.1 Ley valenciana 5/2011 y arts. 233-20.1 y 7 CCCat.) y que el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía introducir en nuestro Código Civil (arts. 93.3, 96.4 y 97.9 CC, tras la redacción que pretendían darles los arts. 1.5, 1.8 y 1.9 del Anteproyecto).

42 Estos criterios de determinación son los que prevén también las normas aragonesa y valenciana (art. 82.2 CDFA, art. 7.1 y 2 Ley valenciana 5/2011); y los que pretendía introducir en el Código Civil el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (art. 93.3 CC, tras la redacción que pretendía darle el art. 1.5 del Anteproyecto).

43 No debemos olvidar que la custodia compartida no implica un reparto igualitario del tiempo (véase a modo de ejemplo la STS 11 marzo 2010 (RJ 2010, 2340; MP: Encarnación Roca Trías): "(...) Custodia compartida no es sinónimo de reparto de la convivencia al 50% entre ambos progenitores(...)").

Respecto a los gastos extraordinarios, serán abonados por cada progenitor en función de su capacidad económica (art. 10.3 Ley 7/2015)[44]. Por tanto, a los efectos de determinar la contribución a este tipo de gastos, no se tendrá en cuenta el tiempo de permanencia del menor con cada progenitor (o lo que es lo mismo, es irrelevante el régimen de guarda y custodia que se adopte). Cabe entender que si la capacidad económica de uno y otro es semejante, los gastos serán abonados por partes iguales.

Además, la norma vasca introduce un tercer tipo de gastos, a los que denomina voluntarios, y que en su artículo 10.2 define como aquellos que no respondan a necesidades de los hijos, pese a que se consideren adecuados para ellos. Estos gastos deberán ser cubiertos por aquel progenitor que haya decidido su realización (art. 10.3 Ley 7/2015)[45].

7.3 El régimen de comunicación y estancia

La última medida a la que quiero referirme es al tradicionalmente conocido como régimen de "visitas", al que la norma del País Vasco ha preferido denominar régimen de comunicación y estancia. Se refiere a esta cuestión en sus artículos 9.6 y 11.

El aspecto más llamativo de la nueva regulación es que no ha previsto la posibilidad de establecer un régimen de comunicación y estancia en los supuestos de custodia compartida. No obstante, considero que ello no impide que el juez pueda fijarlo si lo estima adecuado para el interés superior del menor. Y es que, habrá supuestos de custodia compartida en los que los periodos de permanencia con uno u otro progenitor resulten muy amplios, por lo que para garantizar el mantenimiento de las relaciones entre éstos y sus hijos (y hacer así efectivo el principio de coparentalidad) resultará necesario el establecimiento de un régimen de comunicación entre el menor y aquel progenitor que en cada momento no lo tenga en su compañía.

Si nos fijamos en el resto de Ordenamientos autonómicos, tampoco han previsto la posibilidad de adoptar un régimen de comunicación y estancia en los supuestos de custodia compartida. En cambio, el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia sí pretendía introducir en nuestro Código Civil la

44 Este es el criterio previsto también por la norma aragonesa (art. 82.4 CDFA) y el que pretendía introducir en el Código Civil el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (art. 93.3 CC, tras la redacción que pretendía darle el art. 1.5 del Anteproyecto).

45 Los gastos voluntarios han sido previstos también por la norma aragonesa (aunque los denomina gastos extraordinarios no necesarios) (art. 82.4 CDFA); y el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia pretendía introducirlos también en nuestro Código Civil (art. 93.2 CC, tras la redacción que le hubiera dado el art. 1.5 del Anteproyecto).

posibilidad de adoptar un régimen de comunicación y estancia en los supuestos de custodia compartida (art. 1.4, en la redacción que pretendía dar al nuevo art. 92 bis.2 CC)[46].

46 El mencionado precepto preveía que el juez se pronunciara sobre el régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos menores con el progenitor que no tuviera atribuida su guarda y custodia o durante el periodo que no conviviera con cada uno. Con esta última expresión "o durante el periodo que no convivan con cada uno", se estaba admitiendo implícitamente la posibilidad de fijar un régimen de comunicación y estancia en los supuestos de custodia compartida.

BIBLIOGRAFÍA

Alascio Carrasco, L. y Marín García, I.: "Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2007.

De la Iglesia Monje, Mª I.: "Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar: análisis jurisprudencial", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 88, núm. 732, 2012, pp. 2298-2326.

De Verda y Beamonte, J.R., "¿Qué es lo que queda del Derecho civil valenciano en materia de familia?", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31, 2017, pp. 111-162.

García Rubio, Mª P. y Otero Crespo, M.: "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 8, febrero de 2006, pp. 69-105.

Hernando Ramos, S.: "El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida", *La Ley*, núm. 7206, 2009, tomo 3, pp. 2038-2042.

Martínez Calvo, J.: "Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 257/2013, de 29 de abril)", *La Ley Derecho de Familia*, mayo, 2015, pp. 1-25.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.: "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. C., Martínez de Aguirre Aldaz), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, pp. 187-222.

Mayor del Hoyo, Mª V.: *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*, 1ª ed., Cedecs, Barcelona, 2000.

Ortuño Muñoz, P.: "La mediación familiar", en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja,* (dir. Mª C., García Garnica), 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, pp. 375-386.

Serrano García, J. A.: "La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia", *Actas de los vigesimosegundos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 181-294.

Tamayo Haya, S.: "La custodia compartida como alternativa legal", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 83, núm. 700, 2007, pp. 667-712.

Tena Piazuelo, I.: "Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños de primera?", *Aranzadi civil-mercantil*, vol. 1, núm. 1, abril, 2011, pp. 79-102.

OTROS RECURSOS

Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio*, http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-el-informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-corresponsabilidad-parental

Fiscalía General del Estado, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio*https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_CF_CUSTODIA_COMPARTIDA_DEFINITIVO.pdf?idFile=1907c598-d5c0-4480-b6f0-10ccbe0497d1.

MÚLTIPLE FILIACIÓN EN ARGENTINA: AMPLIANDO LOS LÍMITES DEL PARENTESCO

MULTIPLE PARENTAGE IN ARGENTINA: EXPANDING THE BOUNDARIES OF KINSHIP

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 372-393

Emiliano
LITARDO y otros

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de junio de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: El presente artículo analiza el reconocimiento legal en sede administrativa de la triple filiación de un niño ocurrido en Argentina en el año 2015. El caso, llevado adelante por la organización "Abogad*s por los Derechos Sexuales (AboSex)", fue el segundo precedente en el país y supuso el reconocimiento, por intermedio de la autoridad administrativa competente, de una familia compuesta por dos madres, un padre y un niño. Los argumentos del caso se fundaron en derechos de raigambre constitucional y convencional como el derecho a la familia y a la vida familiar sin injerencias ilegales o arbitrarias, el derecho a la identidad del niño, el respeto de su interés superior y la voluntad procreacional, hasta entonces no reconocida por la normativa nacional.

PALABRAS CLAVE: múltiple filiación; voluntad procreacional; Derecho de familia; derecho a la identidad; interés superior del niño; desjudicialización.

ABSTRACT: The article analyzes the legal recognition before an administrative authority of the triple affiliation of a child occurred in Argentina in the year 2015. The case, carried out by the organization "Lawyers for Sexual Rights (AboSex)", was the second precedent in the country and entailed the recognition, through the competent administrative authority, of a family composed of two mothers, a father and a child. The arguments of the case were based on constitutional and international law rights as the right to family and family life without illegal or arbitrary interference, the right to the identity of the child, respect for his best interest, and the procreational will of the parents, until then not recognized by national laws.

KEY WORDS: Multiple parentage; procreational will; Family Law; right to identity; best interest of the child; de-judicialization.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN DEL CASO Y DEL TRÁMITE.- II. LA CENTRALIDAD DE LA CONFIDENCIALIDAD.- III. UN PUNTO CLAVE: VOLVER PRÁCTICO EL DERECHO DEL NIÑO A PETICIONAR Y SER ESCUCHADO.- IV. LA IMPORTANCIA DE LA DESJUDICIALIZACIÓN.- V. LOS HECHOS DEL CASO.- VI. LOS PRECEDENTES.- VII. LOS DERECHOS INVOLUCRADOS.- 1. Reconocimiento de la realidad familiar: Derecho a la vida familiar y protección de la familia.- 2. Vínculo filiatorio: voluntad procreacional y aspecto biológico.- 3. Los deberes y seguridad jurídica como resguardo de los derechos del niño.- 4. Interés superior del niño.- 5. El derecho a la identidad.- VIII. CONCLUSIONES.-

I. INTRODUCCIÓN DEL CASO Y DEL TRÁMITE

En el presenta artículo se relata la experiencia del trámite administrativo que dio lugar al reconocimiento de triple filiación -sin intervención judicial- de un niño de 6 años por parte de un varón y dos mujeres. Las/os tres cumplían un rol parental. Las dos mujeres se encontraban casadas y la filiación ya había sido reconocida de manera oficial (comaternidad), siendo una de ellas tanto aportante de material genético como gestante del niño. El varón, por su parte, cumplía un rol paternal y había aportado también material genético.

Desde el punto de vista del activismo legal, el objeto del caso fue solicitar, en virtud de los artículos 247 y 248 del anterior Código Civil argentino, que se inscriba en la partida de nacimiento del niño el reconocimiento del padre varón (el único no reconocido legalmente hasta esa instancia, pese a los lazos biológicos y de crianza desde el nacimiento con el niño). Dicho reconocimiento de paternidad era complementario -y no sustitutivo- de la comaternidad ya reconocida en la partida de nacimiento. Se solicitó, asimismo, que se proceda a la consecuente rectificación del apellido de manera tal que el niño pase a tener los tres apellidos (el de sus dos madres y el de su padre). Es de destacar que el apellido del varón

• Emiliano Litardo
Abogado (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Investigador en derechos sexuales y derechos humanos. Docente auxiliar. Doctorando por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: litardo.emiliano@gmail.com

• Sofía Novillo Funes
Abogada (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: sonovillofunes@gmail.com

• Iñaki Regueiro De Giacomi
Abogado (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Maestrando en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Maestría en Leyes (LL.M.) especializada en discapacidad por la Universidad de Syracuse, EE.UU. Trabaja temáticas relativas a Derechos LGBTI y Derechos de Personas con Discapacidad. Correo electrónico: inaki.regueiro@gmail.com

• Gabriela Spinelli
Abogada (Universidad de Buenos Aires, Argentina) especializada en niñez y derechos humanos. Maestranda en Diseño y Gestión de Políticas Sociales (FLACSO, Argentina). Correo electrónico: estugaby@gmail.com

quedó en último lugar, cortando una larga tradición patriarcal vigente y legalizada por el antiguo Código Civil.

Pese a que el trámite tomó la forma inicial de un reconocimiento paterno (en atención a las normas vigentes y a fin de facilitar la gestión de la Registradora), el escrito fue encabezado y firmado por los/as tres progenitores/as y, más importante aún, por el propio niño cuyos derechos estaban involucrados. El niño se identificaba y refería a sí mismo en el escrito con los tres apellidos en tanto hecho ya consumado (y así él lo hizo de su propio puño y letra en el acta adjunta). Esto responde a que la familia exigía del Estado el reconocimiento de una situación que ya acontecía pacíficamente en los hechos (parentalidad triple). No se buscaba un aval o un permiso sino una mera homologación. La misma perseguía fines estrictamente prácticos (por ejemplo, en relación a la oponibilidad de dicha relación jurídica frente a terceros/as).

Se trató de una acción llevada a cabo por el colectivo de activismo legal "Abogad*s por los Derechos Sexuales" (AboSex). La presentación se realizó ante el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires.

II. LA CENTRALIDAD DE LA CONFIDENCIALIDAD

En primer lugar, se solicitó que se preservara la privacidad y confidencialidad del niño en tanto persona menor de edad con especial protección legal, así como de toda su familia, en tanto información privada y de carácter sensible en términos legales. Se requirió que todo dato fuera resguardado de cualquier intervención de la prensa, organizaciones (incluso las que promovieron esos derechos) o cualquier otra persona ajena al proceso y en estricto resguardo de la confidencialidad de ese niño y demás integrantes de su familia.

La difusión la información no autorizada hubiera consistido en una violación del derecho a la dignidad del niño y una injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada o intimidad familiar, tal y como lo estipula el artículo 22[1] de la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niños/as y Adolescentes.

III. UN PUNTO CLAVE: VOLVER PRÁCTICO EL DERECHO DEL NIÑO A PETICIONAR Y SER ESCUCHADO

Si bien el niño formó parte de los trámites presenciales ante el Registro Civil, es destacable que integró el procedimiento escrito desde el primer momento.

1 "Se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar."

Esto es así dado que se incluyó al documento inicial un acta que estipulaba lo siguiente: "Hoy, [fecha en julio de 2015] nos reunimos [las madres y el padre] con [el niño] y le explicamos que sus mamás y su papá quieren hacer un trámite para que su papá [nombre del padre] figure en su documento como su papá y también para que se agregue a su nombre el apellido [apellido del padre]. Las mamás y el papá le preguntamos a [nombre del niño] qué le parecía, y él respondió: ..." Hasta allí estaba lo impreso, el niño incluyó, de su puño y letra y por propia iniciativa la frase "que me parece bien". Luego firmaron los/as cuatro y el niño, también por iniciativa propia, colocó bajo cada firma las palabras mamá, mami y papá. Huelgan los comentarios o explicaciones.

IV. LA IMPORTANCIA DE LA DESJUDICIALIZACIÓN

En primer lugar, es de destacar que se trató de una acción administrativa, dado que se consideró que la judicialización de casos donde no existe controversia sólo redunda en la victimización de las familias en cuestión. La judicialización presenta diversos problemas. En primer lugar, los asociados a las fallas en el acceso a la justicia (altos costos, distancias geográficas, demoras en tiempos, falta de difusión de la información -siquiera de la posibilidad de accionar, etc.) En segundo lugar, acceder a la judicialización hubiera significado tanto como delegar en el poder de imperio -y la consecuente discrecionalidad- de un/a magistrado/a algo tan delicado e importante como el reconocimiento de una realidad familiar. En definitiva, la judicialización es un atentado contra la seguridad jurídica y sólo afecta a quienes se apartan de una normalidad imaginaria (cultural y coyuntural) y resulta, por ende, discriminatoria. En otras palabras, si a otras familias no se les exigía ir a los tribunales para reconocer su existencia como tal, exigírselo a esta familia devenía en una manifiesta discriminación.

La solicitud presentada cumplió con la totalidad de los requisitos exigidos por el Registro Civil y de la Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para el trámite administrativo de reconocimiento paterno. A saber: a) no contradecía una filiación anterior establecida, ajustándose al Art. 250 del anterior Código Civil[2], dado que la paternidad requerida complementaba -y no sustituía- la comaternidad. Ello, además, descartaba la vía judicial en tanto no había reconocimiento anterior ni controversia alguna sobre la paternidad del niño; b) la voluntad del padre biológico era manifiesta, en tanto él suscribió el escrito y acompañó su documentación personal; c) Se presentó en el registro donde estaba inscripto el nacimiento; d) No se trataba de un nacimiento inscripto de oficio sino a pedidos de las madres y e) Se adjuntó una copia actualizada de la partida de nacimiento del niño.

2 Tampoco se vulnera el artículo 45 de la Ley 26.413 que veda los "reconocimientos sucesivos de una misma persona, por presuntos progenitores de un mismo sexo."

V. LOS HECHOS DEL CASO

Las dos mujeres se conocieron y enamoraron en 2005, y el varón era amigo de una de ellas desde 1998. La relación entre las mujeres fue reconocida paulatinamente por el Estado en la medida que éste eliminó barreras discriminatorias: en 2006 celebraron la unión civil (conf. Ley de la Ciudad núm. 1.004 de 2002) y, una vez sancionada la Ley Nacional de Matrimonio Igualitario núm. 26.618 de 2010, decidieron casarse. De ese modo, la madre no gestante pudo ser reconocida como cónyuge de la gestante (esa era la fórmula que se colocaba en dicho documento en aquel momento). Recién en 2012 y en virtud del Decreto presidencial núm. 1.006/12[3] pudieron registrar la comaternidad. Ahora, en 2015, las dos madres y el padre solicitaban registrar la paternidad en 2015.

Al momento de decidir tener un hijo en común (una de ellas tenía una hija anterior), ambas madres acordaron que no sería con donante anónimo dado que ambas familias fueron diezmadas por la dictadura cívico - militar ocurrida entre los años 1976 y 1983- y eran una familia sin abuelos. En sus palabras: "Las preguntas sin respuesta les pesaron mucho durante la infancia y no querían heredar aquello para su hij*".

El hecho de que el niño tuviera un padre fue definido como "un regalo", en tanto implicaba la ampliación y reconocimiento de los vínculos familiares del niño y, al mismo tiempo, la posibilidad de que conozca su origen.

El niño fue concebido por medio de una técnica de inseminación casera (sin intervención médica o de institución alguna) donde una de las madres fue la gestante y el varón el donante de material biológico (semen). El nacimiento fue inscripto en el Registro Civil del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires.

Desde el primer momento, ambas mujeres fueron sus madres y el varón el padre. Independientemente de la carga genética, la familia y todos sus roles, cuidados y responsabilidades se constituyó desde un primer momento entre cuatro personas, tanto íntima como socialmente. La materno-parentalidad fue siempre y es hoy también una actividad que se comparte. Se trataba de un hecho de público y notorio conocimiento.

"Por esto –dijeron- es que reclamamos que esta voluntad de los tres de cuidar, criar, acompañar a crecer, que nuestra voluntad procreacional sea reconocida. Que los derechos de herencia y protección, de filiación en relación con las familias de los tres sea reconocida legalmente. Que su derecho a la identidad sea protegido

3 El decreto instituía una moratoria de reconocimiento de la comaternidad para niños/as nacidos/as antes de la entrada en vigor de la ley de matrimonio igualitario.

por el estado y reconocido a todos los efectos administrativos que la vida civil demande. Que el derecho superior de este niño de seis años esté por encima de cualquier otro prejuicio, creencia preestablecida o limitaciones legales".

La acción apuntaba, en palabra de los solicitantes, a que no existan más "familias reales que seguían criando chicos reales con derechos restringidos"

VI. LOS PRECEDENTES

La filiación múltiple ha sido reconocida tanto en la Argentina, como en la región y en otras partes del mundo. En Argentina existía un precedente de aplicación directa resuelto en abril de 2015 en la provincia de Buenos Aires. El primer punto destacable es que se trataba de un precedente administrativo. Era un caso asimilable donde al reconocimiento de la comaternidad se solicitó incorporar el reconocimiento paterno.

En el dictamen jurídico[4] que sirvió para fundar dicho precedente se comprueba una interpretación armónica de la legislación a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos dado que debe "...la Administración encontrar una solución adecuada, razonable, creativa y justa que respete "el centro de vida" y la identidad del niño". Dicho documento "concluye que la legislación civil no establece un numerus clausus respecto a la cantidad de integrantes en un vínculo filial, aunque da por sentado su conformación por solo dos personas, pero de un análisis armónico de la normativa integral no surge expresamente la prohibición de una triple filiación como en el supuesto tratado". Por último, la adición de un tercer apellido "no encuentra impedimento" por "no estar expresamente prevista solución normativa para el caso".

El precedente fue finalmente plasmado en una Disposición[5] del Registro Civil de la provincia de Buenos Aires. Allí se destacaba la necesidad de "reconocer una realidad familiar, la que merece la protección, tutela y el amparo del Estado". Agregaba que "las normas de inferior jerarquía deben analizarse e interpretarse a la luz del otorgamiento de estos derechos, sin limitarlos o restringirlos". En relación con el artículo 250 del anterior Código Civil, se afirmaba: "no desplazándose ni contradiciéndose ninguna filiación sino por el contrario se incorpora la figura paterna con la expresa aceptación de las madres cónyuges". En relación con el "derecho fundamental de la persona a conocer su identidad" de jerarquía constitucional destacaba que tanto "la jurisprudencia patria como la internacional es conteste en interpretar que deben articularse los derechos constitucionales, civil-familiar y procesal a fin de resolver la cuestión de estado conforme a una

4 Dictamen núm. 6806/14 de la Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires.

5 Disposición núm.. 2062/15 de la entonces Directora Provincial del Registro de las Personas de la provincia de Buenos Aires, Dra. Claudia Marcela Corrado.

concepción superadora del formalismo". De no resolverse la cuestión planteada, se configuraría una "negligencia del Poder Administrador". Procuraba, asimismo no "entorpecer o dilatar administrativamente" el pedido, lo cual sería ilegal a su criterio. Por ende, finalmente resolvió "hacer lugar a la solicitud de reconocimiento paterno" y a la adición de su apellido "procediéndose inmediatamente a la inscripción pertinente".

Con este precedente en vista, cercano en tiempo y en lugar, se imponía que la Ciudad de Buenos Aires adoptara la misma solución. Hubiera sido totalmente contradictorio que por vivir a un lado u otro de la Avenida General Paz (la frontera física entre ambas jurisdicciones) existiera una insalvable diferencia en la protección de derechos. Máxime considerando que los derechos involucrados -incluyendo los del niño- tienen raigambre constitucional y son de carácter federal.

El primer país latinoamericano en aceptar la triple filiación fue Brasil, ya que en el año de 2013 el Tribunal de Justicia del Distrito Federal reconoció la triple filiación en una petición solicitada por la propia interesada, reconociéndose a su "padre de crianza" junto a su padre y a su madre biológicos. Posteriormente y en entera vinculación con este caso, surgió un precedente en el estado de Rio Grande do Sul en el año 2014. En dicha oportunidad, un juez[6] resolvió en forma urgente y en una sentencia breve la inscripción y la adición del apellido paterno, atenta la "ausencia de impedimentos legales".

En otros países del mundo se destacaba -al momento de redactar el escrito- un precedente de 2012 de una Corte de Apelaciones del Reino Unido[7] identificado como A. v. B. and C[8]. En California, Estados Unidos, por su parte, una nota periodística daba cuenta de la presentación de un proyecto de ley en este sentido [9] que fue luego aprobado en 2013 (*Senate Bill núm..* 274[10]). Dicha nota también daba cuenta de que los estados de Delaware y el Distrito de Columbia poseían legislación específica que habilitaba la figura de un tercer padre o madre "de facto" con los mismos derechos y obligaciones y que en Canadá y Nueva Zelanda se habían dictado precedentes judiciales favorables. Asimismo, en al menos otros siete estados de Estados Unidos (entre ellos Oregón, Florida[11] -en 2013- y *Massachusetts*) la existencia de tres padres legales fue reconocida judicialmente durante la última década.

6 Processo núm.: 027/1.14.0013023-9 (CNJ:.0031506-63.2014.8.21.0027). Decisión fechada el 11/09/2014 por el Juez Rafael Pagnon Cunha, 4ª Vara Cível do Fórum de Santa Maria (Rio Grande do Sul, Brasil).

7 http://www.telegraph.co.uk/women/mother-tongue/9143717/Three-parents-as-good-as-two-for-boy-with-lesbian-mothers-and-gay-father-court-rules.html

8 EWCA Civ 285 Case No: B4/2011/2326, Royal Courts of Justice Strand, London, 14/03/2012.

9 http://www.nytimes.com/2012/07/14/us/a-california-bill-would-legalize-third-and-fourth-parent-adoptions.html?_r=0

10 https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201320140SB274

11 http://www.reuters.com/article/2013/02/07/us-usa-florida-adoption-idUSBRE91618L20130207

VII. LOS DERECHOS INVOLUCRADOS

1. Reconocimiento de la realidad familiar: Derecho a la vida familiar y protección de la familia

Como se dijo, la familia en cuestión estaba compuesta por cuatro integrantes: dos madres, un padre y un niño. Tal y como queda patente en los hechos del caso, las/os tres progenitores/as decidieron, planificaron y sostuvieron su voluntad procreacional conjunta. Asimismo, y a lo largo de seis años de crianza del niño, mantuvieron relaciones familiares provistas de cotidianeidad, confianza y amor. El niño reconocía en las mujeres a sus mamás, y en el varón a su papá. Ellas/os tres, reconocían en el niño a su hijo y le brindaron atención y protección. Pero, hasta ese momento, el Estado sólo había reconocido en su rol y carácter a las dos madres, y el motivo del pedido era que haga lo propio con el varón.

El reconocimiento de la conformación de esta familia y la presencia en la vida del niño eran extensivos a los/as parientes que integran las tres respectivas familias ampliadas. Asimismo, existía un total reconocimiento social por parte de la comunidad en general: vecinos/as, compañeros/as de escuela y sus familias, amigos/as, compañeros/as de trabajo, etc.

La Convención sobre los Derechos del Niño (de jerarquía constitucional en Argentina por aplicación del artículo 75.22 de la Norma Fundamental) protege a la familia en todas sus formas. Desde el preámbulo se reconoce "...que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión". Asimismo, el niño se encuentra "...protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres..." (art. 2 de la C.D.N.). Por otro lado, el derecho a la identidad contempla a "las relaciones familiares" como elemento constitutivo del mismo (art. 8 de la C.D.N.).

Por su parte, los artículos 9 y 10, respectivamente, instrumentan los derechos a la vida en familia y a la reunificación familiar, siendo otras de las manifestaciones de la centralidad del reconocimiento de la familia en la Convención. Asimismo, el artículo 16 concibe a familia como un espacio específicamente protegido de la injerencia estatal arbitraria.

En el ámbito regional, la Convención Americana de Derechos Humanos contiene una cláusula específica de protección de la familia (art. 17) y de la vida familiar de injerencias arbitrarias o abusivas (art. 11).

Ahora bien, cabe preguntarse si la familia protegida por la ley responde a un modelo único. La respuesta es negativa.

Ya en 2005 el Comité sobre los Derechos del Niño observó "que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños. Estas tendencias son especialmente importantes para los niños pequeños, cuyo desarrollo físico, personal y psicológico está mejor atendido mediante un pequeño número de relaciones estables y afectuosas." Asimismo, reconocía que "cada una de estas relaciones puede hacer una aportación específica a la realización de los derechos del niño consagrados por la Convención y que diversos modelos familiares pueden ser compatibles con la promoción del bienestar del niño."[12]

En 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) trató la subsunción del concepto familia a una pareja de lesbianas no casadas y a las hijas de una de ellas. El tribunal señaló: que: "…en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio[13][14].

La CorteIDH citó también una sentencia coincidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[15]. En otras palabras, "no existiendo una definición de modelos familiares las normas legales deben interpretarse de manera amplia, de forma tal que todas las familias queden comprendidas y debidamente protegidas".

La normativa argentina también incluye una definición amplia de familia. En Decreto N° 416/06 (reglamentario de la Ley núm. 26.061 de Protección Integral de Niños/as y Adolescentes) dispone que: "Se entenderá por "familia o núcleo familiar", "grupo familiar", "grupo familiar de origen", "medio familiar comunitario", y "familia ampliada", además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad

12 Observación General núm. 7, 2005, Documento CRC/C/GC/7/Rev.1.

13 Nota al pie en el original: "Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 122, párrs. 69 y 70. Ver asimismo: T.E.D.H., Caso *Keegan* Vs. Irlanda, (núm. 16969/90), Sentencia 26 mayo 1994, párr. 44, y Caso *Kroon* y otros Vs. Países Bajos, (núm. 18535/91), Sentencia 27 octubre 1994, párr. 30."

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Sentencia 24 febrero 2012.

15 Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló en el Caso *Karner* Vs. Austria, que: El objetivo de proteger la familia en el sentido tradicional es más bien abstracto y una amplia variedad de medidas concretas pueden utilizarse para implementarlo […] como es el caso cuando hay una diferencia de trato basada en el sexo o en la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no solamente requiere que la medida escogida sea, en principio, adecuada para el cumplimiento del objetivo buscado."

o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección."

No se trata solamente de un derecho a la no injerencia estatal, la protección de la familia también se corporiza en el derecho de todo/a niño/a, cuando esto sea posible, a "conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos" (conf. artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

2. Vínculo filiatorio: Voluntad procreacional y aspecto biológico

El desplazamiento del parentesco, como matriz de relaciones humanas, desde una genealogía estrictamente naturalista hacia una comprensión que orbita en la idea de una construcción social, permite un avance para pensar nuevas lógicas de familias y cómo son reconocidas por el sistema jurídico.

El sistema jurídico, en tanto entramado de regulaciones que determina qué vínculos son susceptibles de producir identidades, estados y efectos jurídicos, hasta la Ley de Matrimonio Igualitario reposaba estrictamente sobre el ideal de familia heteropatriarcal. Es decir, aquella en la cual hombre y mujer confluyen para la reproducción social de la especie, la perpetuación del Estado, la organización social y el sostenimiento de la moral[16].

Estaba sedimentado "un deber ser de la familia" que como corolario negaba el carácter dinámico de los vínculos y sus representaciones sociales, obstruyendo la legitimidad de distintas formas de conformación familiar. Así, el modelo estándar de parentesco se erigía sobre la familia nuclear unida por lazos de consanguinidad y afinidad.

No obstante, el devenir histórico que tuvo en su trayecto las luchas del feminismo, disputando el poder sobre sus propios cuerpos, los destinos reproductivos inexorables, y los sentidos y significantes asociados a la mujer, contribuyó a la disociación de la, hasta entonces, inescindible asociación entre pareja y familia y entre sexualidad y el parentesco.

El resultado fue la paulatina apertura hacia un nuevo abanico de relaciones posibles, mediadas por la libre elección y el consenso de l*s sujet*s de formar una familia bajo sus propios términos. Como lo dice Bestard[17]: "Las familias son

16 Reich, W.: *La familia autoritaria como aparato de educación*, 1963. http://analisis-bioenergetico.es/wp-content/uploads/2015/09/W.-Reich-La-familia-autoritaria-como-aparato-de-educacion.pdf

17 Bestard, J.: "Los hechos de la reproducción asistida: entre el esencialismo biológico y el constructivismo social", *Revista de Antropología Social*, 2009, núm. 18, pp. 83-95.

escogidas y son las relaciones cotidianas las que crean vínculos de parentesco", haciendo hincapié en la relevancia de la intencionalidad en la gesta de un proyecto familiar que a su vez da sentido a la filiación, es decir la voluntad de quienes sostienen ese proyecto y actúan en consonancia.

Los imperativos sociales marcan no sólo las formas legítimas de constituirse como familia y acceder a los derechos y responsabilidades que ésta como tal detenta, sino que elaboran, como lo dice Donoso[18], perspectivas sobre la idoneidad de las personas para procrear.

Los desplazamientos a partir de esas concepciones, dan cuenta de lo complejo que resulta dentro de la matriz heteropatriarcal la lectura de formas y prácticas no hegemónicas. Aquí se podrían ubicar las familias monoparentales, homoparentales, lesboparentales, y otras, conformaciones que exceden los términos de lo previsto normativamente en muchos de los aspectos que para las familias nucleares heterosexuales se encuentran contempladas hasta el aspecto más remoto posible. Este es el caso de l*s hij*s de esas familias y su reconocimiento jurídico como tales.

Las familias homoparentales, según Donoso, se fundan en la elección, negociación y libre compromiso entre los individuos que la componen. Esto -aplicable a las familias que se desplazan de la norma hegemónica- supone la proyección de un proyecto de parentalidad, por ende, la intención de entablar lazos de parentesco responde a su voluntad procreacional.

Si bien el elemento biológico estaba presente en este caso a partir del material genético provisto, fue a partir de la conjugación con la voluntad procreacional, manifestada en el deseo sostenido por el progenitor, que aquel cobró relevancia para definir el vínculo filiatorio entre el niño gestado y su padre. Ambas manifestaciones, biológica y volitiva, son complementarias entre ellas y han ido configurando la identidad filiatoria del niño. En ese sentido, Fachín[19] señala que "la verdadera paternidad no es un hecho de la biología, sino de la cultura. Está antes en la dedicación y en el cuidado que en la procedencia del semen".

El Código Civil y Comercial argentino (que entró en vigencia en 2015, es decir, con posterioridad al precedente que nos ocupa), recepta la voluntad procreacional como fuente de filiación. Así, prescribe lo siguiente: "Articulo 562.- Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y

18 Donoso, S.: "Lesboparentalidad y transformación familiar", 2003, *ESA Research Network 9*, https://www.um.es/ESA/papers/Rn9_41.pdf

19 Fachin, L.E.: "Família hoje, A nova família: problemas e perspectivas", Vicente Barreto (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 85.

561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos".

No obstante, el Código Civil y Comercial limita el número de filiaciones que puede tener un/a niño/a al disponer en su artículo 558 que "Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación".

La voluntad procreacional puede ser entendida como una figura jurídica maleable, aplicable a múltiples situaciones en pos del reconocimiento de relaciones de familia, que involucra la intención de gestar un hijo en el marco de un proyecto parental y de asumir el rol materno/paterno filial que deviene.

La voluntad procreacional es producto del dinamismo que caracteriza las relaciones de familia y que conlleva cambios en el derecho, produciendo estructuras familiares que resultan innovadoras en tanto se desplazan de las formas de familia normativas prescriptas por la matriz de inteligibilidad heterosexual, que demandan su reconocimiento a la par de aquellas y son merecedoras de protección jurídica.

Resulta pertinente exponer que las limitaciones que presenta el ordenamiento jurídico vigente frente al dinamismo con el que opera la realidad que éste pretende regular, supone un necesario ejercicio de enriquecimiento de las normas para suplir vacíos o disposiciones legales a fin de evitar que dichas limitaciones se traduzcan en vulneraciones de derechos.

En tal sentido, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por la República Argentina (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), han abonado la normativa interna con una perspectiva de derechos humanos, imponiendo la necesidad de reconocer otras formas posibles de entender el parentesco a partir de construcciones socioafectivas, otras maternidades y otras paternidades. Y es aquí donde se inscribe la voluntad procreacional.

La voluntad procreacional como fundamento del vínculo filiatorio se aparta de la lógica usual y causal de identidad biológica, genética y volitiva. En el caso en cuestión vemos como las tres variables se conjugan y entrecruzan de manera singular no en un binomio, sino en tres personas que expresan su fundada voluntad de ser madres y padre de su hijo.

Si la voluntad tiene carácter *sine qua non* para la validez de los actos jurídicos, no es menor la entidad que ésta adquiere en un caso como el analizado, ya que voluntad es el sustento sobre el que se erige la filiación cuyo reconocimiento se pretende.

El reconocimiento a la familia conformada no se encuentra supeditado al cumplimiento de formas preestablecidas, y al mismo tiempo supone hacer efectivos los derechos de libertad, autonomía y vida privada consagrados en nuestra vasta normativa.

Como corolario, que una persona, o tres como en este caso, decidan plena y libremente conformar una familia que trascienda las formas que pueden ser consideradas tradicionales, no supone que sea de menor valor para el ordenamiento jurídico y para las instituciones que deben de reconocerla, y debería ubicarse en lo que la doctrina ha denominado "socioafectividad". Al respecto, se señala que es "(...) el elemento necesario de las relaciones familiares basadas en la voluntad y el deseo de las personas de mantener vínculos afectivos que trascienden lo normativo, convirtiéndose paulatinamente, conjuntamente con el criterio jurídico y biológico, en un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental"[20].

Proceder de manera opuesta, supondría una actuación arbitraria, que perpetuaría la discriminación en relación con quien tiene la vocación de ser reconocido como padre del hijo concebido y un menoscabo a los derechos que como tal le corresponde, pero sobre todo significaría una manifiesta afectación al derecho que el niño tiene de que le sea reconocido su emplazamiento filial en relación con su progenitor, lo cual es a su vez constitutivo de su identidad.

Resulta imprescindible el reconocimiento y la visibilización jurídica de estas formas familiares que, trascendiendo un parentesco netamente biológico, se orientan a un parentesco socia. Debe haber un reconocimiento y protección de las relaciones familiares y los derechos del niño a ejercer los derechos que como hijo/a detenta.

Tal como se ha dicho, "Estas nuevas realidades importan una "desbiologización y/o desgenetización de la filiación"; el concepto de filiación ha ganado nuevos contornos en sede doctrinal y jurisprudencial, comenzándose a hablar de "parentalidad voluntaria" o "voluntad procreacional" como un acto jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos y no, exclusivamente, de características genéticas"[21].

20 Lloveras, N. y Mignon, M. B.: *La filiación en el siglo XXI y el Proyecto de Código Civil: un sistema normativo para la sociedad*, Abeledo Perrot, J.A. Buenos Aires, 2002.

21 Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lamm, E.: "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista Derecho Privado*, 2012, Año I, núm. 1, Ediciones Infojus.

En sí, la voluntad procreacional constituye un elemento fundamental para que el niño haya nacido, para ser cuidado, criado y protegido por sus madres y por su padre, y es un pilar que consolida ese vínculo jurídico.

3. Los deberes y seguridad jurídica como resguardo de los derechos del niño

Hasta ahora solo hemos hablado de derechos, pero ¿qué ocurre con los deberes? El artículo 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que "[t]oda persona tiene deberes para con la familia.". Asimismo, el artículo 19 de dicho tratado establece que "[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia". Estas citas dejan en claro que la solicitud también se refería a la necesidad de establecer un régimen de seguridad jurídica que sirva tanto para el ejercicio de derechos como de deberes (por ejemplo, alimentarios), siendo ambos inescindibles. En otras palabras, el régimen derivado de la responsabilidad parental requiere que las personas involucradas (padres, madres, hijos/as) estén debidamente identificados y reconocidos en el carácter del rol que ejercen social y legalmente. De esta manera, existe certeza y resguardo legal para todos/as y a todo evento.

4. Derecho a ser inscripto y a tener un nombre

El nombre es reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 8) como uno de los elementos que, junto con la nacionalidad y las relaciones familiares, compone el derecho a la identidad. Por primera vez un tratado reconoce expresamente este derecho en un artículo que integra los denominados artículos argentinos debido a que fueron propuestos por la delegación de ese país con el objetivo de que los gobiernos adopten medidas para prevenir las desapariciones forzadas de niños y niñas como las que ocurrieron durante la última dictadura argentina[22].

Es claro que el derecho al nombre contempla los apellidos que reflejen la composición real de la familia. Así lo prevé expresamente el artículo 18 de la Convención Americana que dispone que "[t]oda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario" (El destacado no forma parte del original).

22 Secretaría de Derechos Humanos de la Nación – UNICEF, "Derechos de niñas, niños y adolescentes. Seguimiento de la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño. Derecho a la Identidad: dimensiones, experiencias y políticas públicas", 2009, P. 15. Disponible en http://www.conabip.gob.ar/sites/default/files/derechos_de_ninos__ninas_y_adolescentes__seguimiento_de_aplicacion_de_la_cdn__derecho_a_la_identidad__dimensiones_exp.pdf

Al respecto, la CorteIDH estableció que el derecho al nombre constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado[23].

La Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de niñas, niños y adolescentes también recoge el derecho a la identidad: "los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia"

El derecho al nombre se encuentra también asociado intrínsecamente al derecho del/a niño/a a ser inscripto/a. Conforme lo dispone el artículo 24 incs. 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de jerarquía constitucional: "Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad". En el mismo sentido, el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que: "El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos".

5. Interés superior del niño

El artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga al/a niño/a el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada.

Ese interés, cuyo objetivo explicitado en la Ley núm. 26.061 no es otro que "la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley", debe ser evaluado también por las autoridades administrativas en cada decisión en que se encuentren involucrados los derechos de un/a niño/a.

El Comité de los Derechos del Niño señaló que el concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El juez o la autoridad administrativa, dijo el Comité, podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable, y

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Sentencia 8 septiembre 2005, Serie C núm.. 130, párrs. 182 y 184.

debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño/a.[24]

La identidad es uno de los aspectos que, junto con la opinión del niño/a, la preservación de sus vínculos familiares, entre otros, deben tenerse en cuenta al evaluar y determinar su interés superior. Como dijimos, el derecho del niño/a a su identidad está garantizado por la Convención (art. 8) y, en consecuencia, debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior. Es en el marco de la familia que el niño/o reconoce como tal, donde se va configurando su identidad. La adición, en este caso, del apellido paterno la consolida y la robustece al permitirle proyectar socialmente su identidad socioafectiva vinculada con la circunstancia de integrar esa familia singular, determinada, como componente esencial en la conformación de su subjetividad.

El reconocimiento de la realidad familiar es constitutivo de la identidad del/a niño/a y, por ende, medular en la determinación de su interés superior. La falta de reconocimiento jurídico del lazo de parentesco construido en base de la multiparentalidad, importaría una vulneración del derecho a la identidad que conlleva necesariamente la violación del interés superior.

El reconocimiento jurídico de situaciones fácticas ya consolidadas, ha sido resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina con soluciones innovadoras adoptadas con el fin de preservar el interés superior del niño. Así, ante un conflicto de intereses entre una familia adoptiva y una de origen, la Corte dispuso mantener ambos vínculos en un formato que dio en llamar "triángulo adoptivo afectivo". Para así decidir, consideró que "un enfoque no dogmático lleva a la cuidadosa consideración de estos últimos casos desde la perspectiva libre de prejuicios que ordena utilizar el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño"[25]. Ese enfoque -no dogmático y sin prejuicios- es sin duda aplicable a la triple filiación.

6. El derecho a la identidad

La construcción jurídica del derecho a la identidad es la resultante de los procesos de subjetividad -defender la manera de estar situados en el mundo- y de las imposiciones institucionales de ciertas identificaciones como mecanismos de control social. Así, la identidad siempre implica una batalla que se libra en el terreno de lo discursivo con consecuencias materiales sobre nuestros cuerpos.

24 Comité de los derechos del Niño, Observación general núm. 14, 2013, párr. 32.

25 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso "A., F. s/ protección de persona", Fallos: 330:642, 2007.

La modernidad nos ha hecho creer que somos sujetos con identidades fijas dentro de los marcos culturales. La asignación de identidad de acuerdo con los roles domésticos-familiares, con los esquemas de distribución de la fuerza de trabajo y con las relaciones inter-sexos, se fundó sobre la idea según la cual la persona es idéntica siempre y en cualquier situación a su yo; una estabilidad nucleada e inmutable frente a los conflictos o vicisitudes sociales, culturales, históricas. La modernidad y su proyecto de unidad existencial impactaron en la conformación de una idea de identidad nuclear configurativa de un conjunto de cualidades prefijadas según valores culturales impuestos. En este aspecto, la identidad jugaba según las reglas del individualismo y un marco de referencia impuesta. Identificarse en un género, suponía tener atributos naturales de ese género; asumirse como hijo/a presuponía la pertenencia a una familia inter-sexo dual (madre-padre) o identificarse en una identidad nacional o pertenencia política asumía como dado que la persona reunía condiciones morales o físicas que lo consagraban como tal. La historia personal se vuelve unitaria, ensimismada y borra todo anclaje con la realidad, especialmente con la otredad. En otras palabras, una tesis de este estilo desconocía el carácter relacional y dinámico de la identidad junto con las prerrogativas orientadas según la elección personal y la constitución social.

No es casual que el derecho a la identidad se lo ha ligado durante mucho tiempo con esta idea de autosustentabilidad o imposibilidad de mutabilidad en tanto uno es lo que es según la heteronomía de los códigos.

Desde un posicionamiento constructivista, la identidad aparece puesta en un campo de lucha de poder. La noción identitaria se vuelve elástica y pierde el dogmatismo constitutivo. La identidad surge de un proceso propio con relación a los otros. La interacción social es un elemento que no puede soslayarse como fundacional para la afirmación de uno, como tampoco la aprehensión de las normas que regularizan y disciplinan los modos de identificarse. A su vez, se vuelve relativa de acuerdo con los contornos en que se desarrolla. Las condiciones históricas, las instituciones, los deseos, las maneras de afrontar la exclusión, son criterios que configuran y robustecen la identidad. Es un producto de las relaciones de poder y de las diferencias antes que de lo idéntico.

Los relatos, las narrativas, las historias personales hacen de la identidad una contingencia necesaria. Así, es posible pensar la identidad como un proceso de construcción y reconstrucción a partir de un sujeto que acciona y reacciona en un mundo complejo, frágil y signado por representaciones sociales.

Toda identidad política, leída en este aspecto, se piensa afectada por el lenguaje y ubicación del sujeto en el mundo. La identidad no puede ser desligada del orden de la cultura ni del espacio en que se ubica la persona. Hay una vida cotidiana en

la cultura que condiciona la identidad y permite ser interpretado al mismo tiempo que habilita potenciar la propia percepción.

El derecho a la identidad no está desprovisto de esta manera de interpretar la identidad como temporal, ligado con lo contextual y sobre todo asociado con la perspectiva del devenir y del estar en el mundo. Es el modo en que debe ser leído tal derecho. De lo contrario, hay riesgos de negar la autonomía y la capacidad de acción de quien se percibe como tal o busca resguardar su modo de vivir en sociedad. En otras palabras, se pone en peligro la consolidación de procesos de identificación que no guardan vínculo alguno con el anclaje del deseo personal y social. Las identificaciones que no se corresponden con la identidad exigida son constitutivas de prácticas violentas porque oprimen la subjetividad e impactan negativamente en la asignación de otros derechos.

Las filiaciones familiares que convencionalmente fueron fijadas sobre criterios heterosexuales, se corresponden con la idea de una identidad esencialista/naturalista de los vínculos que ligan a padre, madre e hijos. La identificación corre por considerar cumplidos los valores impuestos por la hegemonía del parentesco. No hay identidad allí donde no hay posibilidad de revocar y redefinir los campos de lo propio. El Estado tiene la obligación de garantizar y respetar los contextos sociales de la diferencia en que la identidad se sucede o se transmuta, de lo que deriva robustecer la propia ciudadanía a partir de esa diferencia reconocida.

Asumir la unidad incuestionable de la identidad dentro de una cultura, conlleva a relaciones de parentesco uniformes. Sin embargo, la cultura no es unitaria, ni las reglas del parentesco se presentan como únicas. El parentesco aparece como acción antes que ligado a una estructura previa sustentada en una relación natural. Las relaciones de parentesco deben meritarse de conformidad con una multiplicidad de elementos, piezas o relaciones. El lenguaje tradicional de los derechos invoca determinadas relaciones de parentesco montadas sobre un pacto heterosexual, que no hace más que restringir y discriminar a otros tipos de parentesco o de relaciones filiares. El atributo normativo tiene efectos de inteligibilidad en los sujetos que conforman tales vínculos, y quienes no, quedan excluidos por la norma, que es lo mismo que decir, fuera del derecho. Esta afectación, indudablemente, no puede ser tolerada o apañada por el Estado.

Con este marco hermenéutico, el derecho a la familia se vincula con el derecho a la identidad y al nombre reconocido en el artículo 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos

Para esta causa, afirmamos que el derecho a la identidad se sustenta en fortalecer la subjetividad, por ello la condición de ciudadanía está latente en este

aspecto de la vigorosidad identitaria. Lo contrario es limitar cualquier relato de vida que presente una crisis al modelo de homogenización familiar. Cuando fue iniciado este proceso administrativo cabía preguntarse si el Estado podía socavar la historia del niño respecto de su propia narrativa y a obliterar una narrativa en pos de retener esquemas tradicionales de parentesco o filiales sustentados en pactos heterosexuales o invocaciones a una cultura unívoca y lineal. Concluimos en que el Estado no puede acallar la historia de ninguna persona ni reducir a un solo relato de una cultura unitaria los modos en que acontecemos en este mundo.

VIII. CONCLUSIONES

El reconocimiento legal en sede administrativa de la triple filiación aquí expuesta, supuso visibilizar las "otras familias" que integraban el entramado social, cuyas existencias no eran computadas por el sistema jurídico, anclado a un paradigma heteronormativo.

Velar por los derechos de la familia, y en particular del niño, requirió salvaguardar sus derechos a la vida familiar y a su protección como tal, el derecho a la identidad y el interés superior del niño, sorteando la judicialización del caso, que hubiese resultado arbitraria y discriminatoria.

La apelación a la voluntad procreacional como fuente del vínculo filiatorio, fue innovador en relación con el derecho vigente, ya que la filiación se erigió sobre la voluntad de l*s progenitor*s de gestar un hijo en el marco de un proyecto parental plena y libremente consentido.

La voluntad procreacional fue reconocida en el nuevo Código Civil y Comercial argentino (2015), sin embargo, se prescribe un número máximo de dos filiaciones por persona. Así, a la fecha, el reconocimiento de la multiparentalidad conlleva la necesaria judicialización y queda al arbitrio del/ juez/a el reconocimiento jurídico de una realidad familiar, ya vigente en los afectos y la dinámica social.

Tal como lo dijo la familia protagonista de esta triple filiación, "Este escrito no debería interpretarse como un pedido de autorización o como la intención de subsumir una "excepción" dentro de un molde legal rígido. No se trata de reconocer una "familia diversa" (…) Se trata simplemente de una familia, que tiene los mismos derechos que cualquier otra, y necesita poder ejercerlos en igualdad de condiciones con las demás."

BIBLIOGRAFÍA

BESTARD, J.: "Los hechos de la reproducción asistida: entre el esencialismo biológico y el constructivismo social", *Revista de Antropología Social*, 2009, núm. 18, pp. 83-95.

DONOSO, S.: "Lesboparentalidad y transformación familiar", 2003, *ESA Research Network 9*. https://www.um.es/ESA/papers/Rn9_41.pdf

FACHIN, L. E.: "Família hoje, A nova família: problemas e perspectivas", Vicente Barreto (Org.), Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 85.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E.: "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida", 2012, *Revista Derecho Privado*, Año I, núm. 1, Ediciones Infojus.

LLOVERAS, N. Y MIGNON, M. B.: *La filiación en el siglo XXI y el Proyecto de Código Civil: un sistema normativo para la sociedad*, Abeledo Perrot, J.A. Buenos Aires, 2012.

REICH, W.: *La familia autoritaria como aparato de educación*, 1963, En http://tijuanaartes.blogspot.com/2005/03/la-familia-autoritaria-como-aparato-de.html.

SENTENCIAS Y DECISIONES

Comité de los derechos del niño, Observación General núm. 7 (2005) "Realización de los derechos del niño en la primera infancia", Documento ONU CRC/C/GC/7/Rev.1, 2006.

Comité de los derechos del niño, Observación General núm. 14 sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 32, 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/02, supra nota 122, párrs. 69 y 70, 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia 8 septiembre 2005. Serie C núm. 130, párr. 182 y 184.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Sentencia 24 febrero 2012.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "A., F. s/ protección de persona", Fallos: 330:642. 13/03/2007.

Secretaría de Derechos Humanos de la Nación – UNICEF, "Derechos de niñas, niños y adolescentes. Seguimiento de la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño. Derecho a la Identidad: dimensiones, experiencias y políticas públicas", 2009, p. 15.

Processo núm. 027/1.14.0013023-9 (CNJ:.0031506-63.2014.8.21.0027). Decisión fechada el 11/09/2014 por el Juez Rafael Pagnon Cunha, 4ª *Vara Cível do Fórum* de Santa Maria (*Rio Grande do Sul, Brasil*).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Keegan* Vs. Irlanda, (núm. 16969/90), Sentencia 26 mayo 1994, párr. 44.

Tribunal Europeo de Derechos umanos, Caso *Kroon* y otros Vs. Países Bajos, (núm. 18535/91), Sentencia 27 octubre 1994, párr. 30.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

VALIDEZ DEL MATRIMONIO CONTRAÍDO POR UN CONTRAYENTE CON ALZHÉIMER. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA NÚM. 145/2018, DE 15 DE MARZO (RAJ 2018, 1478)

VALIDITY OF MARIAGE CONTRACTED BY PERSON WITH ALZHEIMER'S DISEASE. COMMENT ON SPANISH STS NUMBER 145/2018, OF MARCH 15 (RAJ 2018, 1478)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 396-409

José Ramón
de VERDA y
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de junio de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: Pueden contraer un matrimonio válido, tanto los incapacitados como las personas que, sin estar incapacitadas, adolezcan de alguna discapacidad que, a otros efectos, les impida gobernarse por sí mismas.

PALABRAS CLAVE: Marriage; invalidity; Alzheimer's disease.

ABSTRACT: They can contract a valid marriage, both the incapacitated and the people who, without being incapacitated, suffer from a disability that, for other purposes, prevents them from governing themselves.

KEY WORDS: Freedom of expression, judge, imparciality, neutrality.

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA.- COMENTARIO.- I. LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD NATURAL DE ENTENDER Y DE QUERER EL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.- II. ENFERMEDADES QUE EXCLUYEN LA POSIBILIDAD DE PRESTAR UN AUTÉNTICO CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.- III. LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO CONTRAÍDO POR PERSONA INCAPACITADA EN UN INTERVALO LÚCIDO.-

SUPUESTO DE HECHO

La cuestión litigiosa tiene su origen en el matrimonio contraído en China por un español con una mujer de nacionalidad china. El contrayente español, al tiempo de celebrarse, se encontraba incurso en un juicio de modificación de capacidad de obrar, el cual concluiría con una sentencia (dictada, una vez casada) que le incapacitaría para gobernar su persona y sus bienes, a consecuencia de padecer un alzhéimer, agravado por un posterior infarto cerebral que, según el informe médico forense (elaborado antes de la celebración del matrimonio), le ocasionaba "alteraciones en la inteligencia y voluntad necesarias para obrar con conocimiento y juicio suficiente para inspirar una libre decisión", por lo que se le sujetó a la tutela de una de sus hijas.

Es importante, tener en cuenta la siguiente cronología de hechos: la demanda de modificación de la capacidad de obrar del contrayente español enfermo fue presentada el 27 de diciembre de 2008; el matrimonio se celebró en China el 15 de enero de 2010; la sentencia de incapacitación fue pronunciada el 14 de junio de 2010.

Las hijas del contrayente enfermo interpusieron demanda de nulidad del matrimonio, con posterioridad a su fallecimiento, que tuvo lugar cinco años después de haberse casado, la cual fue estimada, tanto, en primera instancia, como en segunda instancia, por entender los juzgadores que el contrayente español, afectado

• José Ramón de Verda y Beamonte.
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. Presidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. 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. Director del Proyecto de Investigación MINECO DER2013-47577-R, "Impacto social de las crisis familiares". 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; "Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares", Thomson-Aranzadi, 2012, o "Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones", Thomson-Aranzadi, 2015. Correo electrónico: j.ramon.de-verda@uv.es.

de alzhéimer, carecía de la capacidad natural de entender y de querer, por lo que no había podido prestar un auténtico consentimiento matrimonial (art. 45.I y 73.1º CC).

La sentencia recurrida en casación había estimado, en efecto, la demanda de nulidad de las hijas del contrayente español, presentada con posterioridad al fallecimiento de aquél (acaecido cinco años después de casarse), con el argumento de que, meses después de la celebración del matrimonio, se había modificado judicialmente su capacidad de obrar "en el sentido de quedar privado de toda facultad para realizar cualquier acto de gobierno de su persona y de administración y disposición de sus bienes, derechos e intereses que tenga relevancia jurídica y sea socialmente trascendente, y específicamente para el ejercicio del derecho de sufragio y para otorgar testamento, y con sometimiento del mismo a tutela". Argumentaba, además, que se la había diagnosticado el alzhéimer en 2006 y que en el informe forense realizado (el 17 de noviembre de 2009) con motivo del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, se constataba que el padre "no podía responder a preguntas sencillas, como su edad, fecha de nacimiento, profesión, etc., o que no recordaba el nombre de sus hijas", concluyendo que "padecía la enfermedad de Alzheimer, de etiología degenerativa, con carácter persistente e irreversible en el tiempo, debiendo ser considerado psíquicamente 'No Capaz' del gobierno de su persona y sus bienes".

Por el contrario, el Tribunal Supremo, estimó el recurso de casación interpuesto por la mujer del fallecido, declarando válido el matrimonio.

DOCTRINA

El Código Civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida (art. 322 CC), de forma que sólo por la sentencia judicial que contenga la declaración de incapacitación se entenderá constituido este estado (arts. 199 CC y 756 a 762 LEC). A pesar de que con la incapacitación desaparece la presunción general de capacidad de los mayores de edad (arts. 322 y arts. 199 CC y 756 a 762 LEC), siempre que puedan prestar consentimiento matrimonial pueden celebrar un matrimonio válido tanto los incapacitados como las personas que, sin estar incapacitadas, adolezcan de alguna discapacidad que, a otros efectos, les impida gobernarse por sí mismas.

COMENTARIO

I. LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD NATURAL DE ENTENDER Y DE QUERER EL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

Para poder contraer matrimonio hay que tener capacidad natural para entender y querer el acto que se realiza. Es algo que se deduce sin dificultad de los arts.

45.I, según el cual "No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial"; y 73.1º. ambos del Código civil, que sanciona la nulidad del "matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial".

El art. 56.II CC (en la redacción dada al precepto por la Ley 30/1981) establece que, si en el expediente previo a la autorización del matrimonio el funcionario observare que alguno de los contrayentes está "afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento".

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria dio una nueva redacción al precepto, que quedó redactado del siguiente modo:"Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento".

Esta redacción era coherente con la dicción que la misma Ley 15/2015 ha dado al art. 51.I CC, según el cual "La competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio corresponderá al Secretario judicial, Notario o Encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero".

Sin embargo, la entrada en vigor de este precepto, que encomienda la competencia del control de los requisitos de capacidad de los contrayentes, también a los Notarios y Secretarios Judiciales (ante los que, tras la reforma de 2015, pueden ya celebrarse matrimonios civiles, según resulta de la disposición transitoria cuarta.2 de la Ley 15/2015), se pospuso al 30 de junio de 2017, fecha en la que debía haber comenzado la vigencia de la LRC de 2011, según preveía la disposición final 21.3 de la Ley 15/2015, que, sin embargo, ha sido modificada por el art. Único.5 de la Ley 4/2017, de 28 de junio, el cual ya no establece el concreto momento a partir del cual será aplicable el nuevo art. 51 CC (y otros preceptos relativos a la tramitación y celebración del matrimonio civil), sino que se remite, sin más, a la fecha de la "completa entrada en vigor" de LRC de 2011, que ha sido nuevamente aplazada al 20 de junio de 2020 (disposición final décima, I, LRC, modificado por la disposición final primera de la Ley 5/2018, de 11 de junio).

Por lo tanto, y en cuanto aquí nos interesa, hasta el 20 de junio de 2020 el control de la capacidad de los contrayentes seguirá siendo realizado, exclusivamente, en el expediente previo tramitado ante el Registro Civil, también en los casos en que

el matrimonio se celebre ante Notario o Secretario Judicial (disposición transitoria cuarta.2 de la Ley 15/2015).

Dicho esto, hay que observar que el nuevo art. 56.II CC hablaba, no sólo de "deficiencias o anomalías psíquicas" (como sucedía antes de la reforma del 2015), sino de "deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales", locución ésta, evidentemente más amplia, que, interpretada literalmente, llevaba a que el encargado del Registro civil tuviera que pedir dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento del contrayente que padeciera una deficiencia sensorial, aunque la misma no tuviera incidencia sobre su capacidad natural de entender y de querer (por ejemplo un invidente), lo que, además, de absurdo, era contrario al art. 23.1.a del Convenio de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (ratificado por España en 2008), según el cual los Estados Partes tomarán medidas efectivas para que se "reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges".

Por ello, la Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado aclaró que el precepto debía ser interpretado siempre de manera estricta "y en relación a supuestos excepcionales en los que la discapacidad afecte de forma evidente e impeditiva, aun proporcionados los apoyos precisos, a la capacidad para prestar el consentimiento, y lógicamente no a aquellos supuestos en que la discapacidad afecte tan sólo a los medios, canales o soportes de emisión de ese consentimiento o nada tenga que ver con ni guarde relación con la aptitud para prestarlo"; concluyendo que la exigencia de solicitar un dictamen médico se debía "entender necesariamente limitada exclusivamente a aquellos casos en los que la deficiencia afecte de forma sustancial a la prestación del consentimiento".

En cualquier caso, la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ha vuelto a dar una nueva redacción al art. 56.II CC (como se dice en su Preámbulo, que hace suya la interpretación preconizada por la Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016), con el fin de aclarar "que la intención de la reforma introducida por la Ley [15/2015, de 2 de julio] es favorecer la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad, evitando cualquier sombra de duda sobre su capacidad para contraer matrimonio".

El precepto queda redactado así: "El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo

en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento".

Por de pronto, parece claro que esa "condición de salud" no se dará en personas que sufran una mera discapacidad de carácter sensorial (como es el caso de los invidentes o de los sordos), pues, a través de las medidas de apoyo previstas en el precepto, podrán prestar su consentimiento para contraer matrimonio. Por lo tanto, la "condición de salud" que obliga al encargado del Registro Civil a recabar dictamen médico hay que referirla a las deficiencias de carácter psíquico o intelectual; y no a todas, sino exclusivamente a las que "de modo evidente, categórico y sustancial" puedan obstaculizar la prestación del consentimiento matrimonial. No bastan, pues, *meras dudas* del encargado al respecto, sino que se requiere *certeza* respecto a la falta de capacidad natural del contrayente, faltando la cual no deberá pedir el dictamen, sino que deberá autorizar la celebración del matrimonio, lo que parece correcto desde el punto de vista del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad y desde la consideración del *ius connubii* como un derecho fundamental, que no debe ser menoscabado más que en casos evidentes de falta de capacidad. Esto, claro está, sin perjuicio de que posteriormente pueda examinarse judicialmente la aptitud del contrayente para prestar el consentimiento *ad nuptias* y, si se prueba que no la tuvo, se dicte la correspondiente sentencia de nulidad.

La sentencia comentada nos dice, así, que "con dictamen médico o sin él, en ningún caso se excluye el ejercicio de una posterior acción judicial de nulidad en la que con todo medio de pruebas se valore la concurrencia de los requisitos de capacidad en el momento de la celebración del matrimonio".

Ciertamente, el art. 56 CC, en su redacción actual, es uno de los preceptos que no entrarán en vigor hasta el 20 de junio de 2020, pero me parece indudable que el criterio que establece debe aplicarse por el encargado del Registro Civil, como una exigencia ineludible de interpretar el todavía vigente art. 56 CC (el redactado por la Ley 30/1981) de acuerdo con el art. 23.1.a del Convenio de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad (de hecho, la sentencia comentada, se refiere a dicho precepto, como un argumento favorable al fallo que dicta).

II. ENFERMEDADES QUE EXCLUYEN LA POSIBILIDAD DE PRESTAR UN AUTÉNTICO CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.

Las deficiencias que pueden obstaculizar la prestación del consentimiento matrimonial pueden ser, tanto transitorias (por ejemplo, un estado de embriaguez o drogadicción), como duraderas, esto es, enfermedades o deficiencias intelectuales graves que en el momento en que ha de celebrarse el matrimonio priven a quienes

las padecen de la facultad de discernimiento y, en consecuencia, de la posibilidad de ponderar el significado y las consecuencias del consentimiento que deben prestar.

Se ha denegado, así, la autorización del matrimonio del contrayente afectado por una hemiplejia con afasia, que le imposibilitaba para hablar, por lo que sólo podía comunicarse apretando la mano izquierda [RDGRN 29 octubre 2014 (JUR 2015, 266357]; del que padecía un deterioro cognitivo severo compatible con una demencia mixta, de carácter crónico, progresivo y permanente, por lo tenía gravemente alterada su capacidad de conocer y querer el alcance y las consecuencias de sus actos [RDGRN 29 enero 2004 (RAJ 2004, 2790)]; del que sufría patología neurodegenerativa en su sistema nervioso, que le provocaba un deterioro cognoscitivo grave que afectaba a su capacidad de comprensión, elección y utilización de conceptos abstractos [RDGRN 18 octubre 1999 (RAJ 1999, 10145)]; o del que presentaba una demencia senil avanzada con un deterioro cognitivo importante que afectaba a todas las funciones psíquicas (orientación, memoria, comprensión del lenguaje, etc.) y, como consecuencia de ello, tenía totalmente impedida la capacidad de gobernar sus propios asuntos [RDGRN 23 octubre 2004 (RAJ 2005, 1079)].

Desde luego, no se exige "que los contrayentes se encuentren en un óptimo goce de sus facultades intelectuales o mentales, bastando al efecto que los mismos tengan la capacidad de discernimiento suficiente para conocer la trascendencia del compromiso que adquieren y conste su libre decisión de asumirlo" [SAP Valencia 21 septiembre 2016 (JUR 2016, 247157)].

Se ha autorizado, así, la celebración del matrimonio del contrayente con un coeficiente mental bajo, cierta inmadurez y dependencia de las personas que rodeaban, pero que tenía "una capacidad intelectiva dentro de la normalidad", que le permitía "conocer las responsabilidades que conlleva una relación afectiva, pudiendo discernir correctamente las implicaciones que supone una relación matrimonial y todas sus consecuencias" [RDGRN 30 junio 2005 (JUR 2006, 7457)].

Como regla general, por cuanto concierne a contrayentes con oligofrenia o que presentan un cierto grado de retraso mental orgánico, se ha autorizado el matrimonio de quienes tenían una edad mental de catorce años [RDGRN 12 marzo 1994 (RAJ 1994, 2295)] y se ha denegado el de los que tenían una edad mental inferior, a los que a veces se quería "utilizar" para la celebración un matrimonio de conveniencia, con el fin de que el contrayente (extranjero) pueda obtener el permiso de residencia en nuestro país [RDGRN 25 febrero 1994 (Act. Civ., R284/1994, p. 274). No obstante, podría cuestionarse esta orientación, basada en la circunstancia de que el anterior art. 48.II CC (redactado por la Ley 30/1981), permitía la dispensa judicial del impedimento de edad con justa causa a partir de los 14 años, lo que ya no es posible, tras la reforma del precepto llevada a cabo por la Disposición Final Primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria.

Como ya he dicho, el hecho de que quien tramitara expediente no hubiera solicitado el dictamen médico no significa que no pueda demandarse posteriormente la nulidad del matrimonio si se demuestra que el contrayente carecía de aptitud para prestar el consentimiento.

Así, se ha declaro nulo el matrimonio celebrado *in articulo mortis,* por haberse acreditado mediante dictamen emitido por experto neurológico que el contrayente se hallaba en situación de coma, dormido patológicamente y desconectado del medio, sin ninguna función intelectiva, ni posibilidad de pensar, ni de comunicarse con el exterior, habiendo prestado su presunto consentimiento a través de un encogimiento de hombros y de un apretón de manos [SAP Murcia 27 febrero 2002 (JUR 2002, 126479)].

Por el contrario, la STS 29 abril 2015 (RAJ 2015, 2208) ha desestimado la demanda interpuesta por los hermanos de una persona fallecida, por considerar que, si bien parecía probado que el contrayente padeciera "un leve retraso mental y presentara cierto grado de inmadurez y dependencia", no podía "entenderse acreditado que el déficit apreciado revistiera entidad suficiente para invalidar la emisión de un consentimiento matrimonial", máxime, cuando había otorgado diversas escrituras (de partición de herencia paterna y de apoderamiento en favor de uno de sus hermanos), sin que el Notario autorizante hubiese hecho reserva alguna al respecto, dándose además la circunstancia de que el día anterior a su muerte había sido nombrado administrador mancomunado de una sociedad mercantil por parte sus hermanos demandantes.

Tratándose de enfermedades crónicas que excluyen la capacidad natural de entender y de querer de quienes las padecen de manera continuada (por un ejemplo, una demencia senil irreversible o un Parkinson o Alzheimer acusados), la prueba de su existencia antes y después de la celebración del matrimonio, puede ser un indicio de que el enfermo carecía de aptitud para prestar el consentimiento matrimonial en el período intermedio durante el cual se casó. Pero hay que tener en cuenta que este tipo de enfermedades no afectan por igual al enfermo durante toda la etapa de su desarrollo (puede haber intervalos lúcidos), por lo que para declararse la nulidad del matrimonio tiene que quedar perfectamente acreditado que, precisamente, al tiempo de conclusión del matrimonio, se encontraba en un estado en el que tenía la gravedad suficiente para excluir su capacidad de discernimiento.

Es reveladora a este respecto la SAP Madrid 15 marzo de 2013 (JUR 2013, 158526), que desestimó la nulidad de matrimonio contraído por una persona que padecía un Parkinson que le había llevado a ser incapacitado para gobernar sus bienes cuatro meses antes de casarse, recayendo una posterior sentencia que también le incapacitaba para gobernar su persona y le sujetaba a tutela un año y cinco meses después de la celebración del matrimonio. Afirma que "considerando todas las

circunstancias en las que consta se celebró el matrimonio que nos ocupa, no queda acreditado que en el momento de contraerlo y de prestar su consentimiento, sus facultades intelectivas y cognitivas estuvieran hasta tal punto alteradas o interferidas como para considerar que no presto válidamente su consentimiento, cuando, por vertiginosa que sea la evolución de la enfermedad, no se acredita que en el periodo de aproximadamente un mes y 3 días que media entre el examen médico con resultado de conservación de la capacidad, y la celebración del matrimonio, el avance de la enfermedad fuera tal que sumiera al afectado en la situación un año después objetivada de grave alteración mental afectante a la capacidad de conocer y decidir, informada en proceso de incapacidad".

Respecto de un contrayente con alzhéimer trata, precisamente, como hemos visto, la sentencia comentada, que, con un discutible fallo (que cuenta con un voto particular), declara nulo el matrimonio contraído por un contrayente afectado por dicha enfermedad, estando pendiente una demanda de incapacitación que sería estimada poco tiempo después de la celebración del matrimonio; y ello a pesar de que en el informe médico forense elaborado con ocasión del juicio de incapacitación (de fecha anterior a la de la boda) se hubiera expuesto que el contrayente presentaba "alteraciones en la inteligencia y voluntad necesarias para obrar con conocimiento y juicio suficiente para inspirar una libre decisión".

Concretamente, en el informe se decía que no podía mantener una conversación, ni responder a preguntas sencillas, como su edad, fecha de nacimiento o profesión, y que no recordaba el nombre de las hijas; así mismo, que no sabía coger el bolígrafo para escribir una frase y al final ponía su nombre de forma ilegible, en forma de garabatos, sin que tampoco fuese capaz de copiar un sencillo dibujo que se le indicaba y de realizar el test del reloj.

Sin embargo, sorprendentemente, el Tribunal Supremo, a pesar de la contundencia del informe, entiende que "no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio *favor matrimonii*".

El argumento principal que sustenta este razonamiento, es el de que, durante la tramitación del juicio de incapacidad, el contrayente enfermo había presentado una demanda de divorcio contra su anterior mujer, la cual fue estimada, descartando expresamente el juez que pronunció el divorcio que la tramitación del procedimiento de modificación de la capacidad fuera obstáculo para ello (la demandada había planteado una cuestión prejudicial), lo que, obviamente, significa que, a su juicio, el actor conocía el significado de su pretensión, pues, "en nuestro derecho positivo,

la misma voluntad que se considera apta para celebrar el matrimonio lo es para disolverlo por divorcio".

No obstante, se utiliza otro argumento, que, aunque presentado como secundario, creo que es decisivo, esto es, la circunstancia de que la demanda de nulidad se hubiese presentado una vez muerto el contrayente, cinco años después de la celebración del matrimonio, sin que durante este tiempo la tutora (una de sus hijas, demandante, junto a sus hermanas, de la nulidad) hubiera considerado contrario al interés del incapacitado que residiera en su propia casa con la segunda mujer, dándose, además, la circunstancia de que ambos habían mantenido una relación durante años e, incluso, habían llegado a convivir antes de casarse.

Parece, pues, que, en realidad, se busca la justicia del caso concreto, tratándose de no comprometer la estabilidad de una situación familiar consolidada con apoyo en cuestionables motivos subjetivos de las demandantes de la nulidad.

En otro orden de cosas, plantean problemas las enfermedades que no excluyen de manera continuada la capacidad cognitiva y volitiva de quien las padece, sino sólo en determinados momentos, como es el caso de la depresión o de la esquizofrenia, que puede manifestarse en forma de brotes aislados. La cuestión –como siempre- será determinar si, en el preciso momento en que se celebró el matrimonio, el enfermo tenía gravemente deteriorada su capacidad cognitiva.

Así, se ha declarado nulo un matrimonio contraído por quien padecía una depresión grave en fase aguda "con pensamientos negativos e ideas autodestructivas aptas para tomas decisiones contrarias a sus intereses", y no podía "conocer y querer el acto que estaba realizando, pues en tal momento sobrepasaba su capacidad" [STS 14 julio 2004 (RAJ 2004, 4297)]; como también el contraído en fase maniaca por una persona que padecía una depresión y consumía cocaína, combinación que la sumió en un estado de descontrol en "el que su capacidad de discernimiento resultaba prácticamente anulada", estando "sustraída a los controles de la voluntad y del autodominio" [SAP Sevilla 28 junio 2000 (JUR 2000, 284516)].

Por el contrario, se ha considerado valido el matrimonio de una persona aquejada de esquizofrenia, por no demostrarse que hubiese habido brotes esquizofrénicos antes o después de la celebración del matrimonio, no existiendo "la más mínima prueba de que la contratante se hallara aquejada de una crisis en el momento de emisión del consentimiento en el negocio matrimonial, ni tan siquiera que tuviera limitadas sus facultades mentales o se revelase una trascendencia de la problemática psíquica en relación con dicho acto" [STS 18 septiembre 1989 (RAJ 1989, 6318)]. Ahora bien, en los estos casos en los que la persona afectada por la esquizofrenia haya tenido aptitud para prestar el consentimiento, el otro contrayente que desconociera

la enfermedad de su consorte podría pedir la nulidad del matrimonio por error en cualidad, con apoyo en el art. 73.4º CC.

III. LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO CONTRAÍDO POR PERSONA INCAPACITADA EN UN INTERVALO LÚCIDO.

El art. 56.II CC está pensando, sin duda, en un contrayente que no haya sido previamente incapacitado, pero, como sostiene el común de la doctrina y la Dirección General de los Registros y del Notariado, ello no significa que no pueda y deba aplicarse a los incapacitados para regir su persona y sus bienes por causa de una enfermedad psíquica.

La RDGRN 18 marzo 1994 (RAJ 19994, 2957) afirma que el "precepto es aplicable también a los judicialmente incapacitados de modo total, sin necesidad de una modificación previa de la sentencia". La RDGRN 2 junio 1999 (RAJ 1999, 10119) observa que el dictamen "debe ser exigido tanto en los casos de una incapacidad natural o de hecho para prestar el consentimiento como en los casos en los que la incapacitación haya sido declarada judicialmente". La RDGRN 30 junio 2005 (JUR 2006, 7457) afirma que el art. 56.II CC "se ha de aplicar con independencia de que haya mediado o no una previa judicial de la persona, o, dicho, en otros términos, incluso aunque esta incapacitación se haya declarado formalmente. En definitiva, ha sido voluntad del legislador tomar como parámetro para apreciar la aptitud para acceder al matrimonio de una persona el de su capacidad natural para prestar de forma consciente el consentimiento matrimonial".

La misma doctrina sostiene la sentencia comentada, según la cual "a pesar de que con la incapacitación desaparece la presunción general de capacidad de los mayores de edad (arts. 322 y arts. 199 CC y 756 a 762 LEC), siempre que puedan prestar consentimiento matrimonial pueden celebrar un matrimonio válido tanto los incapacitados como las personas que, sin estar incapacitadas, adolezcan de alguna discapacidad que, a otros efectos, les impida gobernarse por sí mismas".

Por lo tanto, las personas incapacitada podrán contraer matrimonio, si en el momento de la ceremonia nupcial tienen aptitud natural para prestar el consentimiento (o, empleando la terminología tradicional, se hallan en un intervalo lúcido); y ello, sin necesidad de instar la previa modificación de la sentencia de incapacitación) y, por supuesto, sin necesidad de la autorización del tutor, solución ésta, que es conforme al principio de libre desarrollo de la personalidad y al de libertad nupcial, que también permitirá al otro contrayente demandar la nulidad de matrimonio por error, si hubiera ignorado la enfermedad de aquél con quien se casa. No obstante, la existencia de una sentencia de incapacitación por causas psíquicas excepciona la regla general del art. 322.I CC, haciendo surgir la presunción de que el incapacitado carece de la capacidad natural de entender y de querer el matrimonio,

por lo que la prueba en contrario de que la tiene ha de ser *convincente;* y de ahí que la más elemental prudencia imponga al encargado que deba autorizarlo que pida dictamen médico.

En cambio, el art. 460 del Código civil francés (redacción actual debida a la Ley nº 308 de 5 de marzo de 2007), afirma que "El matrimonio de una persona sujeta a curatela no está permitido, más que con autorización del curador, o en su defecto, con la del juez"; y que "El matrimonio de una persona sujeta a tutela no está permitido, más que con autorización del juez o del consejo de familia, si ha sido constituido y después de haber oído a los futuros cónyuges y recabado, cuando se considerare preciso, la opinión de los padres y del entorno".

Esta solución me parece criticable, porque, si el incapacitado se halla en condiciones de entender el acto que realiza, debe ser él quien, libremente, preste su consentimiento al matrimonio, sin necesidad de autorización alguna (ni del tutor o curador, ni del juez); y, si carece de capacidad natural de entender y de querer en el momento en que pretende casarse, no cabe que su voluntad sea sustituida o complementada por un tercero, el cual no debiera poder decidir sobre la conveniencia de que se celebre un negocio, que afecta en un aspecto tan vinculado al libre desarrollo de la personalidad de otro ser humano. Sin embargo, recientemente, la STEDH 25 octubre 2018, caso Delecolle v. Francia, núm. demanda 37646/13, ha considerado que el art. 460 del Código civil francés no es contrario al art. 12 del Convenio de Roma, entendiendo que no restringe de manera o desproporcionada el derecho a contraer matrimonio.

LUCES Y SOMBRAS ACERCA DE LOS PROCESOS MATRIMONIALES COMO CAUCE PARA LIQUIDAR EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA, NÚM. 94/2018, DE 20 DE FEBRERO (RJ 2018, 568)*

LIGHTS AND SHADOWS OF THE MARRIAGE PROCEEDINGS AS A CHANNEL TO LIQUIDATE THE SEPARATE PROPERTY SYSTEM. COMMENT ON SPANISH STS NUMBER 94/2018, OF FEBRUARY 20 (RJ 2018, 568)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 410-419

* Este trabajo ha sido realizado con la financiación recibida de las ayudas para contratos predoctorales de personal investigador en formación de la Universidad Complutense de Madrid, convocadas por resolución rectoral de 17 de mayo de 2016 (BOUC n.º 10, año XIII, de 17 de mayo de 2016).

Adrián
ARRÉBOLA
BLANCO

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de junio de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: La resolución objeto de comentario ha reconocido la idoneidad de los procesos matrimoniales como cauce para liquidar el régimen de separación de bienes. Sin embargo, esta interpretación no constituye una opinión unánimemente compartida por parte de todos los órganos jurisprudenciales españoles, motivo por el que se persigue aquí la reflexión acerca de los diferentes argumentos proporcionados a favor y en contra de la misma durante los últimos años, a propósito del reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo.

PALABRAS CLAVE: Régimen de separación de bienes; compensación; trabajo doméstico; procesos matrimoniales; régimen económico-matrimonial.

ABSTRACT: The ruling that is going to be commented here has established the suitability of the marital proceedings as a channel to liquidate the separate property system. However, this understanding is not an unanimously sharing opinion by the whole of the Spanish courts, and this is the reason why it is convenient to reflect on the different arguments that have been given in favour or against in the last years, starting from the latest pronouncement of the Supreme Court.

KEY WORDS: Separate property system; compensation; household chores; housekeeping; housework; marital proceedings; marital property law.

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO.- BIBLIOGRAFÍA.

SUPUESTO DE HECHO

La sentencia objeto de comentario fue dictada como consecuencia del proceso de divorcio incoado a instancia de don Cirilo, frente a quien había sido su consorte hasta ese momento, doña Matilde. Ésta, en consecuencia, no solo contestaría a la demanda de aquél, sino que, además, formularía reconvención, suplicando al Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Marbella el reconocimiento de una compensación por el trabajo desempeñado por ella en el hogar, durante la vigencia del régimen de separación de bienes, en base a lo dispuesto por el artículo 1438 del Código Civil. Sin embargo, su falta de éxito como reconviniente haría que posteriormente tomara la iniciativa de recurrir en apelación con la esperanza de que su petición resultase finalmente estimada por medio de una segunda instancia; pero, a pesar de ello, no obtendría de la Audiencia Provincial de Málaga más que la confirmación de cuanto había resuelto ya el juzgador de primera instancia, sosteniéndose, por parte de aquélla, que "la demanda de divorcio [...] no es el cauce para dilucidar dicha pretensión" sino un proceso declarativo posterior, en consonancia con el criterio adoptado previamente en otras de sus resoluciones. No conforme, de nuevo, con el resultado, doña Matilde interpondría otros dos recursos a la espera de lograr una mejor ventura por medio del Tribunal Supremo: uno, de casación, por vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo; y, otro, extraordinario por infracción procesal, con respecto al derecho a obtener una tutela efectiva del tribunal de apelación.

En primer lugar, el recurso de casación sería admitido por vulneración del derecho a obtener una compensación por el trabajo prestado en el seno doméstico, en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo que confiere nuestra norma fundamental a todos los ciudadanos españoles conforme a otras normas europeas, al amparo del último inciso del artículo 1438 del Código Civil. No obstante, aunque su resolución acabaría resultando inviable a la luz del éxito obtenido por el recurso extraordinario por infracción procesal -que, por sí mismo,

• Adrián Arrébola Blanco
Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, cursó después el Máster en Derecho Privado, y un curso de especialización en derechos de autor, en la misma institución. En la actualidad, tras una constante colaboración con el Departamento de Derecho Civil de esta universidad, a lo largo de sucesivos cursos académicos, desarrolla en él su actividad investigadora como adjudicatario de una ayuda convocada por la Universidad Complutense de Madrid y el Banco Santander, mientras realiza el Doctorado.

determinaría la devolución de los autos para que el tribunal de apelación resolviese sobre el particular-, se trataría de un recurso condenado a fracasar. Piénsese que, a este respecto, constituye doctrina reiterada del Ato Tribunal que el reconocimiento de este derecho por parte de los jueces y tribunales requiere acreditar una exclusiva dedicación a los menesteres domésticos y, por ende, no haber compatibilizado semejante actividad con cualesquiera otras que pudieran haberse desarrollado simultáneamente por su demandante fuera del hogar (*vid.* SSTS 14 marzo 2017 [RJ 2017, 880], 28 febrero 2017 [RJ 2017, 673], 5 mayo 2016 [RJ 2016, 2219], 11 diciembre 2015 [RJ 2015, 5414], 25 noviembre 2015 [RJ 2015, 53], 14 abril 2015 [RJ 2015, 1528], 26 marzo 2015 [RJ 2015, 1170], 31 enero 2014 [RJ 2014, 813] y 14 julio 2011 [RJ 2011, 5122]); a no ser que estas últimas representen una colaboración en las del otro consorte, como única excepción permitida (*vid.* STS 26 abril 2017 [RJ 2017, 1720]).

Desafortunadamente, en este caso, a pesar de que el demandante-reconvenido había reconocido mediante interrogatorio que la recurrente había colaborado efectivamente en sus actividades profesionales durante el régimen de separación de bienes, ésta no tendría derecho a ser compensada por tal concepto en la medida en que se habría ocupado al mismo tiempo del hogar y de sus propias actividades empresariales contra las exigencias del Alto Tribunal; según puede seguirse, por un lado, del fundamento de Derecho primero de la sentencia recurrida, y se reconoce, a su vez, por otro, en el motivo tercero del recurso de casación. Por consiguiente, de haberse resuelto este recurso en defecto de un segundo recurso extraordinario por infracción procesal, así como en caso de no haberse apreciado este último, seguramente se habría seguido la definitiva denegación de la pretensión perseguida por la recurrente como consecuencia de la jurisprudencia aplicable y de los efectos derivados de la *res iudicata*; un desenlace que sin embargo aún es muy probable que se produzca si, para cuando sean devueltos los autos al tribunal de apelación, después de resolverse favorablemente el recurso extraordinario por infracción procesal, dicha confesión es debidamente aprovechada por la asistencia letrada del demandante-reconvenido.

En segundo lugar, el recurso extraordinario por infracción procesal sería admitido por entenderse que la sentencia recurrida había incurrido en incongruencia omisiva o *infra petita*, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 218.1 y 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al considerarse que el tribunal de apelación no se había pronunciado sobre el reconocimiento o no de una compensación por el trabajo invertido en el hogar constante el régimen de separación de bienes, según demandaba la recurrente conforme al artículo 1438 del Código Civil. En particular, aquél había estimado a este respecto que semejante pretensión excedía del objeto del proceso del que estaba conociendo y remitió a las partes a un proceso declarativo posterior por el que canalizar la acción correspondiente. Sin embargo, esta interpretación

entraría en evidente colisión con respecto a aquella con arreglo a la cual se considerase que, el derecho a percibir una compensación como la pretendida por la apelante, fuera susceptible de ejercitarse "en el proceso conyugal o en un procedimiento independiente" sin que resultase imprescindible remitir a las partes a un proceso declarativo posterior, y que había sido previamente contemplada en la sentencia de 11 de diciembre de 2015, del Tribunal Supremo (STS 11 diciembre 2015 [RJ 2015, 5414]). Es por este motivo, precisamente, por el que el recurso extraordinario por infracción procesal acabaría resolviéndose a favor de la recurrente, declarándose la nulidad parcial de la sentencia recurrida, y ordenando la devolución de los autos a la espera de que el tribunal de apelación resolviera lo apropiado sobre este particular, de acuerdo con una línea jurisprudencial que, en principio, recuérdese, no resulta en absoluto favorable a la apreciación de la compensación del trabajo doméstico a la vista de los hechos admitidos por la recurrente.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La acción tendente a obtener una compensación por el trabajo desempeñado en el hogar durante la vigencia del régimen de separación de bienes, reconocida por el artículo 1438 del Código Civil, es susceptible de ejercicio tanto en el proceso declarativo correspondiente por razón de la cuantía como a través de un proceso sobre matrimonio, siendo improcedente, por tanto, derivar a aquél a quienes hagan cuestión de este derecho durante la tramitación de una crisis matrimonial. Debe considerarse, además, el hecho de que esta doctrina jurisprudencial se constituye en doctrina reiterada mediante esta resolución, respecto de cuanto fue juzgado antes por sentencia de 11 de diciembre de 2015, a los efectos que confiere el artículo 1.6 del Código Civil (STS 11 diciembre 2015 [RJ 2015, 5414]).

COMENTARIO

La compensación del trabajo desarrollado en el seno doméstico durante el régimen de separación de bienes ha suscitado siempre un interrogante con respecto al que hubiera de ser, concretamente, el cauce procesal apropiado para proceder a su liquidación, y para el que no había existido sin embargo una respuesta unánime por parte de la jurisprudencia menor: mientras que unos órganos jurisdiccionales abogaban por una interpretación "dualista" y/o favorable a la idoneidad de los procesos matrimoniales junto a los declarativos correspondientes por razón de la cuantía (*v. gr.* SSAP Madrid 11 abril 2014 [JUR 2014, 133599], Islas Baleares 17 julio 2012 [AC 2012, 1207], Asturias 15 febrero 2012 [JUR 2013, 298438] y Valencia 7 julio 2001 [JUR 2001, 274492]), otros, por el contrario, solo lo hicieron con respecto a una interpretación "monista" que únicamente contempla la validez de estos últimos frente a aquéllos, y entre los que se encuentra precisamente la Audiencia Provincial de Málaga (*v. gr.* SSAP Málaga 13 febrero 2014 [JUR 2014, 278267], 30 diciembre 2013 [JUR 2014, 98272], 25 enero 2013 [JUR 2013, 304823], 20 septiembre 2011

[JUR 2012, 73257], Córdoba 20 diciembre 2013 [JUR 2014, 76247], Navarra 2 junio 2004 [JUR 2004, 258769], Madrid 12 diciembre 2002 [JUR 2003, 82390], Barcelona 27 marzo 2000 [JUR 2000, 142554] y Castellón 29 mayo 1999 [AC 1999, 6269]).

La resolución del recurso extraordinario por infracción procesal en este caso vendría, sin embargo, fuertemente condicionada hacia la interpretación "dualista" que desestimó el tribunal de apelación por el hecho de que, en ninguna de las cuatro ocasiones en las que se había pronunciado antes sobre el particular como consecuencia de una demanda de separación o de divorcio, y a propósito de un recurso de casación interpuesto contra lo resuelto en segunda instancia, el Tribunal Supremo había expresado objeción alguna contra los procesos matrimoniales como cauce para resolver las pretensiones entabladas con respecto a la compensación del trabajo realizado en el hogar, sino todo lo contrario (*vid.* SSTS 14 abril 2015 [RJ 2015, 1528], 26 marzo 2015 [RJ 2015, 1170], 31 enero 2014 [RJ 2014, 813] y 14 julio 2011 [RJ 2011, 5122]). De hecho, en el supuesto enjuiciado a través de la sentencia de 11 de diciembre de 2015, a pesar de no haberse hecho cuestión en él de las normas procesales aplicables a este respecto, llegó a afirmarse expresamente por aquél que semejante derecho es susceptible de ejercicio "en el proceso conyugal o en un proceso independiente" (STS 11 diciembre 2015 [RJ 2015, 5414]). Por este motivo, algunos años más tarde, indicaría en la resolución objeto de comentario que, "de este texto jurisprudencial -refiriéndose, por lo tanto, a la sentencia de 11 de diciembre de 2015-, se deduce que [...] puede ejercitarse dentro del proceso matrimonial, o en uno posterior", y que en consecuencia sería "improcedente derivar a las partes a un procedimiento declarativo posterior" al de divorcio, como justo creyó oportuno hacer la Audiencia Provincial de Málaga.

Esta conclusión toma su apoyo en el entendimiento de que la legislación aplicable a los procesos matrimoniales no excluye la determinación de la compensación correspondiente por el trabajo invertido en el hogar constante el régimen de separación de bienes y que, por tanto, aunque ésta no forma parte del contenido "necesario" de aquéllos, tampoco deja por ello de ser un contenido "posible" de los mismos, a juicio del Alto Tribunal. Este discurso, desde luego, apenas sería cuestionable con respecto a los procesos matrimoniales no contenciosos por medio de los que se reconociera este derecho, pero, desafortunadamente, no cabría decir lo mismo para aquellos otros que sin embargo se tramitasen sin mediar propuesta de convenio regulador. Piénsese que, en aquéllos, y en la medida en que éste requiere para su aprobación que los consortes transijan sobre un mínimo de contenidos no tasados -o "necesarios", a juicio del Alto Tribunal-, nada impediría entender como objeto de los mismos cuanto se creyese oportuno con respecto a este derecho -en concepto de contenido "posible", si no "necesario", según la distinción de aquél-, pero, considerar que su determinación es independiente de la naturaleza contenciosa o no del proceso por el que pretendieran juzgarse las pretensiones concernientes a la

compensación del trabajo doméstico, únicamente, por no haber sido expresamente excluidas por el legislador, equivaldría a afirmar que cualesquiera relaciones jurídicas entabladas entre los consortes -que pueden ser de muy diverso contenido y alcance como consecuencia de la libertad de contratación de que disponen-, y para las que existieran cauces procesales específicos, fuesen dignas de resolverse en él por el simple hecho de no haber sido expresamente excluidas.

Un argumento que sin embargo podría traerse a colación para fortalecer la defensa de la interpretación "dualista", a favor de la aptitud de los procesos matrimoniales como cauce para liquidar la compensación debida por el trabajo doméstico realizado durante la vigencia del régimen de separación de bienes, giraría en torno a la obligación que asiste a la autoridad judicial competente de determinar las medidas que hubieran de reemplazar a las ya adoptadas con anterioridad respecto de la liquidación del régimen económico del matrimonio, en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, en virtud del artículo 91 del Código Civil. No obstante, debe considerarse a su vez que este mismo precepto condiciona aquella obligación a lo dispuesto por los artículos que le siguen, y que entre ellos tan solo se prevén dos efectos para tales sentencias: por un lado, el de "producir" la disolución del régimen económico-matrimonial; y por otro, el de "aprobar" su liquidación, en caso de mediar acuerdo entre los consortes, según impone el artículo 95 del mismo cuerpo legislativo. Ello significa que, a falta de acuerdo -entiéndase aquí, en los procesos matrimoniales contenciosos-, semejante obligación se detendrá en la mera disolución del régimen económico-matrimonial sin llegar a liquidarse en consecuencia -como tendría lugar en los procesos matrimoniales no contenciosos mediante la "aprobación" de la propuesta de convenio regulador-, y permaneciendo, por lo tanto, a la espera de procederse a tal fin por medio de un proceso posterior, según consideró la Audiencia Provincial de Málaga.

Ésta señaló concretamente en una de sus resoluciones anteriores que, de estos preceptos -entiéndase por tales, a los artículos 91 y siguientes del Código Civil-, se llega a la conclusión de que las sentencias dictadas en el marco de procesos matrimoniales contenciosos no pueden referirse extremos diferentes de los que aquéllos prevén y de que si, de acuerdo a los mismos, solo cabe que éstas declaren la disolución del régimen económico del matrimonio sin proceder, después, a su liquidación, no podrían resolverse a través de ellas otras pretensiones derivadas y distintas como sería precisamente el derecho a percibir una compensación por el trabajo emprendido en el hogar durante la vigencia del régimen de separación de bienes (SAP Málaga 13 febrero 2014 [JUR 2014, 278267]). Ello coincide, además, con el hecho de que los juzgados de familia tengan reconocida legalmente la competencia para conocer de las cuestiones relativas al matrimonio mismo, pero no, por el contrario, de las concernientes a su régimen económico -salvándose el caso de que las leyes se la reconozcan y que, desde luego, no parecen hacerlo por

ahora mediante los preceptos antes señalados-, según se desprenderse fácilmente del artículo 1.2 del Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, por el que se crearon aquellos juzgados (así se advierte por Montes Reyes, A.: *División judicial de patrimonios*, La Ley, Madrid, 2000, p. 148).

Se ha señalado también, en defensa de la interpretación "monista" y/o favorable a la sola consideración de los procesos declarativos como cauce para liquidar la compensación correspondiente por el trabajo prestado en el seno doméstico, durante la vigencia del régimen de separación de bienes entre los consortes, el hecho de que no puede ser objeto de los procesos matrimoniales contenciosos la investigación de la situación económica de éstos, con la exhaustiva formación de inventarios, balances u otras operaciones financieras o contables, como en todo caso exige el enjuiciamiento de este derecho cualquiera que sea el fundamento que se le reconozca por parte de la autoridad judicial que conozca del asunto (SAP Barcelona 27 marzo 2000 [JUR 2000, 142554]). Sin embargo, nuestro Alto Tribunal, consideró en el presente caso que "la pretendida complejidad" que comporta la determinación de semejante compensación "no es justificación suficiente" para descartar la idoneidad que en su juicio manifiestan los procesos matrimoniales contenciosos a estos efectos, porque, en ellos, se dilucidan a su vez otras cuestiones -tales como la custodia de los hijos, la vivienda familiar, la pensión de alimentos o la prestación compensatoria- que precisan también de "una amplia prueba sobre la capacidad económica" de los consortes que "aprovecha y afecta" a la misma. Este argumento será válido, por supuesto, mientras el modo de interpretar la compensación del trabajo doméstico continúe solapándose con los fines que son propios de la prestación compensatoria, constituyendo, junto a ésta, una duplicidad de prestaciones devengadas por el mismo concepto, en contra de las observaciones que han venido manifestándose por parte de la doctrina (*vid.* Cabezuelo Arenas, A. L.: "¿Por qué se indemniza a la mujer que compagina el trabajo en el hogar y en los negocios familiares y no, en general, a la que concilia la vida familiar con cualquier profesión o actividad retribuida?", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 10, noviembre, 2017, p. 88; Santos Morón, M. J.: "Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico ¿Dos caras de una misma moneda?", en *InDret*, n.º 1, enero, 2015, pp. 28-29).

El último argumento que sería empleado en la sentencia objeto de comentario para sostener la interpretación "dualista" tomaría su apoyo en el siguiente silogismo: si la compensación correspondiente por el trabajo desarrollado en el hogar no deja de ser una mera expectativa de derecho hasta producirse la completa extinción del régimen de separación de bienes, y éste se extingue entre otras razones por la sentencia de nulidad, separación o divorcio, será al dictarse ésta cuando deba resolverse sobre aquélla; es decir, en el proceso matrimonial. Sin embargo, según estimó la Audiencia Provincial de Málaga en una de sus resoluciones anteriores

a la recurrida en el presente caso, interpretar que el momento procesal en que ha de determinarse semejante derecho coincide con aquel en que se declarase la disolución del régimen de separación de bienes se distanciaría de la sistemática seguida por parte del legislador con respecto a los otros dos regímenes económico-matrimoniales que contempla junto a este último, pues, del mismo modo que las sentencias de nulidad, separación o divorcio no son el cauce apropiado para efectuar pronunciamientos sobre la liquidación de la sociedad de gananciales o del régimen de participación en las ganancias -como evidencia, además, el hecho de que ambas dispongan de un proceso específico en la legislación procesal-, tampoco lo es para este tercero en cuanto atañe a la compensación oportuna por el trabajo doméstico (SAP Málaga 13 febrero 2014 [JUR 2014, 278267]).

Para terminar, a modo de desenlace, cabría señalar que existe una tercera interpretación a este respecto entre la "monista" y la "dualista" consistente en reconocer la validez de los procesos de liquidación del régimen económico-matrimonial que contempla la legislación procesal en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, a pesar de que la mayoría de la doctrina coincide en excluir el de separación de bienes de los regímenes económico-matrimoniales que son parte del objeto de los mismos -especialmente, los de comunidad de bienes y de participación en las ganancias-, y de que quienes lo incluyen entre ellos tan solo lo hacen con respecto a la división de las adquisiciones realizadas en mano común -nunca para la compensación del trabajo doméstico-, el Alto Tribunal ha aprovechado la oportunidad para manifestar que semejante proceso "no excepciona al de separación de bienes". No obstante, sin ánimo de entrar aquí en cuestión ajena de aquella a que se refiere la doctrina jurisprudencial sentada, ni incurrir por lo tanto en ninguna extralimitación con respecto a cuanto es objeto del presente comentario, debe considerarse al menos la posible aptitud de estos procesos en caso de que la compensación del trabajo desempeñado en el hogar durante el régimen de separación de bienes se liquide conforme a un sistema de participación en las ganancias -sea a consecuencia del convenio de los consortes o futuros contrayentes, o por un cambio en la interpretación jurisprudencial vigente hasta el momento-, en base al artículo 811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

BIBLIOGRAFÍA

Cabezuelo Arenas, A. L.: "¿Por qué se indemniza a la mujer que compagina el trabajo en el hogar y en los negocios familiares y no, en general, a la que concilia la vida familiar con cualquier profesión o actividad retribuida?", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 10, noviembre, 2017, p. 73-93.

Montes Reyes, A.: *División judicial de patrimonios*, La Ley, Madrid, 2000.

Santos Morón, M. J.: "Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico ¿Dos caras de una misma moneda?", *InDret*, n.º 1, enero, 2015, pp. 28-29.

LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER MORTIS CAUSA POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES PATERNO-FILIALES. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA N° 235/2018, DE 23 DE ABRIL (CENDOJ: ROJ STS 1392/2018)

THE INDIGNITY TO INHERIT BECAUSE OF NEGLIGENT FILIATION DUTIES. COMMENT ON SPANISH STS NUMBER 235/2018, OF APRIL 23 (CENDOJ: ROJ STS 1392/2018)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 420-433

Mikel Mari
KARRERA
EGIALDE

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de junio de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: El padre ha sido declarado indigno de suceder a su hijo, menor de edad y discapacitado, en razón de la actitud de dejadez que ha mostrado en sus deberes de cuidado y educación. La sentencia define el concepto de "abandono" de los deberes paterno-filiales previsto en el artículo 756.1 del Código Civil español (suprimido en 2015, aunque vigente en el Derecho civil aragonés).

PALABRAS CLAVE: Herencia, patria potestad, abandono, discapacitados, indignidad para suceder.

ABSTRACT: A father has been debarred from minor child´s succession in reference to a person with disability, because of his negligent attitude in relation to his care and education duties. The ruling defines the concept of "abandonment" of parental-filial duties, provided for in article 756.1 of the Spanish Civil Code (repealed in 2015, but in force in the Aragón's civil law).

KEY WORDS: Inheritance, parental authority, abandonment, person with disability, indignity to inherit.

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.- COMENTARIO.- I. ALGUNAS NOCIONES CONTEXTUALES.- II. LA CUESTIÓN JURÍDICA.- III. EL CONCEPTO LEGAL DE "ABANDONO".- IV. EL CAMBIO DE PARADIGMA.

SUPUESTO DE HECHO

Entre los 15 y 16 meses de vida el hijo sufrió una meningitis (quizás por la utilización de algún componente nocivo en la vacuna pediátrica de los quince meses) que derivó en una parálisis cerebral y en varias afecciones que le hacían completamente dependiente de la ayuda de terceras personas para las necesidades vitales más elementales, es decir, atención constante y cuidados médicos especializados (intervenciones quirúrgicas, rehabilitaciones, tratamientos de fisioterapia). La madre, parece ser, tuvo que asumir plenamente la tarea de cuidar a su hijo, siendo incompatible con el desempeño de una jornada laboral; será la razón por la que carecerá de actividad económica remunerada. El padre, por su parte, si bien por motivos laborales estuvo ocasionalmente residiendo lejos del domicilio del hijo, se despreocupó de este tanto en el cuidado personal, como en la atención económica, y únicamente, tras la crisis matrimonial provocada seguramente por esta situación familiar, realizó algunos pagos esporádicos de su obligación de pagar la pensión alimenticia pactada en el convenio regulador pertinente; y, a pesar de la mala relación personal con la abuela materna con la que convivían la madre y el hijo, nunca se le negó relacionarse con este y participar en su cuidado. Iniciado contra el padre un pleito de privación de la patria potestad, ni siquiera compareció al proceso (indicio del nulo interés por el menor) y no hubo tiempo de concluirlo por fallecimiento del menor. En el ínterin, los progenitores habían demandado y obtenido una indemnización (por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria) para el hijo que, se sobreentiende, constituye su caudal relicto; paralelamente, en el mismo proceso, los progenitores habían obtenido su propia indemnización por daño moral. En aras a cobrar la cantidad económica correspondiente, el padre había firmado, con pleno conocimiento, un documento privado (no queda clara su finalidad), elaborado por un abogado y precedido de consultas con familiares, que corrobora, sin remordimiento alguno, su indolencia y nula implicación en el cuidado

• Mikel Mari Karrera Egialde
Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU). Entre sus trabajos de investigación, destacan las dedicadas a cuestiones relacionadas con el Derecho de Bienes y el Derecho de Sucesiones: en el primero con estudios relacionados con el derecho de propiedad de bienes inmuebles y el registro de la propiedad; y en el segundo con trabajos sobre actualización y mejora de las transmisiones sucesorias. Código de investigador: orcid.org/0000-0002-6269-6977. Correo electrónico: mikelmari.karrera@ehu.eus

del niño que sitúa todo el peso de la responsabilidad parental y el compromiso cotidiano en el otro progenitor; en este escrito se incluía el reconocimiento que el menor sufría una grave enfermedad discapacitante y nunca había sido un hijo querido ni deseado, razón por la cual aquel se había desentendido por completo de él absteniéndose de visitarle y de cubrir sus necesidades económicas. Fallecido el hijo con 13 años de edad, el padre pretende ser sucesor *abintestato* de la herencia de su hijo, a lo cual se opone la madre, también sucesora, "solicitando" la incapacidad relativa de aquel por acreditada y continuada ingratitud hacia su retoño. En primera instancia, la solicitud de la madre es rechazada; en segunda instancia, en cambio, se estima el recurso de apelación de la madre y se declara al padre demandado incapaz por indignidad para suceder a su fallecido hijo; en casación se confirma la sentencia recurrida.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

En la sucesión *mortis causa* la capacidad para suceder se restringe mediante las causas de indignidad, entre las que se incluye el concepto legal de abandono (art. 756.1 CC, antes de la reforma de 2015), referido al incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad (art. 154 CC). En el caso concurre, por un lado, la dejadez grave y absoluta por el padre en manos de la madre del hijo común; y, por otro, el incumplimiento de los deberes paterno-filiales y patrimoniales más elementales. El menor carecía, de hecho, de una referencia paterna que se comunicase con él, le visitase y le proporcionarse cariño, afectos y cuidados, obligaciones familiares de naturaleza personal de indudable trascendencia en las relaciones paterno-filiales. Fruto de la "gravedad" de esa conducta paterna es que la reprochabilidad de la misma tenga suficiente entidad, para acarrear, como sanción civil, su incapacidad por indignidad para suceder al menor. En definitiva, implica abandono del hijo el incumplimiento de los deberes de velar por él y prestarle alimentos, aun siendo incumplimiento parcial pero reiterado.

COMENTARIO

I. ALGUNAS NOCIONES CONTEXTUALES

Todo progenitor es, primero, receptor de un inexcusable "deber natural o moral" y, luego, deudor de la "obligación legal" de alimentar y atender a cualquier hijo durante toda su existencia. Esta obligación de alimentos (en sentido amplio), calificada por reiterada jurisprudencia como la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, se fundamenta en el principio de "solidaridad familiar" acogido en el texto constitucional español al proclamarse que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE). En este sentido, el Tribunal Constitucional resalta que, "por imperativo constitucional, los padres tienen la obligación de *prestar asistencia de todo orden a los hijos* (asistencia que,

naturalmente, incluye la contribución a los alimentos) con independencia de que éstos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE), de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio (art. 92 CC), o incluso, en fin, de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas (arts. 110 y 111, *in fine*, CC)" (SSTC 1/2001, 154/2006 y 19/2012). La articulación de esos deberes se desarrolla en distintos niveles de actuación:

(1) *La responsabilidad y función parental*. Para atender las primeras etapas de la vida, el orden jurídico predica un tratamiento legal diferente y reforzado cuando los hijos son "menores de edad" porque, en ese caso, más que una obligación propiamente alimenticia, concurren todos los deberes inherentes a la filiación de carácter insoslayable ("velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral": art. 154.2.1 CC), es decir, de partida resultan incondicionales por sí mismos sin depender de la mayor o menor dificultad que el deudor tenga para darle cumplimiento o del grado de reproche imputable a su falta de atención a ese hijo menor de edad (STS 20 julio 2017, ROJ STS 3024/2017). Tienen su base en la norma constitucional que, con independencia de criterios objetivos de necesidad, establece el siguiente mandato: "Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda" (art. 39.3 CE). Por tanto, la patria potestad (función de custodia y cuidado) se integra tanto por deberes materiales (alimentación y convivencia), como morales o espirituales (educación y formación integral), y se ocupa de los menores de edad no emancipados y de los mayores incapacitados con patria potestad prorrogada (o, en su caso, rehabilitada).

(2) *La obligación de alimentos*. En todas las legislaciones de nuestra cultura jurídica, la obligación de prestar alimentos aparece fundada en estos principios inmutables: el derecho a la vida en relación con los "afectos naturales" y la certidumbre del "parentesco". Consecuentemente, por fundamentales razones de interés familiar y social, el derecho legal a alimentos tiene naturaleza propia "en su calidad de institución familiar que le priva del carácter primordial estricto otorgándole un matiz público alejado del poder dispositivo típico de la autonomía privada que impide su renuncia, transmisión o compensación… y le dota del carácter de imprescriptible" (STS 7 octubre 1970, ROJ STS 1814/1970). El Código Civil español, en realidad, no define la obligación de alimentos y se limita a señalar su contenido comprendiendo todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, e incluyendo también la "educación e instrucción" del alimentista mientras sea menor de edad, y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable (art. 142 CC).

(3) *La asistencia a la capacidad*. Para mayor robustecimiento de la protección del interés del hijo, cabe recordar que el ordenamiento jurídico instituye un régimen específico de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (Real Decreto Legislativo 1/2013) para que su eventual vulnerabilidad fáctica no comporte la restricción de sus derechos básicos y libertades condicionando u obstaculizando su desarrollo personal. En este campo de actuación se encuadra la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad que, como ahora se apuntará, establece una causa propia de indignidad para suceder a personas con discapacidad. La nueva regulación pretende proteger a estas personas y se preocupa por su dificultosa vida cotidiana como víctimas de múltiples formas de discriminación material e, incluso, de distinción jurídica.

II. LA CUESTIÓN JURÍDICA

En el ejercicio de una acción de declaración de incapacidad para suceder por causa de indignidad (*cfr*. sentencia recurrida en casación: ROJ SAP O 1316/2016), la cuestión jurídica sustancial se concentra en la interpretación del artículo 756.1 CC vigente en la fecha del fallecimiento del causante el 10 de diciembre de 2013: "*Son incapaces de suceder por causa de indignidad:* 1º Los padres que abandonaren… a sus hijos" (precepto introducido en el Código Civil "originalmente"); en particular se refiere a la delimitación del "concepto de abandono" y su alcance como cualidad relativa frente a un determinado causante (indignidad para suceder del ofensor al ofendido); así lo establece la ley sucesoria: "Para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate" (art. 758 CC). Complementariamente, el *petitum* inicial se apoyó también en el fundamento jurídico del siguiente párrafo añadido por la Ley 41/2003: "7º Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil". Esta nueva causa de indignidad para suceder se razonó en la Exposición de Motivos muy livianamente: "Se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida, entendiendo por tales los alimentos regulados por el título VI del libro I del Código Civil, y ello aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos"; y, además, con palmaria imprecisión porque la indignidad puede afectar a cualquier sucesor (voluntario, *abintestato* o legitimario), es decir, se aplica a cualquier sucesión y en cualquier concepto, no únicamente a la sucesión *abintestato* y a título de heredero.

El objeto del litigio se circunscribe, precisamente, al "abandono" por el padre de un menor de edad con parálisis cerebral (art. 756.1 CC) y al incumplimiento hacia él por el demandado de la "obligación de darle alimentos" (art. 756.7 CC). No

obstante, la causa relevante en la desatención es la que afecta a la cualidad de ser el hijo "menor de edad sujeto a la patria potestad"; condición que, en este caso, se ve agravada, pero no alterada, por el factor apreciable de la discapacidad, de modo que, con independencia de que esta conste o no, la existencia y prueba del abandono del menor es bastante para juzgar que concurre causa de indignidad en su sucesión. Por ello, el pronunciamiento judicial se ajusta al análisis de la situación de abandono del hijo como causa de indignidad (art. 756.1 CC) y su alcance, en definitiva la depuración de los contornos de los deberes derivados de la patria potestad.

Después de reformarse aquella norma por la Ley de Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015) y "suprimirse" el supuesto del punto primero donde se refiere el abandono, actualmente un supuesto semejante, acaso, hubiera sido encuadrable en alguna de estas circunstancias: "2º. Asimismo el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada. También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo". Aquella supresión y la inserción de esas nuevas circunstancias se explica en la Exposición de Motivos con un escueto y aséptico enunciado: "Se introduce, por considerarse necesario su adaptación a la nueva realidad social y desarrollo legislativo en el ámbito penal, una nueva regulación de las causas de indignidad para heredar".

Evidentemente, la pérdida de la patria potestad por decisión judicial no ofrece duda actualmente como causa de indignidad, pero es fácilmente observable que, si tradicionalmente la situación de simple abandono era suficiente causa para cualificar la indignidad de suceder, actualmente se exige una sentencia o resolución "firme" de condena criminal o de privación de las funciones parentales, es decir, un pronunciamiento judicial inatacable que no siempre se produce aun cuando exista una situación real y grave de abandono.

III. EL CONCEPTO LEGAL DE "ABANDONO"

Conforme al criterio jurisprudencial tradicional, el concepto legal de abandono va más allá de la simple "exposición" (antecedente de la codificación: Partida 4,20,4), es decir, del hecho de dejar expósito al hijo (niño recién nacido expuesto en un paraje público confiando su suerte al azar), e incluye también, posteriormente, "el rompimiento absoluto, por toda la vida, de la relación paterno-filial, desde la infancia del hijo, desentendiéndose, no sólo de la obligación de alimentarle, sino también de las de acompañarle, educarle y representarle en el ejercicio, de las acciones para él provechosas" (STS 3 diciembre 1946, RJ 1407). En un caso coetáneo al citado, plenamente equiparable al que ahora nos ocupa, se describe el mismo escenario: "Es obvio que, en los años que transcurrieron desde que el abandono se realizó, hasta

que el divorcio se llegó a conceder, nada impedía al recurrente cumplir los deberes ineludibles de la relación paterno-filial; y porque es incuestionable también que, cuando los hijos son puestos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente por consecuencia de la separación, tal circunstancia no exime al culpable de cumplir las obligaciones que, natural y legalmente, le incumben respecto de aquéllos. Las causas de indignidad… privan a quien en ellas incurre del derecho a suceder al agraviado, aunque sea heredero forzoso, porque la incapacidad, si es relativa con relación al *de cuius*, es absoluta por lo que afecta a su patrimonio, no sólo porque así cabe inferirlo de su naturaleza y fundamento, dada la transcendencia social de los hechos que la originan" (STS 28 febrero 1947, RJ 337). El hecho de la mera disolución matrimonial no exculpa a los progenitores del deber de atender a los hijos, moralmente siempre y económicamente con lo posible; fenómeno que se antoja universal en el tiempo y en el mundo.

Para solicitar la casación al Tribunal Supremo se alegan dos sentencias que, en realidad, no guardan relación con la cuestión jurídica del presente caso. En el primero, existe abandono del padre a la hija, a la que no prestaba ayuda alguna ni pasaba pensión alimenticia, si bien con la matización de que la hija era mayor de edad y sin prueba de sufrir necesidades apremiantes insatisfechas: "Los hechos alegados en ningún caso suponen, ni definen, ese estado de abandono que exige la ley, ya que ni le fue concedida en la sentencia de separación de los padres pensión alimenticia alguna a la hija emancipada, ni se ha demostrado la existencia de unas necesidades perentorias insatisfechas, sino más bien al contrario" (STS 26 marzo 1993, ROJ STS 2011/1993). En el segundo, la sentencia tiene por objeto la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, al que abandonó sentimentalmente durante su última enfermedad, y, además, operaba sobre causa de desheredación (perteneciente al ámbito testamentario): "Mucho más cuando ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución, que no solo proclama el artículo 848 del texto legal, sino también la abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de sucesión legitimaria; no admitiéndose: ni la analogía, ni la interpretación extintiva, ni siquiera la argumentación de *minoris ad maiorem*. El contenido de la declaración que prestó la actora en el procedimiento de divorcio, como bien dice el Tribunal "a quo", vino forzada por el contenido de la pregunta y la obligación de decir verdad, y de cualquier modo, estuvo ausente el *animus injuriandi*, indispensable en estos casos. Hasta aquí la interpretación puramente jurídica de los preceptos que regulan la institución; la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés, demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc., etc., son circunstancias y hechos que de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valorización jurídica, y que en definitiva solo están sometidos al tribunal de la conciencia" (STS 28 junio 1993, ROJ STS 4596/1993).

La sentencia comentada asienta la doctrina legal de que la expresión de abandono ha de entenderse en sentido amplio, como "dejación" y falta de cumplimiento de deberes de asistencia y protección, tanto físicos como morales, sean personales o económicos. El abandono, pues, vendría referido al incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad ya señalados: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. La "delimitación" del contenido de esos deberes parentales cuya ausencia puede acarrear una situación de abandono no ha de confundirse con la interpretación restrictiva de la causas de indignidad respecto de su intensidad (dudar si hay o no abandono) *y así nos lo recuerda la sentencia comentada*: "Una cosa es que las causas de indignidad sean de interpretación restrictiva, exigiéndose que se constate casos claros y graves de abandono, y otra que sea restrictiva la interpretación o entendimiento de la concreta causa, excluyendo del abandono el incumplimiento de deberes familiares impuestos por el ejercicio de la patria potestad, lo que no se compadecería con la naturaleza de la previsión legal". Este criterio ya se aplicó anteriormente al significativo caso del "maltrato psicológico", como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, al considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el "maltrato de obra" (STS 30 enero 2015, ROJ STS 565/2015); se puede dudar de si hay o no maltrato, pero de lo que no cabe duda es que el maltrato psicológico es maltrato en todo caso. En los casos de duda sobre la claridad y gravedad de las acciones o inacciones será cuando se aplique, efectivamente, el principio *in dubio pro benignitate habetur*, de modo que, para imponer una sanción, ha de constar comprobada la certeza del acto contraventor o ilícito que rompa la presunción de capacidad y dignidad para suceder.

El contorno del campo que acoge las situaciones de abandono se dibuja con el cercado de estas circunstancias exógenas:

(1) El abandono no requiere que el menor haya quedado desamparado si ello ocurrió gracias al auxilio prestado por otro de los sucesores; es decir, no obsta a la situación de abandono el hecho de que el menor tenga cubiertas sus necesidades a costa del otro progenitor o de otros parientes. En el caso enjuiciado, precisamente, el menor ha sido atendido principalmente por su madre y, en ocasiones, económicamente por el abuelo paterno, a lo mejor a título de gestor de negocio ajeno sin mandato (de su hijo).

(2) El abandono tampoco equivale a la "negación de alimentos": esta privación es una causa prevista expresamente como de desheredación (art. 854 CC) para lo cual es preciso que se soliciten los alimentos y, necesariamente, la prueba de una situación de necesidad en el hijo y de capacidad económica en el padre (arts. 142 y 146 CC).

(3) La intervención de terceras personas (normalmente otros familiares) no obsta para estimar el abandono por incumplimiento de los deberes parentales. De hecho, es habitual recabar la ayuda de los más próximos cuando, transitoriamente, no es posible atender las funciones inherentes a la patria potestad, sin que ello suponga tener una "actitud" de dejación de los quehaceres parentales y abandono de los hijos; la puntual delegación de funciones no es despreocupación y desatención del menor.

(4) Siendo el causante una persona discapacitada, bastará el incumplimiento de la obligación de darle alimentos para reputar al heredero incurso en causa de indignidad que le incapacita para suceder al causante (art. 756.7 CC). En este ámbito, el hecho de que la madre no reclamara judicialmente el cumplimiento del convenio no justifica ni explica la pasividad del deudor y su consiguiente irresponsabilidad. Esta causa, además, sanciona la actitud de cualquier llamado a suceder al discapacitado, sea pariente o no, incluso cuando no había deber de alimentos ni, por tanto, acto ilícito previo por faltar a un deber jurídico. Se trata, más bien, de sancionar con indignidad conductas reprobables "moralmente", justamente la falta de socorro económico de alguien que tiene expectativa de suceder a un discapacitado, es decir, no atender y luego querer heredar. En todo caso, el padre pretendidamente sucesor que "también" ha incumplido sus obligaciones alimenticias para proveer de sustento al *de cuius* discapacitado incurre en esta causa de indignidad para suceder, aún en el caso de no haber podido acreditarse abandono del resto de deberes parentales.

En definitiva, puede ocurrir que ninguna de esas situaciones se haya producido y exista un efectivo abandono o desentendimiento respecto al cuidado del hijo. Quiere decirse que, aunque en el caso se aprecia un incumplimiento sustancial y voluntario de las prestaciones alimenticias, incluso en el caso de cumplimiento de la prestación de alimentos, pero desentendimiento del resto de deberes derivados de la patria potestad, puede llegar a conformarse una verdadera situación de abandono, suficiente para ser declarado incurso en causa de indignidad.

Ciertamente, la existencia de la causa de indignidad aparece acreditado por el incumplimiento de los deberes familiares personales del padre hacia el hijo cuyo contenido no se delimita mediante interpretación extensiva, sino que aparece demarcado por la propia ley: es un deber legal cuyo incumplimiento constituye un ilícito civil. En este caso, además, con las siguientes agravantes: el padre no tiene motivo paliativo que justifique su actitud apática en el rol paterno; y el hijo sufre una grave discapacidad con absoluta dependencia de los demás. De ello deduce el juzgador que, no solo existe abandono, sino que este se presenta de modo grave y absoluto, tanto por su importancia (dejación de todos los deberes de custodia), como por su permanencia (reiteración continuada), esto es, de absoluta insensibilidad ante las carencias de su hijo; solo muestra interés en obtener las ventajas patrimoniales

derivadas de los funestos sucesos (enfermedad y fallecimiento) que marcaron la luctuosa vida de su hijo. De esta manera, la gravedad de la conducta paterna tiene entidad suficiente para conformar "la situación de abandono" que, como sanción civil, arrastra consigo su incapacidad por indignidad para suceder al menor; con independencia de que, moralmente, aún sea más reprobable en atención a las circunstancias concurrentes en el menor. En suma, más allá del acreditado abandono de marcado carácter "personal" (asistencia moral), el reproche se presenta también en la perspectiva "patrimonial" al incumplir voluntariamente (culpablemente) las obligaciones alimenticias (pecuniarias) convenidas a favor del menor de un modo sustancial y constante; esta obligación de alimentos solo podría ser modulada o suspendida en caso de haber acreditado el padre hallarse en situación de pobreza extrema, tanto de patrimonio como de recursos (STS 20 julio 2017, ROJ STS 3024/2017).

IV. EL CAMBIO DE PARADIGMA

En la regulación precedente aplicada al caso confluyen dos normas enlazadas de modo congénito para hacer que el incumplimiento de los deberes parentales se sancione con la incapacidad relativa para ser sucesor *mortis causa*: por un lado, la disposición sobre el contenido de la patria potestad (art. 154 CC) y, por otro, el abandono como causa de indignidad para suceder (art. 756.1 CC). Ambos preceptos, en la actualidad, se encuentran redactados de acuerdo con la modificación operada, la primera, por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y la segunda por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. La reforma primero mencionada ha mantenido intacta la definición del contenido de la patria potestad desde un punto de vista económico y personal. En consecuencia, al margen de la obligación de alimentos, y aunque el progenitor no tenga la custodia del menor, persiste en todo caso la función de vigilancia de los menores, de implicarse en la vida y educación de los hijos y de tenerlos en su compañía; esta última no consiste solo en vivir bajo el mismo techo, sino que fundamenta el mantenimiento de una relación paterno-filial de afectividad y de comunicación, en suma, de mantenimiento del rol materno o paterno en todo caso.

Conforme a la reforma mencionada en segundo lugar, la evolución normativa, en acercamiento al régimen sucesorio catalán (art. 412-3 Ley 10/2008) y balear (art. 7 bis y 69 bis Decreto Legislativo 79/1990), desecha el concepto de abandono y conecta ahora esos deberes parentales con la siguiente disposición normativa en sede de indignidad sucesoria: "El que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes. Asimismo

el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada. También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo" (art. 756.2 CC). El abandono civil no coincidía con el tipo penal del abandono de familia; por ello, la sanción civil (indignidad para suceder) no requería de una previa y explícita condena penal por el delito tipificado en el Código Penal de "abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección" (art. 226 ss. CP). Paralelamente, el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad era y sigue siendo causa de privación de la patria potestad (art. 170 CC).

El sistema vigente soslaya el concepto de "abandono" de los hijos por los progenitores (no así en el Código de Derecho Foral de Aragón que la mantiene: art. 328) y, en su lugar, como causa de indignidad para suceder, alumbra la privación por resolución firme de la patria potestad que debe fundarse en el incumplimiento grave de los deberes inherentes a la misma. Obviamente, el abandono constituye el caso de incumplimiento de mayor gravedad en cuanto comprende la falta de cumplimiento de esos deberes parentales. La doctrina legal es constante al concebir la institución de la patria potestad *en beneficio de los hijos* y, consecuentemente, debe prevalecer este interés sobre un ejercicio *a fortiori* de la patria potestad cuando concurran los incumplimientos graves de los deberes inherentes a la misma; de hecho, el interés del menor no crea ni extingue por sí solo relaciones propias de la patria potestad, pero sirve para configurarlas y modularlas: "La privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma" (STS 9 noviembre 2015, ROJ STS 4575/2015). Como se ha señalado, la discrepancia entre la anterior y la nueva ordenación es meridiana por cuanto, en la regulación actual, el abandono material del menor por parte del progenitor no es, *per se*, causa de indignidad para suceder si no va acompañada de esa resolución firme tras "juicio ordinario" (art. 249.1.2 LEC).

La ausencia de un proceso donde se enjuicie la inobservancia de los deberes parentales no permite, en ningún caso, poner en tela de juicio la capacidad de heredar al hijo menor de edad por razón de su incumplimiento. Ahora bien, la defunción del

hijo menor antes del pronunciamiento sobre la privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes parentales, como ocurre en el caso de la sentencia, no debería acomodar y consolidar, mecánicamente, su capacidad para heredar con apoyo en una interpretación literal del nuevo texto legal. En tal caso, la sentencia, si bien ya sería inoperante en relación a la extinción de la patria potestad, tiene incorporado un efecto civil sustancial: la incapacidad del progenitor para suceder al hijo menor fallecido por causa de indignidad conforme al artículo 756 CC. Por ello, el proceso iniciado debería continuar pese al fallecimiento del menor al existir otros interesados en el resultado del pronunciamiento final.

En conclusión, ante situaciones fácticas de incumplimiento de los deberes de la patria potestad, la virtualidad del concepto de abandono de la función parental a efectos de incapacitar al indigno para suceder deja de operar de modo directo (acción de declaración del hecho indigno que se discute) y, en su caso, deberá ser alegada, necesariamente, como causa de privación de la patria potestad y acreditada en el proceso civil pertinente que, indirectamente, conllevará consigo aquella sanción civil.

EL CUMPLIMIENTO EN ESPAÑA DE LAS SENTENCIAS Y DICTÁMENES DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS ESTABLECIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES. COMENTARIO A LA STS NÚM. 2747/2018, DE 17 DE JULIO (ROJ: 2747/2018)

THE IMPLEMENTATION IN SPAIN OF THE JUDGEMENTS AND OPINIONS OF THE BODIES THAT MONITOR IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES. COMMENT TO STS NO. 2747/2018, OF JULY 17 (ROJ. 2747/2018)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 434-457

Valentín
BOU FRANCH

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de septiembre de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: En este trabajo, analizo las dificultades que emergen en el Derecho español al intentar dar cumplimiento a las decisiones de los órganos internacionales (jurisdiccionales o no) de control del cumplimiento de los derechos humanos regulados en tratados internacionales en las que se declara el incumplimiento por parte de España de algún derecho humano concreto.

PALABRAS CLAVE: Control internacional del cumplimiento en España de los derechos humanos; dictámenes de los comités internacionales, Comité para la eliminación de la discriminación de la mujer (CEDAW); responsabilidad patrimonial del Estado

ABSTRACT: In this paper, I analyse the difficulties that emerge in Spanish Law while trying to implement the decisions of the international bodies (whether jurisdictional or not) that monitor implementation of human rights established in international treaties that declare the infringement by Spain of a particular human right.

KEY WORDS: International control of the implementation of human rights in Spain; Opinions of International Committees; Committee on Elimination of Discrimination against Women (CEDAW); State's patrimonial liability

SUMARIO.- I. EL CONTROL INTERNACIONAL DEL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS. II. SU CUMPLIMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL. 1. El cumplimiento en España de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2. El cumplimiento en España de los Dictámenes de los Comités internacionales de control del cumplimiento de los derechos humanos. A) La situación anterior a la STS 17 julio 2018 (ROJ: 2747/2018). B) La doctrina jurisprudencial establecida en la STS 17 julio 2018 (ROJ: 2747/2018). III. CONSIDERACIONES FINALES

SUPUESTO DE HECHO

La STS 17 julio 2018 (ROJ: 2747/2018) puso fin a un muy extenso íter procedimental. En 1996, mientras estaba embarazada de su hija, la hoy recurrente denunció por primera vez a su marido por malos tratos. En 1999, la recurrente huyó de su domicilio con la niña, aunque las agresiones persistieron. Durante el proceso judicial por el divorcio, el juez concedió al padre un régimen de visitas vigilado. Sin embargo, dos años después, en 2002, apoyándose en un informe de los Servicios Sociales que supervisaba esos encuentros, en el que no se recomendaba de manera expresa que se mantuvieran las visitas vigiladas, el juez aceptó un recurso del hombre y permitió que se llevara a la niña un día a la semana desde la salida del colegio hasta las 20'00 horas. El 24 de abril de 2003 se celebró una vista judicial para decidir a quién correspondía el uso de la vivienda familiar. Según consta en autos, a la salida de la vista judicial el hombre amenazó a la recurrente con las palabras: "te voy a quitar lo que más quieres". Esa misma tarde, mató a la niña de tres disparos y luego se suicidó.

Tras el crimen, la recurrente planteó ante el Ministerio de Justicia una primera reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Alegó que existió un funcionamiento inadecuado de la Administración de Justicia que propició que su hija fuese asesinada a manos de su anterior pareja. La recurrente consideró que su muerte se podría haber evitado si la Administración de Justicia hubiese funcionado correctamente, manteniendo el régimen de visitas con vigilancia que se estableció en un primer momento para regular la separación matrimonial. Sin embargo, esa situación fue

• Valentín Bou Franch
Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, así como Catedrático Jean Monnet en la Universidad de Valencia (España). Autor de múltiples publicaciones e investigador principal en un número importante de Proyectos I+D+i de la Unión Europea, del Gobierno español y de la Generalidad Valenciana. Sus principales líneas de investigación abarcan: el régimen jurídico de la Antártida y del Océano Austral, Derecho Internacional del Mar, Derecho Internacional del Medio Ambiente, Procedimientos de solución de las controversias internacionales, Protección internacional del patrimonio cultural, Derecho de la Unión Europea, Derecho Internacional Penal y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Bouv@uv.es

modificada por Providencia de 6 de mayo de 2002 y confirmada en reposición por Auto de 17 de junio de 2002. Esta decisión permitió que la comunicación entre el padre y su hija se hiciese sin vigilancia, lo que resultó en que su hija fuese asesinada por su padre el 24 de abril de 2003. La recurrente alegó que existía una situación de alto riesgo (había formulado previamente 47 denuncias por violencia de género contra su anterior marido); que no en todas las actuaciones intervino el Ministerio Fiscal; que hubo errores en los informes de los Servicios Sociales; y, finalmente, decisiones jurisdiccionales ignorando el contenido de la prueba pericial psicológica practicada. Afirmó que tales irregularidades, de no haberse producido, hubiesen evitado, en una situación de alto riesgo como la que existía, que su hija fuese asesinada, por lo que, a su juicio, sí se produjo un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Esta reclamación fue denegada por Resolución del Ministerio de Justicia de 3 de noviembre de 2005, fue desestimada por la SAN 10 diciembre 2008 (ROJ: 4882/2008) y fue finalmente confirmada por la STS 15 octubre 2010 (ROJ: 5349/2010), en la que el TS, "aun lamentando profundamente el fatal desenlace, no aprecia que en el supuesto que nos ocupa existiese un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sino un conjunto de decisiones jurisdiccionales que ponderando las circunstancias concretas, y tras un constante seguimiento del régimen de visitas e informes psicológicos de los padres y de la menor, con intervención del Ministerio Fiscal a lo largo de las actuaciones y con constantes escritos de alegaciones de los progenitores, y permanentes informes de seguimiento emitidos por los Servicios Sociales resolvieron lo que estimaron conveniente respecto de la forma en que debía canalizarse la comunicación de un padre separado con su hija, sin que existiesen datos que indicasen que el régimen de visitas que existía implicase peligros para la vida o salud física o psíquica de la menor, por lo que el posterior asesinato de ésta a manos de su progenitor no aparece conectado con funcionamiento anormal alguno del juzgado o de sus agentes colaboradores, de modo que no se aprecia la existencia de los elementos necesarios para declarar la existencia de una responsabilidad patrimonial del Estado" (FJ 4º). Contra esas resoluciones judiciales, la recurrente interpuso recurso de amparo, que fue inadmitido por el TC mediante Providencias de 13 de abril y 17 de junio de 2011, al no apreciar relevancia constitucional.

No contenta con el resultado obtenido tras agotar todos los recursos judiciales disponibles en el Derecho español, la recurrente acudió al Comité sobre la Eliminación de la Discriminación de la Mujer (CEDAW), previsto en el artículo 17 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 y cuyo desarrollo se encuentra en su Protocolo facultativo de 6 de octubre de 1999 (ratificados por España el 18 de diciembre de 1983 y el 14 de marzo de 2000, respectivamente). El CEDAW emitió

su Dictamen núm. 47/2014, de 16 de julio, en el que, por un lado, decidió que el Estado español había "infringido los derechos de la autora y su hija fallecida en virtud de los artículos 2 a), b), c), d), e) y f); 5 a); y 16, párrafo d), de la Convención, leídos conjuntamente con el artículo 1 de la Convención y la recomendación general núm. 19 del CEDAW". Por otra parte, entre las recomendaciones que dirigió al Estado español para subsanar este incumplimiento, figura en primer lugar la de "otorgar a la autora una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos".

Para lograr la efectividad práctica del Dictamen del CEDAW núm. 47/2014, la recurrente formuló dos reclamaciones judiciales adicionales en España.

En primer lugar, el 16 de octubre de 2014 la recurrente presentó un recurso extraordinario de revisión en virtud del artículo 118.2 de la Ley 30/1992, es decir, por aparecer documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error en la resolución recurrida. En este recurso extraordinario solicitó que se dejara sin efecto la Resolución de 3 de noviembre de 2005, que denegó la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y se procediera a cumplir con los dispositivos del Dictamen del CEDAW núm. 47/2012, otorgándosele una reparación integral que incluyera, como parte de esa reparación, una indemnización de 1.263.470'09 euros en concepto de daños patrimoniales y daños inmateriales.

El 17 de julio de 2015 obtuvo una Decisión administrativa contraria a sus intereses, contra la que interpuso recurso contencioso administrativo que fue desestimado por la SAN 25 abril 2016 (ROJ: 1528/2016). Esta Sentencia se basó en una reiterada doctrina jurisprudencial que impide la compatibilidad sucesiva o simultánea entre un recurso extraordinario de revisión, como el intentado, respecto de una decisión administrativa que ha sido objeto de decisiones judiciales firmes. Esta respuesta judicial fue recurrida en casación y desestimada por la STS 25 septiembre 2017 (ROJ: 3418/2017), ratificando lo declarado en su jurisprudencia previa, sobre "la falta de idoneidad del cauce utilizado -el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 118 de la Ley 30/1992 - para anular una sentencia judicial o, dicho de otro modo, un acto administrativo firme en sede jurisdiccional" (STS 17 mayo 2013, ROJ: 2569/2013).

En segundo lugar, con fecha 6 de febrero de 2015 presentó una nueva reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Solicitaba que se dictase una resolución estimatoria de la reclamación por la que se proceda a cumplir con los dispositivos del Dictamen del CEDAW 47/2012, otorgándosele una reparación integral que incluya medidas de garantía y no repetición por los daños sufridos. Ante el silencio de la Administración, planteó un nuevo recurso contencioso administrativo, esta

vez por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, solicitando la condena de la Administración al cumplimiento de los dispositivos del Dictamen y al abono de la indemnización que solicitaba por importe de 1.263.470'09 euros. En este procedimiento judicial recayó la SAN 2 noviembre 2016 (ROJ: 4195/2016), que desestimó de nuevo su pretensión, repitiendo los argumentos de la SAN 10 diciembre 2008 (ROJ: 4882/2008) acerca de la inexistencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. No obstante, esta SAN añadió que: "no existe en el ordenamiento jurídico español un procedimiento que posibilite en este caso la eficacia ejecutiva de las recomendaciones contenidas en el Dictamen del CEDAW, de modo que, aunque para la emisión del referido Dictamen del CEDAW fue parte e intervino el Estado español, oponiéndose a las pretensiones de la hoy demandante, lo cierto es que ha negado a la demandante la indemnización a que se refiere el Dictamen del CEDAW y no consta haya proveído de los mecanismos necesarios para que los derechos de la Convención que ha ratificado puedan ser eficazmente tutelados".

La recurrente interpuso recurso de casación ante el TS contra la SAN 2 noviembre 2016 (ROJ: 4195/2016), afirmando que la sentencia impugnada debía ser anulada porque, al rechazar sus pretensiones, no admitía que el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sea el cauce adecuado para hacer plenamente efectivo el Dictamen del CEDAW y, con ello, perpetuaba la vulneración de los derechos fundamentales invocados en la instancia, que eran los artículos 14, 15, 18 y 24 de la Constitución Española (CE).

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La STS 17 julio 2018 (ROJ: 2747/2018) casó y anuló la SAN 2 noviembre 2016 (ROJ: 4195/2016), en cuanto que ésta no había apreciado vulneración de derechos fundamentales, así como la inicial decisión por silencio administrativo, declarando la obligación de la Administración de reparar esa vulneración con una indemnización de 600.000'00 euros por los daños morales padecidos.

La doctrina jurisprudencial de la STS 17 julio 2018 (ROJ: 2747/2018) se centra en dos temas claves. En primer lugar, en el reconocimiento de la vulneración de los derechos fundamentales de la madre. El TS se planteó si la negativa de la Administración, que no contestó a la reclamación planteada por la mujer, vulneró sus derechos fundamentales. En este punto, los magistrados consideraron que "la citada vulneración tiene encaje en el artículo 14 CE -derecho de igualdad y no discriminación por razón de sexo-, pues durante años no se pusieron en marcha medidas que hiciesen efectivas en la práctica previsiones legales existentes y de manera que se pudiese reestablecer una igualdad rota en el seno familiar por los graves actos de discriminación sufridos por la recurrente".

El TS también consideró que se había vulnerado el artículo 24 -derecho a la tutela judicial efectiva- debido a que en los diversos procedimientos judiciales que revisaron la práctica administrativa "no se dio amparo efectivo al derecho de la recurrente a no ser discriminada, todo ello con indudable y grave afectación de su dignidad humana y de su derecho a la integridad moral -artículo 15 CE- que, como derecho esencial y básico de toda persona, es la base ontológica que hace posible todo los demás".

Por ello, según la STS 17 julio 2018 (ROJ: 2747/2018), resulta indudable que las especiales particularidades de la demanda de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia "no sólo debió merecer de la Administración General del Estado una consideración expresa, por demás impuesta por el artículo 42 de la Ley 30/1992, dando cumplimiento a la obligación internacional y de Derecho interno, sino que se torna ya en el remedio efectivo último para controlar la alegada vulneración de derechos fundamentales invocada por la parte recurrente que, además, se presenta como permanente en el tiempo, no tanto por estar vinculada al fatal desenlace que ciertamente acaeció hace años, cuanto por no haber sido restaurada la lesión de derechos por la Administración tras la conclusión del CEDAW".

En segundo lugar, y respecto de la vía de aplicación de los dictámenes del CEDAW, el TS afirmó que el Dictamen del CEDAW debió ser tenido en cuenta, en este caso y con sus particularidades, como presupuesto válido para formular una reclamación patrimonial contra el Estado y al margen de la anterior ya denegada, puesto que "acredita junto con los hechos que se desprenden del expediente administrativo la existencia de una lesión o daño real y efectivo, individualizado en la persona de la recurrente, que ella no estaba obligada a soportar, y que se produjo por la desprotección que ha soportado durante años ante una clara situación de discriminación, antes y después del fallecimiento de su hija, hecho en sí mismo que no puede ser valorado".

Es un daño, subrayó el TS, que no está integrado por el juicio de valor del órgano internacional aunque éste sirva para su constatación sobre la base de los hechos acaecidos, que "está aún vigente pues la situación de desprotección de derechos no ha sido resarcida y que, además, es evaluable económicamente por venir representado (no sólo por el fallecimiento de su hija, que también, sino) por los daños de todo tipo que ha tenido que soportar como consecuencia de ello siendo víctima de violencia sobre la mujer que es, proporcionada a la gravedad de los hechos y para repararlos en su integridad, actualizados cuantitativamente al momento presente".

La conclusión a la que llegó el TS es que la inexistencia de un cauce específico y autónomo para hacer efectivas en el ordenamiento español las recomendaciones

de un Dictamen del CEDAW por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en la Convención por parte del Estado español, impide exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes. No obstante, es posible admitir, según el TS, que ese Dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia "como último cauce para obtener la reparación, ello con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso e incluso de la posible procedencia de otros en los supuestos de hecho que puedan llegar a plantearse".

EL TS reconoció que el CEDAW no ha introducido en el ordenamiento jurídico interno una instancia superior supranacional de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco ha impuesto a los Estados miembros unas medidas procesales de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de las desviaciones que el CEDAW pueda llegar a apreciar. Pese a ello, no puede dudarse, según los magistrados, del carácter vinculante u obligatorio de los Dictámenes para el Estado parte que reconoció la Convención CEDAW y su Protocolo Facultativo, puesto que el artículo 24 de la Convención CEDAW dispone que los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en ella. Del mismo modo, el artículo 7.4 del Protocolo Facultativo establece que el Estado parte dará la debida consideración a las opiniones del CEDAW, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará en un plazo de seis meses una respuesta por escrito. Todo ello reforzado por el reconocimiento expreso de la competencia del CEDAW, voluntariamente asumido por España.

COMENTARIO

I. EL CONTROL INTERNACIONAL DEL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Hace ya varias décadas que está reconocido internacionalmente que el cumplimiento de los derechos humanos por los Estados soberanos no es una cuestión de su exclusiva jurisdicción interna. Tanto a nivel mundial (merced a la Organización de Naciones Unidas [ONU]), como regional (Consejo de Europa; Unión Europea [UE]), existen importantes tratados internacionales que reconocen y desarrollan un amplio listado de derechos humanos, estableciendo en la mayoría de los casos mecanismos de control de su aplicación de diversa naturaleza.

En el ámbito mundial, nada impide que un Estado demande a otro Estado por incumplimiento de tratados internacionales sobre derechos humanos, ya sea ante la Corte Internacional de Justicia, ya sea ante tribunales arbitrales internacionales.

Esta posibilidad no ha sido nada frecuente en la práctica, aunque algún caso aislado sí se ha producido (Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de 1 de abril de 2011, en el asunto sobre la "aplicación de la Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial [Georgia v. Federación Rusa]").

Para los casos de eventuales demandas individuales contra un Estado por violación de derechos humanos, la única posibilidad que existe a nivel mundial es que la demanda individual se plantee, por razón de la materia, ante alguno de los diez Comités internacionales creados por la ONU para controlar la correcta aplicación de uno o varios tratados sobre derechos humanos de ámbito universal. Debe recordarse, en todo caso, que para que estos Comités internacionales de control puedan ejercer sus competencias no basta sólo con que el Estado demandado haya ratificado o se haya adherido al tratado o tratados internacionales de que se trate. Es necesario, además, que tal Estado haya reconocido expresamente la competencia del Comité internacional correspondiente para conocer de las demandas individuales formuladas en su contra.

Si se cumplieran estas condiciones previas, el Comité internacional de control de que se trate, tras escuchar las alegaciones de ambas partes, emitirá una "decisión" irrecurrible sobre la admisibilidad o no de la demanda individual, debiéndose destacar que siempre, entre las causas de inadmisibilidad, figura la del agotamiento previo de todos los recursos judiciales existentes en el ordenamiento jurídico del Estado demandado. Sólo en los casos en los que haya habido una decisión de admisibilidad positiva, el Comité internacional de control de que se trate, tras escuchar las alegaciones de ambas partes sobre el fondo del asunto, emitirá un "dictamen" sobre cada caso. En el dictamen debe figurar necesariamente una "decisión" expresa del Comité acerca de si el Estado demandado ha incumplido o no algún artículo del tratado internacional correspondiente. En caso de decisión positiva, el dictamen incluirá también las "recomendaciones" que el Comité considere oportuno formular acerca del modo de cumplimiento del dictamen de que se trate.

Conviene recordar cuáles son los diez Comités internacionales de control de la aplicación de tratados sobre derechos humanos creados por la ONU. Estos Comités internacionales son los siguientes. En primer lugar, el Comité de derechos humanos (CCPR) fue establecido por el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966) y está desarrollado en el Primer protocolo facultativo a dicho Pacto. El CCPR es el órgano que controla la aplicación del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y del Segundo protocolo facultativo para abolir la pena de muerte por sus Estados Partes. En segundo lugar, el Comité de derechos económicos, sociales y culturales (CESCR) controla la aplicación del Pacto

internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1966), de conformidad con su Protocolo opcional. En tercer lugar, el Comité para la eliminación de la discriminación racial (CERD) controla la aplicación de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965). En cuarto lugar, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW) controla la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) y de su Protocolo facultativo (1999). En quinto lugar, el Comité contra la tortura (CAT) controla la aplicación de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984). En sexto lugar, el Comité de los derechos del niño (CRC) controla la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño (1989) y de sus tres Protocolos facultativos (2000 y 2011). En séptimo lugar, el Comité de los derechos de las personas con discapacidad (CRPD) supervisa la aplicación de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006), de conformidad con su Protocolo facultativo (2006). En octavo lugar, el Comité contra las desapariciones forzadas (CED) controla la aplicación de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006). En noveno lugar, el Subcomité para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (SPT), establecido de conformidad con las disposiciones del Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura (2002), se encarga de visitar los lugares de detención en los Estados Partes para prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Finalmente, en décimo lugar, el Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (CMW) controla la aplicación de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990).

Debe señalarse que España ha ratificado o se ha adherido a todos los tratados internacionales sobre derechos humanos de los nueve primeros Comités mencionados, habiendo formulado además un reconocimiento expreso de su competencia para conocer de las demandas individuales que se presenten en su contra. En consecuencia, en todos estos casos estos Comités pueden formular tanto decisiones de admisibilidad como dictámenes sobre el fondo en demandas individuales que se formulen contra el Estado español. La única excepción es el Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (CMW), dado que España no ha ratificado de momento la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

En el ámbito regional europeo, en el seno del Consejo de Europa, España es Estado Parte Contratante en el Convenio de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), así como en

todos su Protocolos adicionales vigentes, salvo en el caso del Protocolo núm. 16, dada su reciente entrada en vigor. En consecuencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) hace ya varias décadas que puede conocer de las demandas que cualquier otro Estado Parte o cualquier individuo plantee en contra de España. No obstante, también en el seno del Consejo de Europa, España es Estado Parte Contratante en la Carta Social Europea. No obstante, al no haber ratificado ni el Protocolo Adicional núm. 3 de 1995, ni la Carta Social Europea Revisada de 1996, España no reconoce la competencia del Comité de Derechos Sociales para recibir y conocer de las reclamaciones colectivas que se formulen en su contra. Se da, por lo tanto, la paradoja de que España sí reconoce esta competencia al Comité de derechos económicos, sociales y culturales (CESCR) en Nueva York, pero no al Comité de Derechos Sociales en Estrasburgo.

Finalmente, debe mencionarse que España es también Estado miembro de la Unión Europea (UE). Por lo tanto, cuando la aplicación del Derecho de la UE suponga una vulneración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) podrá igualmente conocer de los eventuales recursos que se planteen contra el Estado español.

II. SU CUMPLIMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL

El cumplimiento de las sentencias y dictámenes sobre derechos humanos emitidos por órganos internacionales en los que se ha condenado a España ha resultado, por lo general, controvertido. La única excepción afecta a las STJUE, en la medida en que la supranacionalidad del ordenamiento jurídico de la UE goza de un más alto grado de integración en el Derecho español. Ello ha quedado evidenciado con la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la que ha introducido un nuevo art. 4. bis, en cuyo apartado 1 afirma que: "Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la UE de conformidad con la jurisprudencia del TJUE" (*BOE*, nº. 174, de 22 de julio de 2015).

1. El cumplimiento en España de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En el caso de las STEDH contra España, el origen de la posibilidad de plantear demandas individuales contra España fue polémico desde un principio. España ratificó el Convenio europeo el 4 de octubre de 1979, momento en el que declaró reconocer la jurisdicción del TEDH "sobre todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio" sucedidos a partir del 14 de octubre de 1979 (*BOE*, nº 243, de 10 de octubre de 1979). No obstante, en esa época el TEDH sólo podía intervenir una vez que la Comisión Europea de Derechos Humanos se hubiera pronunciado sobre la demanda individual, asumiendo además

su defensa ante el propio TEDH. Es llamativo que España declarase reconocer "la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos para conocer las demandas [individuales] dirigidas al Secretario general del Consejo de Europa" posteriormente, en concreto, mediante la Declaración de 11 de junio de 1981" (*BOE*, nº 155, de 30 de junio de 1981). Sólo a partir de entonces estuvo abierta la posibilidad de plantear demandas individuales ante la Comisión que, en el mejor de los casos, la propia Comisión plantearía ante el TEDH. Es bien sabido que la entrada en vigor, el 1 de noviembre de 1998, del Protocolo núm. 11 modificó el sistema anterior. Este Protocolo suprimió la Comisión Europea de Derechos Humanos y la jurisdicción del TEDH dejó de ser facultativa para convertirse en obligatoria respecto de todos los Estados Partes en el CEDH.

No obstante, el cumplimiento en el Derecho español de las STEDH fue polémico en la práctica judicial española, debido en parte a las características propias de las STEDH y en parte a la legislación procesal española. Respecto de las STEDH, debo comenzar por insistir en la característica de su obligatoriedad, toda vez que declaran la existencia de una violación del Convenio o de sus Protocolos adicionales y el Estado condenado está obligado a corregir ese incumplimiento. El art. 46 CEDH es claro al respecto, al afirmar que "las Altas Partes contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes", añadiendo que corresponde al Comité de Ministros del Consejo de Europa el velar "por su ejecución".

No obstante, la jurisprudencia del TEDH ha interpretado esta disposición. En la STEDH 13 junio 1979, asunto *Marckx* c. Bélgica (HUDOC: 6833/74), pár. 58, afirmó que "la Sentencia del TEDH es esencialmente declarativa y deja al Estado la decisión de los medios a utilizar en su ordenamiento jurídico interno para adaptarse a lo que le impone el art. 53 CEDH". En la STEDH 25 abril 1983, asunto *Pakelli* c. Alemania (HUDOC: 8398/78), pár. 45, afirmó que "el CEDH no le atribuye competencia para anular la decisión de la Corte Federal ni para requerir del Gobierno la desaprobación pública de algunos de los pasajes discutidos".

Partiendo del carácter declaratorio de las STEDH, la jurisprudencia española insistió durante muchos años en la falta de fuerza ejecutiva autónoma de las mismas, tendiendo a olvidar su fuerza obligatoria. Así, a título de ejemplo, la STS 4 abril 1990 (ROJ: 14876/1990), tras insistir en primer lugar en la naturaleza declarativa de las STEDH, afirmó que a las mismas no se les puede "reconocer fuerza ejecutiva, en el aspecto de romper el cumplimiento de una sentencia firme"; y que, de hacerlo, se procedería a "la vulneración del art. 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que las resoluciones judiciales sólo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos por las leyes; y en el presente caso tratándose de una sentencia firme, no cabe recurso alguno, a pesar de lo cual y de lo antedicho, [el

auto de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 1989] ha puesto en libertad a dos personas que estaban cumpliendo condena, ejerciendo un derecho de gracia, que únicamente corresponde al Rey, después de oír, en su caso al TS y al Gobierno". En segundo lugar, el TS insistió en que "el ordenamiento judicial español no prevé la ejecución de sentencias internacionales -no confundir con sentencias dictadas por tribunales extranjeros- cuya ejecución puede llevarse a cabo por Tribunales españoles. Pero es que, además, el TEDH no es un órgano judicial supranacional, pues el reconocimiento por España de la jurisdicción del TEDH no puede exceder a lo previsto en el art. 46 CEDH que colateralmente prohíbe dar la naturaleza de Tribunal nacional de última instancia definitiva al TEDH. Sobre todo, porque el art. 117.3 CE establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes. Y, hoy por hoy, introducir el TEDH en la organización judicial española sólo sería factible a través de una *lex data* de naturaleza orgánica, a tenor de lo dispuesto en el art. 81.1 CE. En tercer lugar, para la STS 4 abril 1990 (ROJ: 14876/1990), "todo lo anterior lleva inexorablemente a la conclusión de la no posibilidad de efectos anulatorios tanto de las STEDH como de las decisiones del Comité de Ministros [del Consejo de Europa], en el ordenamiento jurídico español, pues para que ello fuera posible, tendrían que utilizarse los siguientes caminos: a) Modificar la legislación actual, como han hecho los Estados de Noruega, Luxemburgo, Malta y el cantón suizo de Appenzell, estableciendo un nuevo motivo de revisión de sentencias firmes, cuando se declare por el TEDH una violación de derechos individuales, y b) la firma de un nuevo protocolo al CEDH, que estableciera un procedimiento para el cumplimiento de las sentencias del TEDH, o las decisiones del Comité de Ministros por los Estados demandados. Ante la ausencia de estos dos datos, se ha de resolver la cuestión debatida, se vuelve a repetir, declarando la imposibilidad de ejecución de la STEDH 6 de diciembre de 1988, asunto *Barberá*, *Messegué* y *Jabardo* c. España (HUDOC: 10590/83) en el sentido de anular una sentencia firme dictada por el TS, que es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, que lo sería entonces el TC; pues ello supondría introducir una instancia judicial internacional superior para suspender la ejecución de sentencias firmes y con ello «inventar» un nuevo motivo de revisión". Tras sostener la imposibilidad de cumplimiento procesal de las STEDH que condenasen a España, el TS concluyó afirmando que los incumplimientos de los derechos humanos declarados por la STEDH 6 de diciembre de 1988, asunto *Barberá*, *Messegué* y *Jabardo* c. España (HUDOC: 10590/83) podían "tener una solución, pues ello puede tener lugar por la vía del indulto en el caso de cumplimiento de penas privativas de libertad o pecuniarias por cumplir, y principalmente a través de la figura de la prestación reparatoria sustitutoria, que es una indemnización de carácter pecuniario, cuya regulación y requisitos están fijados en el art. 50 CEDH, y que será a cargo del Estado español,

y cuyo pronunciamiento, que no es declarativo, sino de prestación, corresponde al TEDH".

Esta situación comenzó a cambiar a partir de la STC 245/1991, de 16 de diciembre (RTC: 1991, 245). El TC sostuvo que, aunque el CEDH, como instrumento internacional, no obligue a España a reconocer en su ordenamiento jurídico la fuerza ejecutoria directa de las decisiones del TEDH ni tampoco a introducir reformas legales que permitan la revisión judicial de las Sentencias firmes a consecuencia de la declaración por el TEDH de la violación de un derecho de los reconocidos por el CEDH, que es a la conclusión a la que llega nuestro TS, y que en este proceso defiende el Ministerio Fiscal, no significa que en el plano de nuestro sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales los poderes públicos hayan de permanecer indiferentes ante esa declaración de violación del derecho reconocido en el CEDH, ni que sea conforme a nuestro sistema constitucional el mantenimiento, por medio de la denegación de nulidad y la anulación de la suspensión de las condenas dictadas cautelarmente por la AN, de una situación que puede implicar lesión actual de derechos fundamentales de los recurrentes (…). Dicho con otras palabras, en el proceso se quebrantaron reglas legales constitutivas de garantías esenciales del procedimiento, que asegura el art. 6.1 CEDH pero que nuestra CE protege también como derechos fundamentales en el art. 24 CE". El TC puso el acento en el carácter obligatorio de las STEDH, olvidado con demasiada frecuencia por la jurisprudencia del TS, al afirmar que: "de la Sentencia declarativa del TEDH, cuyo carácter obligatorio es incuestionable, ha de deducirse como efecto indirecto de la misma una infracción del art. 24 CE. Desde la perspectiva de esta demanda de amparo, el problema no consiste pues en la falta de ejecutoriedad de aquella Sentencia sino en la obligación de los poderes públicos -y en lo que aquí interesa en la obligación de este TC al que nada que afecte a los derechos fundamentales le es extraño- de tutelar y reparar satisfactoriamente una lesión de un derecho fundamental que sigue siendo actual. Es ésta una obligación que pesa sobre todos los poderes públicos, conforme a su respectivo ámbito de competencia, porque la CE obliga a todos ellos a su cumplimiento, y también porque el Estado democrático de Derecho sufriría irremisiblemente si hubiera de consentirse la perpetuación de una situación declarada contraria a derechos fundamentales garantizados por la CE, sin posibilidad alguna de ser reparada satisfactoriamente por equivalente, pues no es suficiente, desde el punto de vista constitucional, una indemnización compensatoria, como la que prevé el art. 50 CEDH, en una situación como la presente en la que está en juego la libertad personal de los afectados y por ello también el art. 17.1 CE". El TC añadió que "en tanto en cuanto [las reformas procesales identificadas por el TS] no se establezcan, este TC no puede sustraerse de conocer la alegada infracción del derecho a un proceso justo con todas las garantías, dado que se trata de un derecho fundamental protegible en amparo, y

la vulneración del derecho fundamental sólo es susceptible de reparación efectiva mediante la pérdida de efectos de la decisión judicial condenatoria de origen".

Cabe mencionar que, con posterioridad a esta jurisprudencia española, se ha desarrollado una importante jurisprudencia del TEDH que insiste en que la libertad del Estado condenado a elegir los medios de ejecución de la STEDH no es absoluta. En la STEDH 13 julio 2000, asunto *Scozzari* y *Giunta* c. Italia (HUDOC: 39221/98 y 41963/98), párs. 249-250, "el TEDH señala que del art. 46 CEDH se desprende que el Estado demandado, declarado responsable de una violación del CEDH o de sus Protocolos, está obligado no sólo a pagar a los interesados las sumas concedidas a título de satisfacción equitativa, sino también a elegir, bajo el control del Comité de Ministros, las medidas generales y/o, en su caso, individuales que deben adoptarse en su orden jurídico interno a fin de poner término a la violación declarada por el TEDH, y eliminar en la medida de lo posible sus consecuencias. Debe entenderse, además, que el Estado demandado continúa siendo libre para elegir, bajo el control del Comité de Ministros, los medios que le permitan cumplir su obligación jurídica en relación con el art. 46 CEDH, siempre y cuando dichos medios sean compatibles con las conclusiones que se contienen en la STEDH. En consecuencia, y en virtud del art. 41, la finalidad de las sumas concedidas a título de satisfacción equitativa es únicamente la de conceder una reparación por los daños sufridos a los interesados, en la medida en que éstos constituyen una consecuencia de la violación que, en ningún caso, pueda ser remediada de otra forma".

En la STEDH 12 mayo 2005, asunto Öcalan c. Turquía (HUDOC: 46221/99), pár. 210, la Gran Sala del TEDH añadió que "por lo que se refiere a las medidas específicas solicitadas por el demandante, el TEDH reitera que sus Sentencias son esencialmente declaratorias por naturaleza y que, en general, corresponde *principalmente* al Estado demandado elegir, sometido a la supervisión del Comité de Ministros, las medidas a utilizar en su ordenamiento jurídico interno para cumplir su obligación conforme al art. 46 CEDH (véase, entre otras, STEDH 8 abril 2004, asunto *Assanidze* c. Georgia [HUDOC: 71503/01], pár. 202 y STEDH 23 enero 2001, asunto *Brum□rescu* c. Rumanía [HUDOC: 28342/95], pár. 20). No obstante, *excepcionalmente* y con el fin de ayudar al Estado demandado a cumplir sus obligaciones conforme al art. 46 CEDH, el TEDH podrá indicar el tipo de medidas que podrían adoptarse para poner fin a la situación sistémica cuya existencia ha declarado. En tales circunstancias, el TEDH puede proponer diversas opciones y dejar la elección de la medida y de su aplicación a la discreción del Estado demandado (véase STEDH 22 junio 2004, asunto *Broniowski* c. Polonia [HUDOC: 31443/96], pár. 194). En otros casos *excepcionales*, la violación declarada puede ser de tal naturaleza como para impedir cualquier margen de elección real relativo a las medidas requeridas para remediarla y el TEDH puede decidir indicar únicamente una sola medida (véase STEDH 8 abril 2004, asunto *Assanidze*

c. Georgia [HUDOC: 71503/01], pár. 202). En el contexto específico de los asuntos planteados contra Turquía relativos a la independencia e imparcialidad de los tribunales de seguridad nacional, las Salas del TEDH han indicado en algunas Sentencias que se dictaron después de la Sentencia de Sala en el presente asunto que, en principio, la forma más apropiada de remedio sería que al demandante se le ofreciera un nuevo juicio sin dilaciones si él o ella así lo solicitan (véase, entre otras, STEDH 23 octubre 2003, asunto *Gençel* c. Turquía [HUDOC: 53431/99], pár. 27). Debe igualmente señalarse que una Sala del TEDH ha adoptado una actitud similar en un asunto contra Italia, en la que la declaración de incumplimiento de las garantías de justicia contenidas en el art. 6 CEDH no estaba relacionada con la falta de independencia o imparcialidad de los tribunales internos (véase STEDH 18 mayo 2004, asunto *Somogyi* c. Italia [HUDOC: 67972/01], pár. 86). La Gran Sala acoge el enfoque general adoptado en los mencionados asuntos. Considera que cuando un individuo, como en el presente asunto, ha sido condenado por un tribunal que no cumplía los requisitos del CEDH de independencia e imparcialidad, la celebración de un nuevo juicio o la reapertura del procedimiento, si se solicita, representa en principio un modo apropiado de remediar la violación. No obstante, las medidas específicas de remedio, si las hubiera, requeridas a un Estado demandado para cumplir sus obligaciones conforme al art. 46 CEDH deben depender de las circunstancias particulares de cada asunto y concretarse a la luz de los términos de la STEDH en ese asunto, y con el debido respeto a la jurisprudencia citada del TEDH".

Éste es el contexto en el que hay que incardinar el acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, de 21 de octubre de 2014, sobre la viabilidad del recurso de revisión penal como cauce para dar efectivo cumplimiento a las STEDH. Esta posibilidad fue ampliada a todos los órdenes jurisdiccionales mediante la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la que ha introducido un nuevo art. 5. bis, a cuyo tenor: "Se podrá interponer recurso de revisión ante el TS contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el TEDH haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión" (*BOE*, nº. 174, de 22 de julio de 2015).

2. El cumplimiento en España de los Dictámenes de los Comités internacionales de control del cumplimiento de los derechos humanos

Para mejor comprender la novedad de la doctrina jurisprudencial y el alcance de la STS 17 julio 2018 (ROJ: 2747/2018), conviene distinguir cómo se cumplían en

España los Dictámenes emitidos por los Comités internacionales de control del cumplimiento de los derechos humanos antes de esta Sentencia, respecto de lo expresamente establecido en la misma.

A) La situación anterior a la STS 17 julio 2018 (ROJ: 2747/2018)

Antes de la STS 17 julio 2018 (ROJ: 2747/2018), en España se produjo una situación generalizada de incumplimiento de los Dictámenes de los Comités internacionales de control del cumplimiento de los derechos humanos en los casos en los que el Comité internacional correspondiente "decidió" que España había infringido al menos un artículo o disposición del correspondiente tratado internacional sobre derechos humanos. A este lamentable resultado práctico se llegó porque, en todos los casos en los que una víctima reconocida por un Comité internacional intento que los tribunales españoles cumplieran la "decisión" condenatoria contenida en su Dictamen, los tribunales españoles siempre negaron la posibilidad de ejercicio tanto del recurso extraordinario de revisión, como de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado.

El asunto material que se dilucidó en la STS 17 julio 2018 (ROJ: 2747/2018) es un excelente ejemplo de cómo siempre se ha denegado la posibilidad de ejercer el recurso extraordinario de revisión. Ello se visualiza tanto en el Dictamen del Consejo de Estado 11 junio 2015 (CE-D-2015-318), que sirvió de base a la Decisión administrativa denegatoria de 17 de julio de 2015, como en la STS 25 septiembre 2017 (ROJ: 3418/2017), que puso fin al recorrido judicial de esta pretensión.

En su Dictamen 11 junio 2015 (CE-D-2015-318), la Comisión Permanente del Consejo de Estado tomó buena nota del informe de la Abogacía del Estado que, basándose en el carácter extraordinario del recurso de revisión, señaló que no se pueden atacar por vía de recurso de revisión "actos administrativos confirmados por sentencias firmes, ya que en otro caso se desvirtuaría la cosa juzgada, de forma que en estos casos el recurso de revisión procedente sería el regulado en la Ley jurisdiccional, sin que proceda el recurso de revisión de que trata la Ley procedimental administrativa" (invocó, en este sentido, la SAN 31 octubre 2001 [ROJ: 6347/2001]; la STS 7 junio 2005 [ROJ: 3628/2005]; y la STS 17 mayo 2013 [ROJ: 2569/2013]).

La Abogacía del Estado añadió que, aun en el caso de que se considerase admisible el recurso, habría de ser desestimado por no concurrir la causa 2ª del artículo 118.1 de la Ley 30/1992, refiriéndose a las exigencias de que se aporte documentación "de valor esencial" y que "evidencie el error de la resolución recurrida", exigencias que también argumentó con la jurisprudencia del TS y la doctrina del Consejo de Estado. En relación con este punto, la Abogacía del Estado señaló que un Dictamen del CEDAW "no tiene la consideración de documento

de valor esencial que evidencie el error de la resolución recurrida" argumentando, por analogía, que los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU (CCPR) no tienen carácter vinculante, de acuerdo con lo afirmado por la STC 70/2002, de 3 de abril (RTC 2002, 70) (en la que el TC afirmó que "las observaciones que en forma de dictamen emite el CCPR no son resoluciones judiciales, y sus dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto internacional de derechos civiles y políticos"). Doctrina asumida por la STS 9 marzo 2011 (ROJ: 953/2011). El TS profundizó en esta línea jurisprudencial. En el ATS 16 febrero 2004 (ROJ: 1773/2004) afirmó que "los dictámenes del CCPR no tienen valor jurídico vinculante, salvo el que quiera otorgarle el Estado afectado por la condena"; en el ATS 14 diciembre 2001 (ROJ: 8958/2001) y en la STS 13 julio 2002 (ROJ: 5261/2002), señaló que "de los arts. 41 y 42 del Pacto [se deduce] que el CCPR no tiene facultades jurisdiccionales que le permitan otorgar al Dictamen el carácter de título ejecutivo que legitime al recurrente para solicitar la revisión de la Sentencia firme dictada por esta Sala"; en el ATS 25 julio 2002, la Sala de lo Penal indicó que "los Estados parte del Pacto deben prever un recurso contra decisiones que puedan vulnerar los derechos reconocidos por el mismo. Pero en modo alguno están obligados a establecer un recurso basado en una decisión del CCPR"; y en la STS 9 noviembre 2001 (ROJ: 8722/2001) subrayó que el CCPR "no actúa ni tiene el carácter ni las competencias propias de un Tribunal supranacional -como el TEDH- si bien constituye un órgano informador que impulsa la adopción de medidas para la tutela de los derechos en la forma prevista en el Pacto". La Abogacía del Estado remarcó que ésta era también la doctrina mantenida en la AN, entre otras, en las SAN 30 marzo 2006 (ROJ: 1365/2006), 8 junio 2006 (ROJ: 2629/2006), 20 abril 2006 (ROJ: 1857/2006), 5 mayo 2009 (ROJ: 2414/2009), 15 julio 2010 (ROJ: 3482/2010) y 10 abril 2013 (ROJ: 1587/2013).

El Consejo de Estado asumió la postura de la Abogacía del Estado, entendiendo "que la jurisprudencia, sentencias y autos citados en el informe de la Abogacía del Estado resultan de aplicación, *mutatis mutandi* y, en lo que ahora interesa, al CEDAW en relación con la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (y el Protocolo facultativo de 1999). En suma, se trata de dictámenes en los que se recogen opiniones del CEDAW (y, en su caso, recomendaciones) que no tienen carácter vinculante, que no son resoluciones judiciales y que no constituyen una interpretación auténtica del Pacto".

Por su parte, la STS 25 septiembre 2017 (ROJ: 3418/2017) negó definitivamente en este asunto la posibilidad de interponer un recurso extraordinario de revisión basado en el Dictamen del CEDAW, basándose en "la falta de idoneidad del cauce utilizado -el recurso extraordinario de revisión previsto en el art. 118 de la Ley 30/1992- para anular una Sentencia judicial, o dicho de otro modo, un acto administrativo firme en sede jurisdiccional".

Por otra parte, nunca antes se había reconocido la posibilidad de que un Dictamen de un órgano de control previsto en un tratado internacional sobre derechos humanos, en el que se "decidiese" que España había infringido alguno de los derechos humanos establecidos en tal tratado, pudiera servir para obtener una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado. La doctrina jurisprudencial española había sido unánime (por todas, SAN 10 abril 2013 [ROJ: 1587/2013] y STS 9 marzo 2011 [ROJ: 953:2011]) en negar siempre que un Dictamen de un órgano de control previsto en un tratado internacional sobre derechos humanos evidenciase un error judicial o un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia española, presupuestos necesarios para el ejercicio de tal acción judicial. Se añadió siempre que el plazo de un año para su interposición debe computarse, no desde la emisión del Dictamen en cuestión, sino desde la fecha en la que un Tribunal español dictó la última Sentencia, lo que en la práctica convertiría en infructuosa esta vía de resarcimiento (de media, un Comité internacional tarda 2-3 años en dictar una Declaración de admisibilidad y, en caso positivo, 3-4 años más en emitir un Dictamen sobre el fondo en el que se contenga una "decisión" acerca de si España ha incumplido o no algún derecho humano concreto). Por supuesto, siempre ha habido alegaciones de que estos Comités no son tribunales con capacidad de revisar una Sentencia firme española, que sus Dictámenes no son vinculantes y que atentaría a la seguridad jurídica alterar el efecto de cosa juzgada de Sentencias españolas que previamente hubieran adquirido firmeza.

B) La doctrina jurisprudencial establecida en la STS 17 julio 2018 (ROJ: 2747/2018)

En la STS 17 julio 2018 (ROJ: 2747/2018) el alto Tribunal comenzó por constatar que existía una clara conformidad de las partes sobre el hecho de que, con las normas internacionales y de Derecho interno invocadas, no existe un cauce procedimental específico y autónomo para instar el cumplimiento de los Dictámenes del CEDAW. Por ello, para el TS, la cuestión fundamental en este asunto era determinar si el cauce de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia es adecuado o no para obtener una decisión administrativa que permita obtener el cumplimiento del Dictamen 47/2012 del CEDAW. El TS, por primera vez en su historia, dio una respuesta positiva en atención a siete consideraciones.

En primer lugar, el TS comenzó por advertir: 1) que la Convención de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (La Convención) "no ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o

rescisorio para asegurar la reparación de la desviaciones que el CEDAW pueda llegar a apreciar"; y 2) que aunque ni La Convención ni el Protocolo facultativo de 1999 (El Protocolo) regulan el carácter ejecutivo de los Dictámenes del CEDAW, "no puede dudarse que tendrán carácter vinculante/obligatorio para el Estado parte que reconoció La Convención y El Protocolo", pues el art. 24 Convención dispone que "los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención". A tal efecto deberán tomarse también en consideración las previsiones del art. 7.4 Protocolo sobre que "El Estado Parte dará la debida consideración a las opiniones del CEDAW, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al CEDAW, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito, especialmente información sobre toda medida que se hubiera adoptado en función de las opiniones y recomendaciones del CEDAW", reforzado por el reconocimiento expreso de la competencia del CEDAW del art. 1 Protocolo, voluntariamente asumido por España.

En segundo lugar, el TS resaltó que: 1) el Dictamen emana de un órgano creado en el ámbito de un tratado internacional que, por expresa previsión del art. 96 CE, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno tras su ratificación y publicación en el Boletín Oficial del Estado; y 2) que, en virtud del art. 10.2 CE, "las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

Para el TS, ello tiene una especial relevancia, puesto que: 1) "nos encontramos ante una alegación o denuncia de vulneración de derechos fundamentales que se apoya en una declaración de un organismo internacional reconocido por España y que ha afirmado que el Estado español ha infringido concretos derechos de la recurrente que tenían amparo en La Convención, acordando medidas de reparación o resarcimiento en favor de la denunciante y medidas de actuación por parte de España"; 2) que la declaración del organismo internacional se ha producido en el seno de un procedimiento expresamente regulado, con garantías y con plena participación de España; y 3) el art. 9.3 CE afirma que la Constitución garantiza, entre otros, el principio de legalidad y la jerarquía normativa, "de manera que las obligaciones internacionales relativas a la ejecución de las decisiones de los órganos internacionales de control cuya competencia ha aceptado España forman parte de nuestro ordenamiento interno, una vez recibidas en los términos del art. 96 CE, y gozan de la jerarquía que tanto este artículo -rango supralegal- como el art. 95 -rango infraconstitucional- les confieren".

En tercer lugar, el TS afirmó que, con arreglo a la doctrina sentada por la STC 245/1991, de 16 de diciembre (RTC: 1991, 245) y la STC 91/2000, de 30 de

marzo (RTC: 2000, 91), "no hay obstáculo para que la lesión de diversos derechos reconocidos por La Convención y que declara el Dictamen del CEDAW, pueda y deba ser un elemento determinante para acreditar la posible vulneración de los correspondientes derechos fundamentales del recurrente, pues el contenido de aquéllos constituye parte también del de éstos, formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español, como resulta de la circunstancia de que los tratados y acuerdos internacionales que amparan al CEDAW, además de ser Derecho interno propio con la jerarquía reconocida constitucionalmente, son también instrumentos hermenéuticos de los derechos fundamentales de la CE según su art. 10.2".

En cuarto lugar, el TS añadió que "la vulneración de derechos de La Convención declarada por el CEDAW viene referida a la no adopción por los órganos del Estado español, en sus diversas esferas, órdenes e instancias, de las medidas necesarias y eficaces que evitasen la discriminación de la recurrente", partiendo de que la violencia contra la mujer que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos constituye un acto de discriminación tal y como la define el art. 1 Convención. El TS añadió que resulta "evidente que esta declaración, vinculante para España como Estado parte que ha reconocido, por la ratificación de los dos instrumentos internacionales, la competencia del CEDAW *ex* art. 1 Protocolo, y el hecho de que España no haya acreditado la adopción de medidas reparadoras del derecho a no sufrir discriminación, representan o suponen el mantenimiento de la lesión de derechos reconocidos en La Convención, que es una violación especialmente cualificada y que viene referida a un principio jurídico universal reconocido por diversos textos internacionales como La Convención, el art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el art. 14 CEDH de 1950 y el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE".

Por ello, el TS mantuvo que debía "concretar si la vulneración de derechos reconocida en el Dictamen CEDAW puede integrar la vulneración de derechos fundamentales de la CE invocados en la demanda y, evidentemente, si la Sentencia aquí impugnada, como acto de un poder público español, al desestimar el recurso contencioso administrativo y mantener la conformidad a derecho de la actividad administrativa que se cuestionaba, ha lesionado tales derechos fundamentales".

El TS concluyó que la citada vulneración "no sólo tiene evidente encaje en el art.14 CE -derecho de igualdad y no discriminación por razón de sexo-" (ya que durante años no se pusieron en marcha medidas que hiciesen efectivas en la práctica las previsiones legales existentes, de manera que se pudiese reestablecer una igualdad rota en el seno familiar por los graves actos de discriminación sufridos por la recurrente), "sino también en su art. 24 -derecho a la tutela judicial efectiva-" (pues en los diversos procedimientos judiciales que revisaron la práctica

administrativa no se dio amparo efectivo al derecho de la recurrente a no ser discriminada), "todo ello con indudable y grave afectación de su dignidad humana y de su derecho a la integridad moral -art. 15 CE- que, como derecho esencial y básico de toda persona, es la base ontológica que hace posible todos los demás".

En quinto lugar, el TS añadió que las especiales particularidades de la demanda de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia: 1) debió merecer de la Administración General del Estado una respuesta expresa, conforme al art. 42 de la Ley 30/1992, dando cumplimiento a la obligación internacional y de Derecho interno; y 2) que "se torna ya en el remedio efectivo último para controlar la alegada vulneración de derechos fundamentales invocada por la parte recurrente que, además, se presenta como permanente en el tiempo, no tanto por estar vinculada al fatal desenlace que ciertamente acaeció hace años, cuanto por no haber sido restaurada la lesión de derechos por la Administración tras la conclusión del CEDAW".

En sexto lugar, el TS afirmó que "el Dictamen del CEDAW deberá ser tenido, en este caso y con sus particularidades, como presupuesto válido para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado y al margen de la anterior ya denegada". Ello en razón de que acredita, junto con los hechos que se desprenden del expediente administrativo: 1) la existencia de una lesión o daño real y efectivo, individualizado en la persona de la recurrente, que ella no estaba obligada a soportar, y que se produjo por la desprotección que ha soportado durante años ante una clara situación de discriminación, antes y después del fallecimiento de su hija. "Es un daño que no está integrado por el juicio de valor del órgano internacional aunque éste sirva para su constatación sobre la base de los hechos acaecidos, que está aún vigente pues la situación de desprotección de derechos no ha sido resarcida y que, además, es evaluable económicamente por venir representado (no sólo por el fallecimiento de su hija, que también, sino) por los daños de todo tipo que ha tenido que soportar como consecuencia de ello siendo víctima de violencia sobre la mujer que es, sin duda, el supuesto de mayor gravedad de desigualdad de la mujer en la sociedad actual, y no obtener nunca una protección de la Administración y una tutela judicial efectiva"; 2) un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, como parte integrante del Estado al que imputa una negligente actuación en la protección de los derechos de la recurrente; y 3) la evidente relación entre la lesión antijurídica y la actuación del Estado, de la que forma parte la Administración de Justicia.

En séptimo y último lugar, el TS precisó que "no puede entrar en juego la excepción de cosa juzgada respecto del pronunciamiento judicial inicial de denegación de responsabilidad". Afirmación fundada en que: 1) tal pretensión fue rechazada en la Sentencia impugnada y tal decisión no ha sido impugnada; y 2)

la lesión apreciada no deriva exclusivamente de los hechos entonces juzgados, sino también de la actuación y decisiones de las Administraciones intervinientes al dar respuesta a aquellos, incluida la de los órganos judiciales contencioso-administrativos que denegaron aquélla. En definitiva, el TS añadió que "tampoco está en juego el principio de seguridad jurídica, pues no se trata tanto de dejar sin efecto los pronunciamientos iniciales, ya que con la pretensión ejercitada no se está revisando ni anulando aquellas decisiones administrativas y judiciales, sino de reconocer la existencia de un presupuesto diferente que ampare la reclamación de responsabilidad patrimonial".

III. CONSIDERACIONES FINALES

La STS 17 julio 2018 (ROJ: 2747/2018) resulta muy novedosa en el Derecho español, no sólo porque es la primera vez que el TS afirma que un Dictamen del CEDAW (o de cualquier órgano de control de los derechos humanos establecido por un tratado internacional) es vinculante u obligatorio para España, sino también, y especialmente, por su revolucionaria y pormenorizada argumentación de que puede servir de base para fundamentar, como último remedio efectivo, una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (en este asunto, una condena de 600.00'00€ por los daños morales sufridos por la recurrente).

Debe advertirse que la pormenorizada argumentación que a estos efectos realiza el TS en esta Sentencia no es en absoluto dependiente de las peculiaridades del caso concreto. Las siete líneas argumentales del TS pueden muy bien aplicarse a cualquier reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado que se plantee como consecuencia de un Dictamen condenatorio del CEDAW y, por analogía, de cualesquier otro Comité de control del cumplimiento de derechos humanos establecido en un tratado internacional del que España sea Parte Contratante.

Es más, en caso de que llegara a consolidarse la doctrina jurisprudencial acerca del carácter vinculante u obligatorio de los Dictámenes de estos Comités internacionales, incluido el CEDAW, será sólo cuestión de tiempo que se plantee la necesidad de reformar las leyes procesales para ampliar de nuevo las posibilidades de ejercicio futuro del recurso extraordinario de revisión.

RETROACCIÓN DE ACTUACIONES ORDENADA POR EL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO Y EL PLAZO PARA DICTAR LA NUEVA LIQUIDACIÓN. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA, NÚM. 851/2018, DE 23 DE MAYO (CENDOJ: ROJ: STS 2053/2018)

RETROACTION OF PROCEEDINGS ORDERED BY THE ECONOMIC-ADMINISTRATIVE COURT AND THE DEADLINE TO DICTATE THE NEW LIQUIDATION: COMMENTARY TO THE SPANISH STS NUMBER 851/2018 OF MAY 23 (CENDOJ: ROJ: STS 2053/2018)

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 458-469

Fernando
HERNÁNDEZ
GUIJARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de junio de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: En las resoluciones económico-administrativas que estiman la reclamación presentada sin entrar a conocer del fondo del asunto y sin ordenar la práctica de otra liquidación en sustitución de la que se anula, acordando la retroacción de actuaciones, el órgano de aplicación de los tributos debe dictar la nueva liquidación dentro del plazo que restase del procedimiento cuya liquidación se anula, que es el resultante de deducir del plazo máximo legal de duración del procedimiento el tiempo transcurrido hasta el momento al que se retrotrae el procedimiento, es decir, al momento en que se cometió el vicio.

PALABRAS CLAVE: Anulación de liquidación, tribunal económico-administrativo, retroacción de actuaciones, plazos.

ABSTRACT: In the economic-administrative resolutions that estimate the claim presented without getting to know the merits of the matter and without ordering the practice of another liquidation in substitution of the one that is annulled, agreeing on the retroaction of actions, the tax application body must dictate the new liquidation within the term remaining of the procedure whose liquidation is canceled, which is the result of deducing from the maximum legal term of the procedure the time elapsed until the moment to which the procedure is retracted, that is to say, at the moment in which he committed the vice.

KEY WORDS: Cancellation of liquidation, economic-administrative court, retroactivity of proceedings, deadlines.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PLAZOS PARA DICTAR UNA LIQUIDACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN TRIBUTARIA.- 1. La obligación de resolver en plazo.- 2. La previsión general sobre plazos de la Ley General Tributaria (LGT).- 3. Efectos de la falta de resolución expresa- III.- La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2018, Nº Rec. 666/2017.- IV. Conclusiones.

SUPUESTO DE HECHO

La STS de 23 de mayo, número de recurso 666/2017, tiene por objeto la sentencia dictada el 27 de octubre de 2016 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Novena) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso 386/2015, relativo a comprobación de valores y liquidación por el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

La sentencia del Alto Tribunal presentar los siguientes hechos:

a) La contribuyente presentó autoliquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, modalidad transmisiones patrimoniales onerosas, en relación con una escritura de adquisición por la declaró una base imponible y liquidó e ingresó la correspondiente cuota tributaria.

b) La Administración Tributaria de la Comunidad de Madrid inició un procedimiento de verificación de datos, en el que comprobó y rectificó el valor declarado, fijando una base imponible superior a la declarada por la contribuyente y exigió una cuota más intereses de demora en concepto de liquidación provisional.

c) El Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, anuló la citada liquidación provisional por falta de motivación de la comprobación de valores, que también anuló, al sustentarse en un dictamen no razonado, y ordenó la práctica de nueva valoración y liquidación suficientemente motivada.

• Fernando Hernández Guijarro
Profesor de la Universitat Politècnica de València y de la Universitat Jaume I. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Máster en Teoría y Práctica Fiscal por la Universidad Antonio de Nebrija. Licenciado en Derecho y Diplomado en Ciencias Empresariales por la Universidad de Valencia. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Ha trabajado en despachos profesionales de reconocido prestigio como Garrigues y Arco Abogados y Asesores Tributarios. Autor de varias obras, entre otras; La Impugnación de las Ordenanzas Fiscales, Ediciones Francis Lefbvre, 2015; Los Principios y Garantías Constitucionales en las Ordenanzas Fiscales, Aranzadi, 2015; Casos de Éxito ante Hacienda, Ediciones Francis Lefbvre, 2017 y coautor de los Formularios Prácticos Fiscal de Francis Lefebvre de los años 2005 a 2018. Correo electrónico: fernandohernandez@icav.es

d) Posteriormente, y en ejecución de dicha resolución, la Comunidad de Madrid, aplicando el artículo 66 del Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, dictó una resolución anulando la liquidación provisional anterior y realizó una nueva comprobación de valores. Esta liquidación fue notificada más de once meses después de tuvo entrada en la Administración actuante la resolución a ejecutar.

e) La contribuyente reclamó de nuevo ante el TEAR de Madrid, argumentando la insuficiencia de la motivación del dictamen y la prescripción del derecho de la Administración a efectuar la comprobación de valor determinando la deuda tributaria. El mencionado organismo administrativo de revisión desestimó la reclamación.

f) Ante esta situación, la interesada interpuso recurso contencioso-administrativo que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia que declaró caducado el segundo expediente de comprobación de valores, así como la prescripción del derecho de la Administración Tributaria. Impugnada esta sentencia por la Administración en casación, el Tribunal Supremo confirmó dicho fallo y fijó doctrina al respecto.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Ante la situación expuesta en los antecedentes de hecho, el Tribunal Supremo fija la siguiente doctrina:

1º) El artículo 66.4 RGRVA, en relación con los apartados 2, 3 y 5 del mismo precepto, debe interpretarse en el sentido de que, anulada en la vía económico-administrativa una comprobación de valores por falta de motivación y, por ende, la liquidación derivada de la misma, ordenando retrotraer las actuaciones para que se practique nueva comprobación y se apruebe otra liquidación, las nuevas actuaciones realizadas en el procedimiento retrotraído y la resolución que se dicte no quedan sometidas a la disciplina del artículo 66 RGRVA, en particular al plazo de un mes previsto en su apartado 2.

2º) Tratándose de procedimientos tributarios de gestión, el tiempo en el que debe ser dictada la nueva resolución, después de retrotraídas las actuaciones, se rige por el artículo 104.1 LGT y no por el artículo 150.5 LGT (actual artículo 150.7).

3º) El artículo 104 LGT debe ser interpretado en el sentido de que, en una situación como la del presente litigio, la Administración Tributaria debe tramitar el procedimiento retrotraído y notificar una resolución al interesado en el plazo que reste desde que se realizó la actuación procedimental causante de la indefensión

del interesado, que determinó la anulación del acto administrativo que puso fin al procedimiento (en un caso como el litigioso el tiempo gastado desde la valoración inmotivada). Dicho plazo empieza a contarse desde el día siguiente a aquel en que se comunica la resolución anulatoria con retroacción de actuaciones al órgano competente para llevarla a puro y debido efecto.

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio analiza la situación que se produce, en términos de plazo, cuando una resolución de un tribunal económico-administrativo anula una liquidación sin entrar en el fondo del asunto. Para ello, conviene iniciar el trabajo exponiendo los distintos tipos de pronunciamiento de los tribunales. A tal efecto, la resolución de una reclamación podrá ser estimatoria, desestimatoria o declarar la inadmisibilidad. La resolución estimatoria podrá anular total o parcialmente el acto impugnado por razones de derecho sustantivo o por defectos formales.

Cuando la resolución aprecie defectos formales que hayan disminuido las posibilidades de defensa del reclamante, se producirá la anulación del acto en la parte afectada y se ordenará la retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo el defecto formal (art. 239.3 LGT), lo que implica volver al mismo procedimiento de gestión inicial para desarrollarlo y concluirlo en debida forma. Consecuentemente, si el efecto propio de la retroacción es situar el procedimiento de que se trate en el mismo momento en que se cometió el vicio que la motiva, las actuaciones a realizar se insertarán en mismo tipo de procedimiento del que proceden. Para ello, deberán tenerse en cuenta, además, las disposiciones del artículo 66 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA).

Por lo tanto, en los casos de resoluciones económico-administrativas que estiman en parte, sin entrar a conocer del fondo del asunto y sin ordenar la práctica de otra liquidación en sustitución de la que se anula, acordando la retroacción de actuaciones, el órgano de aplicación de los tributos debe, en primer lugar, dictar y notificar los actos de ejecución de la resolución del recurso o reclamación económico-administrativa -actos que se circunscriben a anular la liquidación impugnada, a ordenar la retroacción, a devolver las garantías o importes ingresados y a anular, si existen, los actos posteriores que traigan su causa del anulado-. Una vez que se ha procedido así, el procedimiento reabierto por la orden de retroacción dada por la resolución, debe continuar hasta su terminación (esto es, hasta la notificación de la liquidación). Dada la importancia de esta retroacción, a lo largo de presente trabajo se analizará y determinará cual es el plazo de que

dispone la Administración Tributaria para concluir dicho procedimiento reabierto como consecuencia de la estimación del recurso.

II. PLAZOS PARA DICTAR LIQUIDACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN TRIBUTARIA

1. La obligación de resolver en plazo

La LGT recoge un precepto, concretamente el artículo 103, la obligación expresa de resolver de las Administraciones Tributarias. En este sentido, dicho precepto establece que la Administración tributaria está obligada a resolver expresamente todas las cuestiones que se planteen en los procedimientos de aplicación de los tributos, así como a notificar dicha resolución expresa.

No existirá obligación de resolver expresamente en los procedimientos relativos al ejercicio de derechos que sólo deban ser objeto de comunicación por el obligado tributario y en los que se produzca la caducidad, la pérdida sobrevenida del objeto del procedimiento, la renuncia o el desistimiento de los interesados.

No obstante, cuando el interesado solicite expresamente que la Administración tributaria declare que se ha producido alguna de las referidas circunstancias, ésta quedará obligada a contestar a su petición.

Los actos de liquidación, los de comprobación de valor, los que impongan una obligación, los que denieguen un beneficio fiscal o la suspensión de la ejecución de actos de aplicación de los tributos, así como cuantos otros se dispongan en la normativa vigente, serán motivados con referencia sucinta a los hechos y fundamentos de derecho.

La importancia de este deber de resolver es tal, que el Tribunal Constitucional se pronunció hace años ya ante la práctica administrativa de no resolver los recursos y reclamaciones por inactividad. A tal efecto, se trae a colación la STC 64/2007, de 27 de marzo[1].

2. La previsión general sobre plazos de la Ley General Tributaria (LGT)

El plazo máximo en que debe notificarse la resolución será el fijado por la normativa reguladora del correspondiente procedimiento, sin que pueda exceder de seis meses, salvo que esté establecido por una norma con rango de ley o venga

1 En dicha Sentencia estableció que "el incumplimiento por parte de la corporación local de su obligación legal de resolver de forma expresa los recursos de reposición interpuestos (arts. 94.3 LPA y 42 LPC), ha supuesto que la Administración se beneficiara de su propia inactividad, por lo que, como este Tribunal ha manifestado reiteradamente, no puede calificarse de razonable una interpretación que prime los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver expresamente y de notificar con todos los requisitos legales (por todas, STC 179/2003, de 13 de octubre, FJ 4).

previsto en la normativa comunitaria europea. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen plazo máximo, éste será de seis meses (art. 104 LGT).

El plazo se contará:

a) En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha de notificación del acuerdo de inicio.

b) En los procedimientos iniciados a instancia del interesado, desde la fecha en que el documento haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

Queda excluido de lo dispuesto en este apartado el procedimiento de apremio, cuyas actuaciones podrán extenderse hasta el plazo de prescripción del derecho de cobro.

A los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente acreditar que se ha realizado un intento de notificación que contenga el texto íntegro de la resolución.

En el caso de sujetos obligados o acogidos voluntariamente a recibir notificaciones practicadas a través de medios electrónicos, la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos se entenderá cumplida con la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica de la Administración Tributaria o en la dirección electrónica habilitada.

Los períodos de interrupción justificada que se especifiquen reglamentariamente, las dilaciones en el procedimiento por causa no imputable a la Administración Tributaria, y los períodos de suspensión del plazo que se produzcan conforme a lo previsto en esta Ley no se incluirán en el cómputo del plazo de resolución.

3. Efectos de la falta de resolución expresa

En los procedimientos iniciados a instancia de parte, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa producirá los efectos que establezca su normativa reguladora. A estos efectos, en todo procedimiento de aplicación de los tributos se deberá regular expresamente el régimen de actos presuntos que le corresponda.

En defecto de dicha regulación, los interesados podrán entender estimadas sus solicitudes por silencio administrativo, salvo las formuladas en los procedimientos de ejercicio del derecho de petición a que se refiere el artículo 29 de la Constitución

y en los de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio.

Cuando se produzca la paralización del procedimiento por causa imputable al obligado tributario, la Administración le advertirá que, transcurridos tres meses, podrá declarar la caducidad del mismo.

En los procedimientos de gestión iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya notificado resolución expresa producirá los efectos previstos en la normativa reguladora de cada procedimiento de aplicación de los tributos.

En ausencia de regulación expresa, se producirán los siguientes efectos:

a) Si se trata de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los obligados tributarios podrán entender desestimados por silencio administrativo los posibles efectos favorables derivados del procedimiento.

b) En los procedimientos susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen se producirá la caducidad del procedimiento.

Producida la caducidad, ésta será declarada, de oficio o a instancia del interesado, ordenándose el archivo de las actuaciones.

Dicha caducidad no producirá, por sí sola, la prescripción de los derechos de la Administración tributaria, pero las actuaciones realizadas en los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción ni se considerarán requerimientos administrativos a los efectos previstos en el artículo 27 de la LGT.

Las actuaciones realizadas en el curso de un procedimiento caducado, así como los documentos y otros elementos de prueba obtenidos en dicho procedimiento, conservarán su validez y eficacia a efectos probatorios en otros procedimientos iniciados o que puedan iniciarse con posterioridad en relación con el mismo u otro obligado tributario.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE MAYO DE 2018.

Para poder dar una respuesta fundada sobre la cuestionada caducidad y prescripción del procedimiento, el Tribunal Supremo trata de determinar si el plazo en el que la Administración debe notificar la nueva liquidación y dar por finiquitada su tarea, tras retrotraer las actuaciones y reproducir el procedimiento, ya sin las carencias formales que determinaron la anulación de la primera, es el previsto con carácter general por el artículo 104 LGT o, por analogía, el contemplado en el

actual artículo 150.7 LGT (artículo 150.5, al tiempo de los hechos del litigio) para los procedimientos de inspección, con las consecuencias que un precepto y otro vinculan a su incumplimiento.

Comienza afirmando que el artículo 104 LGT forma parte del capítulo II ("Normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios") del título III ("La aplicación de los tributos") de la LGT. Más en particular, se integra en la subsección 3ª ("Obligación de resolver y plazos de resolución") de la sección 1ª ("Especialidades de los procedimientos administrativos en materia tributaria") de aquel capítulo. Como regla general, dispone que el plazo máximo en el que debe notificarse una resolución será el fijado por la normativa reguladora del correspondiente procedimiento, sin que en ningún caso pueda exceder de seis meses, salvo que esté establecido por una norma con rango de ley o venga previsto en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen plazo máximo, éste será de seis meses (apartado 1).

Por su parte, el artículo 150.5 LGT (en la redacción vigente en el año 2012 -hoy, artículo 150.7-) se integra en el capítulo IV ("Actuaciones y procedimientos de inspección") del mismo título III, cuya sección 2ª, subsección 2ª, trata de la iniciación y el desarrollo del procedimiento de inspección. El artículo 150 disciplina el plazo de las actuaciones inspectoras y en su apartado 5 (hoy apartado 7) preceptúa que, ordenada la retroacción de las actuaciones por una resolución judicial o económico-administrativa, éstas deben finalizar en el periodo que reste desde el momento en el que se retrotraigan las actuaciones hasta la conclusión del plazo máximo de duración establecido en el apartado 1 o en el de seis meses, si aquel periodo fuera inferior. Dicho plazo se computa desde la recepción del expediente por el órgano competente para ejecutar la resolución.

De conformidad con lo expuesto, el artículo 150 LGT constituye un precepto específico para los procedimientos de inspección, que excepciona para esta clase de procedimientos la regla general contemplada en el artículo 104.1 LGT. Sería forzar la voluntad del legislador e iría más allá de lo que permite la analogía, como técnica de integración normativa (véase el artículo 4.1 del título preliminar del Código Civil), extender al régimen general de duración de las actuaciones tributarias (el artículo 104.1 LGT) una norma especial (el artículo 150.5 LGT) prevista para un tipo singular de procedimiento que el propio legislador ha querido sustraer del mismo.

Debe concluirse, pues, que el artículo 104.1 LGT es la norma a tomar en consideración para determinar en los procedimientos de gestión el plazo en el que la Administración debe notificar la nueva liquidación tributaria.

Llegado a este punto, es cierto que el artículo 104 LGT no contiene una previsión expresa de duración de las nuevas actuaciones en el caso de haber sido anulado un acto con retroacción del procedimiento. Por lo tanto, cabe preguntarse si, en un supuesto tal, la Administración dispone para tramitar aquellas actuaciones de todo el plazo previsto inicialmente para el procedimiento de que se trate. La respuesta del Tribunal es negativa, por las siguientes razones:

- Primero, se ha de tener en cuenta que la retroacción de actuaciones no pone en marcha un procedimiento nuevo, sino que vuelve atrás en el ya abierto, en el que se produjeron las fallas procedimentales que determinan la anulación de la resolución que lo puso fin. Parece, pues, anómalo que la Administración recupere en toda su extensión todo el tiempo del que disponía inicialmente para decidir.

- En segundo término y en relación con lo anterior, una contestación positiva al interrogante planteado desconocería la regla de que nadie puede obtener ventaja de sus propios errores como manifestación del principio general del Derecho *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nadie puede ser escuchado, invocando su propia torpeza).

- Como tercer argumento no resulta desdeñable la propia voluntad del legislador, que anuda específicas consecuencias a la actuación extemporánea de la Administración en perjuicio de la seguridad jurídica, al no respetar los plazos de que legalmente dispone. Un ejemplo es el propio artículo 150.5 LGT (actual artículo 150.7), pero ni mucho menos es el único. Sin ánimo exhaustivo, el artículo 26.4 LGT le impide exigir intereses por el tiempo en que exceda por causa que le sea imputable los plazos fijados para resolver. En el mismo sentido se expresa el artículo 240.2 LGT para los excesos temporales en la vía económico-administrativa.

Sentada la conclusión de que la Administración no puede contar con todo el tiempo previsto legalmente para el procedimiento de que se trate, y ante el silencio del artículo 104 LGT, el TS fija el criterio de que la Administración Tributaria debe tramitar el procedimiento retrotraído y notificar una resolución al interesado en el plazo que reste desde que se realizó la actuación procedimental causante de la indefensión del interesado.

En definitiva, establecido el marco normativo del conflicto tributario y la doctrina expuesta, el Alto Tribunal se pronunciará sobre el recurso en los siguientes términos:

1. A la luz de los anteriores criterios interpretativos, no procede acoger las pretensiones articuladas por la Comunidad de Madrid en este recurso de casación, que se oponen a los mismos.

2. Se ha de confirmar la sentencia de instancia porque, en esencia, se ajusta a tales criterios, al señalar que la tramitación del procedimiento una vez retrotraídas las actuaciones no queda sometida al artículo 66 RGRVA sino a los términos temporales del artículo 104 LGT.

3. Aplicando tales criterios, se ha de concluir que la Administración notificó la nueva liquidación más allá del plazo del que disponía para ello, por lo que, de conformidad con el apartado 4.b) del artículo 104 LGT el procedimiento caducó. Esta solución es la alcanzada en la sentencia recurrida que, por lo tanto, debe ser confirmada.

4. En efecto, figura en el expediente administrativo que el procedimiento de gestión tributaria originario se inició el 13 de julio de 2010, que el dictamen con la valoración inmotivada fue rendido el 27 de mayo de 2010 y que la liquidación provisional resultante de la misma se notificó el 22 de octubre de 2010.

La Administración contaba con el tiempo que restaba desde que se emitió el dictamen no motivado (27 de mayo de 2010), esto es, cuatro meses y quince días.

Como la resolución anulatoria tuvo entrada en la Administración de la Comunidad de Madrid el 9 de julio de 2013 y la notificación de la liquidación se practicó el 6 de junio de 2014 (esto es, casi once meses después), es evidente que la Administración excedió el plazo de que disponía para resolver.

V. CONCLUSIONES

Primera: cuando se dicten resoluciones económico-administrativas relativas a una liquidación, en las que quepa la posibilidad de que se dicte una segunda liquidación, podemos distinguir los siguientes supuestos:

1. Resoluciones administrativas estimatorias en parte por razones sustantivas que anulan una liquidación y que ordenan la práctica de otra en sustitución de aquélla. En estos casos, se confirma la regularización practicada si bien se corrige una parte de su importe, por lo que estas resoluciones estimatorias parciales formalmente obligan, en ejecución de dicha sentencia o resolución, a la anulación del acto impugnado y a la práctica de otro en sustitución de aquel que deberá dictarse de acuerdo con los criterios expresados por el órgano de revisión en su resolución.

2. Resoluciones administrativas que estiman totalmente una reclamación, bien por razones sustantivas bien por razones de procedimiento, subsistiendo la posibilidad de que, en su caso, la Administración vuelva a liquidar, pero iniciando siempre un nuevo procedimiento y con determinadas limitaciones, pues la

facultad de la Administración de volver a liquidar no es absoluta, como serían las impuestas por la prescripción y por la interdicción de incurrir en el mismo error. En este sentido, baste citar, por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2014 (rec. núm. 1014/2013).

En estos casos, la ejecución se circunscribe a la anulación del acto recurrido.

3. Resoluciones administrativas que estiman en parte, sin entrar a conocer del fondo del asunto y sin ordenar la práctica de otra liquidación en sustitución de la que se anula, acordando no obstante la retroacción de actuaciones. En estos supuestos, no se inicia un nuevo procedimiento, sino que la orden de retroacción provoca que el procedimiento quede de nuevo abierto y que por tanto deban realizarse las correspondientes actuaciones de instrucción tendentes a su terminación.

Los supuestos recogidos en este punto 3 son los casos analizados en el presente trabajo.

Segunda: cuando la resolución aprecie defectos formales que hayan disminuido las posibilidades de defensa del reclamante, se producirá la anulación del acto en la parte afectada y se ordenará la retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo el defecto formal (art. 239.3 LGT), lo que implica volver al mismo procedimiento de gestión inicial para desarrollarlo y concluirlo en debida forma.

Tercera: en estos casos, el órgano de aplicación de los tributos debe, en primer lugar, dictar y notificar los actos de ejecución de la resolución del recurso o reclamación económico-administrativa -actos que se circunscriben a anular la liquidación impugnada, a ordenar la retroacción, a devolver las garantías o importes ingresados y a anular, si existen, los actos posteriores que traigan su causa del anulado-. Procedido así, el órgano de aplicación de los tributos dispondrá del plazo que restase del procedimiento cuya liquidación se anula.

NOVEDADES LEGLISLATIVAS

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS Y NUEVAS COMPETENCIAS DE LOS NOTARIOS (Y DE OTROS OPERADORES JURÍDICOS NO JURISDICCIONALES) EN ESPAÑA

PRIVATE INTERNATIONAL LAW, LAST LEGISLATIVE REFORMS AND NEW COMPETENCES OF NOTARIES (AND OTHER NON-JURIDICAL LEGAL OPERATORS) IN SPAIN

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 472-491

* Publicación realizada en el marzo del Proyecto de investigación "La era digital: nuevos problemas para el Derecho" (AICO/2017/161. Generalitat Valenciana).

Alfonso
ORTEGA
GIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: Este trabajo analiza el impacto de las últimas normas de Derecho internacional privado en el Ordenamiento Jurídico español y, en particular, de las nuevas competencias atribuidas a los Notarios en España por las leyes de Cooperación Jurídica internacional, Jurisdicción Voluntaria, Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia y el Reglamento Europeo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones "mortis causa" y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

PALABRAS CLAVE: Nuevas competencias atribuidas a los Notarios en España; nacionalidad española; sucesiones "mortis causa"; certificado sucesorio europeo.

ABSTRACT: This Dissertation analyzes the impact of last Private International Law's rules in the Spanish legal System, in particular, the new competences of Spanish Notaries attributed by International Judicial Cooperation Act, Voluntary Jurisdiction Act, Regulation establishing the procedure for the acquisition of Spanish citizenship by residence, and European Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions, acceptance and implementation of public documents relating to succession "mortis causa" and the creation of a European Certificate of Succession.

KEY WORDS: New competences of Spanish Notaries; Spanish citizenship; succession "mortis causa"; European Certificate of Succession.

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO.- II. LEY 29/2015, DE 30 DE JULIO, DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL.- III. LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.- IV. REGLAMENTO (UE) N.° 650/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 4 DE JULIO DE 2012, RELATIVO A LA COMPETENCIA, LA LEY APLICABLE, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES, A LA ACEPTACIÓN Y LA EJECUCIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EN MATERIA DE SUCESIONES MORTIS CAUSA Y A LA CREACIÓN DE UN CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO.- V. REAL DECRETO 1004/2015, DE 6 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO POR EL QUE SE REGULA EL PROCEDIMIENTO PARA LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA.- VI. REFLEXIÓN FINAL.

I. PLANTEAMIENTO.

El año 2015 fue importante para el Derecho Internacional Privado, ya que entraron en vigor normas como la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (en adelante, la LCJI), novedosa en nuestro ordenamiento jurídico por los avances en la materia que ello implica; La Ley de Jurisdicción Voluntaria, otorgando nuevas competencias a operadores jurídicos no jurisdiccionales; el nuevo Reglamento de Sucesiones Europeo; o el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española.

Todas estas normas han tenido en común la creación de nuevas competencias para el colectivo de los Notarios en España; por tanto, el objeto del presente trabajo es analizar, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, las competencias otorgadas por las nuevas normas en el sector del Notariado.

II. LEY 29/2015, DE 30 DE JULIO, DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL.

Entró en vigor en su totalidad el 20 de agosto de 2015. Esta ley va con 14 años de retraso, ya que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 preveía aprobar una ley de estas características en el plazo de 6 meses. Se centra, sobre todo, en el reconocimiento y ejecución de documentos jurídicos, la práctica de la prueba o la

• Alfonso Ortega Giménez
Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado en la Universidad Miguel Hernández de Elche. Vicedecano de Grado en Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche. Director del Observatorio Provincial de la Inmigración de Alicante. Académico de Honor de la Academia Internacional de Ciencias, Tecnología, Educación y Humanidades. Consultor de Derecho internacional privado de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC). Consejero académico de PELLICER & HEREDIA ABOGADOS. Ponente habitual en numerosos cursos organizados en España y en el extranjero. Autor de diferentes artículos, notas, recensiones y comentarios relacionados con dichas materias publicados en Revistas científicas, técnicas y de divulgación, españolas y extranjeras; ha participado, como autor, coautor, y/o director o coordinador, en más de 120 libros. Correo electrónico: alfonso.ortega@umh.es

aplicación del Derecho extranjero, el uso de las nuevas tecnologías, la protección de datos personales. La definición de "cooperación jurídica internacional" tiene una triple perspectiva: por finalidad de la norma, por el elemento subjetivo de cooperación y por el ámbito objetivo que se aplica, que es la materia civil y mercantil, responsabilidad derivada de delito y los contratos de trabajo[1].

La Ley tiene un carácter subsidiario, ya que está subordinada a las normas comunitarias y convencionales, y a las normas sectoriales de Derecho interno como la Ley de Adopción Internacional, la Ley Concursal o el Texto Refundido de la Ley de Protección de Consumidores y Usuarios.

Se define al Ministerio de Justicia y, dentro de él, a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional como Autoridad Central Española, con las competencias de auxilio a las autoridades judiciales, proporcionar información sobre el Derecho español o solicitar el Derecho extranjero.

Como dice el art. 3 de la presente Ley, "se procurará asegurar una tutela judicial internacionalmente efectiva de los derechos e intereses de los particulares". Debido a esta exigencia, la reciprocidad pasa a un papel marginal, ya que los particulares no deben ser penalizados por las decisiones de su Estado[2].

Los artículos que afectan al tema que estudiamos son los arts. 28, 35, 41, 57, Disposición Final Segunda y Tercera:

a) Art. 28: los documentos autorizados o expedidos por Notario, autoridad o funcionario competente podrán ser objeto de traslado o notificación de conformidad con la LCJI. Los documentos extrajudiciales podrán ser remitidos a Notario, autoridad o funcionario público a través de la autoridad central o de forma directa. Esta facultad permite una redistribución de la carga de trabajo respecto a documentos extrajudiciales que no sea necesaria la actividad judicial.

b) Art. 35: permite a los Notarios y registradores elevar solicitudes de información de Derecho extranjero de oficio a la Autoridad central española para ser utilizadas en un proceso judicial o por otra autoridad española dentro de sus competencias.

c) Art. 41: serán susceptibles de reconocimiento y ejecución las resoluciones extranjeras definitivas adoptadas en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (esto es una serie de competencias desjudicializadas que son encomendadas y

1 V. Rodríguez Benot, A.: "La Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2016), vol. 8, núm. 1, pp. 235-236.

2 V. Garcimartín, F.: *Lecciones: reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en España* en *Almacén de Derecho,* 10 de septiembre de 2015.

compartidas entre operadores jurídicos distintos que no estén revestidos de la potestad jurisdiccional).

d) Art. 57: los notarios españoles, cuando sea necesario para la correcta ejecución de documentos públicos expedidos o autorizados por autoridades extranjeras, podrán adecuar al ordenamiento español las instituciones jurídicas desconocidas en España, sustituyéndolas por otra u otras que tengan en nuestra legislación efectos equivalentes y persigan finalidades e intereses similares. Relacionado con el art. 56, el cual establece los requisitos de ejecución como la ejecutabilidad en su país de origen, no resultar contrario al orden público y la misma eficacia y equivalencia que los expedidos en España.

e) Disposición Final 2ª (DA 25ª y 26ª LEC): en adaptación al Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El notario deberá expedir el formulario que se refiere el art. 60 del mismo reglamento referente a documentos públicos con fuerza ejecutiva, dejando constancia mediante nota en la matriz. (DA 26ª) en adaptación al Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. En la expedición de un documento público, la certificación será realizada por el notario. Se prevé que el notario que declare la sucesión deberá expedir el certificado sucesorio europeo del art. 62 dejando constancia mediante nota en la matriz. Si no puede incorporarse a la matriz, se relacionará, mediante nota, el acta posterior a la que deberá ser incorporado el original del certificado. Le corresponde al notario que realizó el negocio jurídico la rectificación, modificación o anulación del certificado. El notario comunicará sin demora, a todas las personas a las que se entregaron copias auténticas del certificado Las decisiones adoptadas o la negativa a la modificación del certificado por el notario podrán ser recurridas conforme al Reglamento ante el ante el juez de Primera Instancia del lugar de residencia oficial del notario, y se sustanciará por los trámites del juicio verbal.

El órgano judicial competente ordenará que el notario emisor lo rectifique, modifique o anule. Si resulta acreditado que la negativa a expedir el certificado sucesorio europeo era injustificada, el órgano judicial competente expedirá el certificado o garantizará que el notario emisor vuelva a examinar el caso y tome una nueva decisión acorde con la resolución judicial. deberá constar en la matriz de la escritura que substancie el acto o negocio y en la del acta de protocolización del certificado sucesorio europeo emitido, nota de la rectificación, modificación

o anulación realizadas, así como de la interposición del recurso y de la resolución judicial recaída en el mismo.

f) Disposición Final 3ª (art. 27 Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles): para ejecutar un acuerdo de mediación no haya sido declarado como tal por una autoridad extranjera, deberá ser elevado a documento público por notario español, no pudiendo ser ejecutado si va en contra del orden público.

Debemos indicar que hay que analizar la labor del notario extranjero y de las competencias que le otorga su ley. Normalmente, encontramos similitudes de competencias en los Notarios latinos, caracterizado por crear transacciones seguras y con menos costes para los usuarios. Es el sistema más usado del mundo, con un 70% de la población mundial[3].

Este modelo tiene la función de asesoramiento legal e imparcial y el control y el control estricto de la legalidad. El modelo notarial latino tiene como pilar la escritura pública, un documento con fuerza ejecutiva, y que constituye una prueba privilegiada en juicio. Se puede afirmar que la escritura pública es en el tráfico ordinario lo que la sentencia en el contencioso. A diferencia de los contratos privados, la fuerza ejecutoria que se atribuye a los documentos públicos notariales, permite que las partes contratantes obtengan directamente la ejecución de sus obligaciones recíprocas ante los tribunales. El documento público notarial también tiene una eficacia que trasciende a terceros. En el sistema notarial prima la seguridad jurídica preventiva frente a los otros existentes en el mundo, que suelen recurrir a la contratación de seguros y a la intervención judicial en caso de conflicto.

El siguiente sistema más representativo es el anglosajón debido a los intereses económicos y la representatividad de los Estados que tienen tal sistema. Es un sistema totalmente contrario debido no a la propia figura, sino a al sistema jurídico al que pertenecen: el sistema latino es propio del derecho codificado continental, se basa más en la norma que en la práctica continúa de los jueces, aunque tiene la consideración de fuente complementaria. En cambio, el derecho anglosajón se basa en el *Common Law,* su fuente principal son las sentencias emitidas por los jueces, llamadas por ellos como *case-law*.

Visto las diferencias estructurales de ambos sistemas, ya podemos entender la imposibilidad de reconocimiento de documentos jurídicos de Estados con un sistema anglosajón. Es un derecho de acciones que se basa en la prueba oral, apoyado fundamentalmente por testigos que aseguran que el determinado documento se firmó por las personas mencionadas y que se firmó de la manera

3 V. http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notario/el-notariado-en-el-mundo

correcta. Se desconoce la fe pública en este sistema, por lo que es entendible el no reconocimiento[4].

Se discute la posibilidad de reconocer y ejecutar resoluciones judiciales anglosajonas si, después de realizar un análisis de las instituciones jurídicas extranjeras, no van contra el orden público aun teniendo en su origen en un sistema legal diferente. Es el caso de la *class action*, considerada como una institución garantista y guarda una equivalencia de sistemas con el Derecho español[5].

CUADRO-RESUMEN

Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil	- Los documentos autorizados o expedidos por Notario, autoridad o funcionario competente podrán ser objeto de traslado o notificación de conformidad con la LCJI. Los documentos extrajudiciales podrán ser remitidos a Notario, autoridad o funcionario público a través de la autoridad central. - Permite a los Notarios y registradores elevar solicitudes de información de Derecho extranjero de oficio a la Autoridad central española. - Los notarios españoles, cuando sea necesario para la correcta ejecución de documentos públicos expedidos o autorizados por autoridades extranjeras, podrán adecuar al ordenamiento español las instituciones jurídicas desconocidas en España, sustituyéndolas por otra u otras que tengan en nuestra legislación efectos equivalentes. - En la expedición de un documento público, la certificación será realizada por el notario. Se prevé que el notario que declare la sucesión deberá expedir el certificado sucesorio europeo. - Para ejecutar un acuerdo de mediación no haya sido declarado como tal por una autoridad extranjera, deberá ser elevado a documento público por Notario español.

4 V. De Prada, J. M.: "Los sistemas notariales anglosajón y latino", *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, núm. 106, 1994, pp. 92-96.

5 V. Gascón Inchausti, F.: "Eficacia en España de sentencias y transacciones derivadas del ejercicio de una class action En Estados Unidos", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 16, 2012, pp. 261-290.

III. LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

Resultado de otro mandato recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se trata de una ambiciosa ley que modifica hasta unas 18 normas. La reforma afecta a prácticamente a las leyes civiles procesales. Otorga competencias que antes eran exclusivas de órganos jurisdiccionales a colectivos como notarios, registradores civiles y mercantiles, y Letrados de la Administración de Justicia, además de optimizar recursos para el correcto desarrollo de la potestad jurisdiccional. Los calificativos más adecuados para definir la ley son: Desjudicialización, Alternatividad, Flexibilización y Gratuidad.

Esta Ley recoge en los arts. 9-12 las normas de Derecho Internacional Privado que se aplican a los expedientes de jurisdicción voluntaria.

El art. 9 impone los criterios por los cuales podrá ser competente un tribunal español en materias de jurisdicción voluntaria. Serán competentes cuando normas o tratados internacionales atribuyan la competencia a los tribunales españoles;

de forma subsidiaria, la competencia será otorgada por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El art. 10 estima que la ley aplicable por los órganos jurisdiccionales será la que determine las normas europeas o las españolas de Derecho internacional privado. Los tribunales aplicarán las normas de derecho procesal españolas en el proceso, pero puede cambiar la ley aplicable que resuelva sobre el fondo del asunto, porque dependerá del supuesto concreto

El art. 11 se refiere a las condiciones de inscripción de las resoluciones de expedientes de jurisdicción voluntaria en el extranjero. El régimen jurídico de este artículo se aplicará a resoluciones no emanadas de órganos jurisdiccionales derivadas de un expediente o acto de jurisdicción voluntaria.

Por último, el art. 12 se refiere a la eficacia en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria.

Pero, ¿cuáles son las nuevas competencias que asume en España el notario con esta nueva Ley?

1º) Respecto a *expedientes matrimoniales* (arts. 51-54):

- Podrán tramitar la autorización de un Acta el expediente matrimonial previo a la celebración del matrimonio, que tiene por objeto acreditar que los futuros contrayentes tienen capacidad para contraer matrimonio y que no existen impedimentos para su celebración. El Notario competente será necesariamente

el del domicilio de cualquiera de los contrayentes. Esta competencia notarial es compartida con el Letrado de la Administración de Justicia y con el Encargado del Registro Civil. Entrará en vigor el 30 de junio de 2017.

- Los contrayentes podrán celebrar el matrimonio ante Notario, una vez finalizado de forma favorable el expediente matrimonial, otorgando para ello una escritura pública, bien ante el mismo Notario que tramitó el expediente o bien ante cualquier otro Notario de su elección. El matrimonio podrá celebrarse ante Notario a partir del día 23 de julio de 2015, aunque el expediente matrimonial previo habrá de tramitarse ante el Encargado del Registro Civil.

- Podrá acreditarse ante Notario el régimen económico del matrimonio cuando no conste con anterioridad. Se hará mediante un Acta de Notoriedad autorizada por Notario competente requerido al efecto. Será competente el Notario de cualquiera de los domicilios de los contrayentes o donde tengan sus bienes o intereses económicos.

- Los cónyuges podrán acordar ante Notario su separación o divorcio por mutuo acuerdo, cuando no existan hijos menores no emancipados ni con capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos. Para ello, otorgarán una escritura pública ante Notario competente que contenga el convenio regulador de su separación o divorcio, debiendo estar asistidos por un Letrado.

2º) *Expedientes sucesorios* (arts. 55-68).

- El Notario tiene competencia exclusiva para declarar herederos abintestato, tanto si los herederos son descendientes, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales del difunto. La Ley da una nueva regulación al procedimiento para declarar herederos abintestato, introduciendo el trámite de audiencia a los interesados, el derecho de oposición de cualquier interesado y la reserva expresa de derechos a favor de los que no comparecieron en el procedimiento o cuya pretensión no fue atendida, para que puedan ejercitarla por la vía judicial oportuna.

- Deberá hacerse la presentación, adveración, apertura y protocolización de testamentos cerrados, ológrafos y otorgados en forma oral.

- El Notario autorizará la escritura pública de renuncia o prórroga del albacea. También la de nombramiento del Contador-Partidor Dativo, la renuncia del mismo o la prórroga del cargo, así como la aprobación de la partición de la herencia realizada por el Contador-Partidor Dativo cuando tal aprobación es necesaria. Igualmente es competencia del Notario la aprobación de la partición de la herencia cuando se paga en metálico la legítima de los hijos y descendientes y no existe confirmación de éstos. Estas competencias son compartidas por el Notario con el Letrado de

la Administración de Justicia, pudiendo elegir el interesado a cualquiera de los dos funcionarios para tramitar esos procedimientos.

- La aceptación de la herencia a beneficio de inventario o con derecho a deliberar deberá hacerse siempre ante Notario. En tales casos, la formación del inventario que sigue a la aceptación de la herencia se hará también notarialmente.

- Cualquier interesado podrá requerir por medio de Notario al heredero para que acepte o renuncie la herencia, en el plazo de 30 días naturales, advirtiéndole de que si no manifiesta su voluntad en ese plazo, la herencia se entenderá aceptada pura y simplemente (art. 1005 Código Civil).

3º) *Expedientes en materia de obligaciones* (arts. 69-71): el Notario ofrecimiento de pago al acreedor de cualquier obligación y la consignación de bienes en la Notaría para el pago. Por otra parte, crea y regula un procedimiento notarial para reclamar deudas dinerarias, de naturaleza civil o mercantil, que sean líquidas, determinadas, vencidas y exigibles. El procedimiento se sustancia mediante un Acta notarial y requiere *que no exista oposición* por parte del deudor, dado que si se formula oposición, el Notario dará por concluido el expediente y quedará a salvo la vía judicial para reclamar la deuda.

4º) *Subastas públicas* (arts. 72-77): las subastas notariales han de hacerse ante Notario por disposición legal, o en cumplimiento de una resolución judicial o administrativa, de una cláusula contractual o testamentaria, o en ejecución de un laudo arbitral o acuerdo de mediación. También incluye esta regulación las subastas voluntarias y las que han de celebrarse ante Notario por pacto expreso al efecto formalizado en instrumento público. La competencia notarial en materia de subastas voluntarias es compartida con el Letrado de la Administración de Justicia.

Con carácter general, será Notario competente para tramitar estas subastas el designado por todos los interesados, y a falta de acuerdo, el que designe el requirente si fuera titular del bien subastado. En caso contrario, será competente, a elección del requirente, el Notario del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los titulares de bienes subastados, o del de la situación del bien o de la mayor parte de los bienes. En materia de subastas voluntarias, la Ley atribuye competencia para su tramitación tanto al Notario como al Letrado de la Administración de Justicia.

6º) *Expedientes en materia mercantil* (arts. 78-80). El Notario será competente para adoptar las medidas previstas en la legislación mercantil para los supuestos de robo, hurto, extravío o destrucción de títulos-valores. Igualmente podrá recibir en depósito bienes muebles, valores o efectos mercantiles en aquellos casos en que por Ley o por pacto entre los interesados proceda el depósito. Finalmente, la Ley

atribuye al Notario la competencia para nombrar peritos en los contratos de seguro cuando no haya acuerdo entre los peritos designados.

7º) *Expedientes de conciliación* (arts. 81-83 y 103 bis de la LH): Le compete al Notario la conciliación de los distintos intereses enfrentados en cualquier controversia mercantil, sucesoria o familiar, con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial. Esto no obstante, no cabe la conciliación notarial sobre materias indisponibles como aquellas en las que estén interesados menores o personas con capacidad modificada judicialmente o la Administración Pública, ni sobre los juicios de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados.

8º) *Venta extrajudicial* (86- 88 LHM).

- El acreedor del préstamo hipotecario hará entrega de toda la documentación relativa al mismo, solicitando al notario que inicie el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. El notario competente será el del lugar donde radique el bien inmueble que sirve de garantía a la hipoteca y, en caso de que existan varios notarios en dicho lugar, el que le corresponda por turno.

- El notario solicitará al Registro de la Propiedad una certificación de la inscripción de la hipoteca sobre el bien, así como de las características de la misma.

- Se procederá por parte del notario a comunicar al deudor el requerimiento del acreedor, para que proceda al pago de las cantidades adeudadas por razón del préstamo hipotecario

- En caso de que el deudor no atienda el requerimiento de pago, se fijará fecha para subasta, hecho que se comunicará al deudor. El anuncio de la subasta deberá insertarse en el Boletín Oficial del Estado.

- La venta se realizará mediante una sola subasta electrónica en el portal de subastas que dispondrá la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Los tipos de subasta serán determinados por la LEC. Subastado el bien pueden ocurrir 2 supuestos: 1) que el importe de la deuda cubra la deuda, si hubiese remanente y otros acreedores, cobrarán hasta donde llegue el remanente. 2) que no cubra el total de la deuda, por lo que podrá el acreedor reclamar en futuros litigios.

- Se otorgará la escritura pública acreditativa de la nueva titularidad.

En la Disposición Adicional 3ª establece los requisitos que debe cumplir un documento público extranjero para que sea inscrito y reconocido el derecho:

a) Que el documento ha sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.

b) Que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen.

c) Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.

d) Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.

Como hemos visto, ambas normas traen consigo una definición o criterios para considerar a un documento público extranjero. Observamos que los elementos definitorios de la ley son más definitorios que la LCJI, bastante más simple. La LJV se aplica por encima de la Ley de Cooperación Jurídica, por lo que debemos atenernos a las condiciones de la primera Ley en caso de que el documento público extranjero verse sobre actos de jurisdicción voluntaria; en documentos que versen sobre otros actos, nos atendremos a la LCJI.

A modo de pequeña comparación, y empezando por la LCJI, la primera supone una mayor atribución de competencias en materia de Derecho Internacional Privado realiza, como la solicitud de prueba de derecho extranjero, la adaptación de documentos públicos extranjeros a la normativa española en caso de que el documento extranjero tenga instituciones no reconocidas en el Derecho español. Esta delegación de facultades permite una mayor flexibilidad para acreditar el derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, para descubrir la finalidad de la institución de derecho extranjero[6].

El art. 41 explica que serán reconocidas y ejecutadas las resoluciones extranjeras precedidas de un proceso de jurisdicción voluntaria, pero no hay "vía libre" a cualquier resolución, debe haber una similitud de procedimientos entre ambos estados, esto es, que el concreto expediente de jurisdicción extranjero tenga un análogo español. Se aplica, por lo tanto la *teoría de la extensión de los efectos*, establece que es el estado de origen el que determina los efectos que ha de producir el documento y cuál es su contenido, y el estado requerido se limita a extender los efectos fijados por el derecho del estado de origen en su territorio, fijando los límites y el procedimiento para llevar a cabo esta extensión del efecto. Aunque a esta teoría debe completarse con un *análisis individualizado de las eficacias* de la eficacia de la escritura extranjera, para ver si el documento bajo examen los puede desplegar o no, comenzando

6 V. http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/08/comentario-la-ley-292015-de-cooperacion.html

por los más específicos, los que están determinados legalmente, el probatorio y el ejecutivo, para luego examinar el sustantivo[7].

Como hemos observado. La LJV tiene una vocación más interna que la LCJI, por lo que apenas va a verse modificadas sus funciones con esta norma en materia de Derecho internacional privado.

Aunque, implícitamente, va a tener consecuencias en lo referido al matrimonio ante notario, ya que si nos encontramos ante unos futuros contrayentes con diferentes nacionalidades, debe resolverse esta situación. Si alguno de los contrayentes es extranjero, se regirá por las normas españolas, en cambio, si ambos son extranjeros, se podrá regir o por la ley española por su lugar de celebración, o por la ley personal de cualquiera de los cónyuges por el art. 50 del Código Civil, además de lo estipulado en el 9.2 por el que si los ambos comparten la misma nacionalidad, la ley aplicable será la común. Pero la labor del notario no acaba ahí; debe recomendar la ley que sea menos conflictiva para el régimen matrimonial de los cónyuges.

A su vez, a la hora de tramitar expedientes de divorcio o separación por mutuo acuerdo, la ley aplicable será designada por las normas de la Unión Europea y las normas españolas de Derecho internacional privado.

Al igual que las situaciones de matrimonio y separación/divorcio, en el apartado de sucesiones mortis causa se pueden aplicar leyes diferentes si expresamente es acordado por el fallecido.

CUADRO-RESUMEN

Ley de Jurisdicción Voluntaria	- Expedientes matrimoniales. - Expedientes sucesorios. - Expedientes en materia de obligaciones. - Subastas públicas. - Expedientes en materia mercantil. - Expedientes de conciliación. - Venta extrajudicial.

7 V. Gomá Lanzón, I.: "La escritura otorgada ante notario extranjero", en el blog ¿Hay Derecho?, 2006, pp. 15-17. http://hayderecho.com/wp-content/uploads/2012/10/ESCRITURA-ANTE-NOTARIO-EXTRANJERO.pdf

IV. REGLAMENTO (UE) Nº 650/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 4 DE JULIO DE 2012, RELATIVO A LA COMPETENCIA, LA LEY APLICABLE, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES, A LA ACEPTACIÓN Y LA EJECUCIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EN MATERIA DE SUCESIONES "MORTIS CAUSA" Y A LA CREACIÓN DE UN CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO.

Viene a realizar una expansión internacional de las labores de los notarios europeos, además de unificar los posibles procedimientos en otros Estados Miembros de la UE en materia de sucesiones *mortis causa.*

Antes de discernir las competencias notariales, debemos realizar algunas aproximaciones conceptuales:

a) El Reglamento regula desde el punto de vista del Derecho Internacional privado: 1) competencia de las autoridades de los Estados miembros participantes para conocer de cuestiones relativas a las sucesiones mortis causa en supuestos internacionales. 2) determinación de la Ley estatal aplicable a tales cuestiones así como la validez y 3) efectos jurídicos en la UE de las decisiones dictadas por las autoridades públicas de los Estados miembros participantes en dicha materia.

b) Las autoridades que deben aplicar el reglamento en lo que respecta a la competencia judicial internacional son los "tribunales" que para el Reglamento un tribunal es: (a) Un órgano judicial que desarrolla funciones jurisdiccionales en el sector sucesorio; (b) Una autoridad no judicial de un Estado miembro que desarrolla, igualmente, funciones jurisdiccionales en el sector sucesorio según la Ley de dicho Estado miembro; (c) Un abogado o un notario u otra autoridad o profesional del Derecho, que ejerza funciones jurisdiccionales por delegación de un tribunal de un Estado miembro participante en el Reglamento. El 3.2 del Reglamento enumera las características de un tribunal con función jurisdiccional. Las cuales no son aplicables al colectivo notarial español. Por tanto, en materia de CJI que explica el Reglamento no será aplicable a los notarios españoles[8].

c) De todas formas, suponen un aumento de sus competencias, las cuales nos remitimos al análisis de la LJV anteriormente realizado.

Una de las cuestiones con más repercusión es la disponibilidad de la ley aplicable (arts. 20-38):

8 Un ejemplo de notarios con facultades jurisdiccionales es encontrado en el Derecho colombiano en la Ley 1395 de 2010 por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial y refrendada por la Sentencia C-863/12 de la Corte Constitucional de Colombia.

1º) Como regla general, será aplicable la ley del estado donde tenga su residencia. De forma excepcional, si hay circunstancias de que mantenía un vínculo mayor con otro Estado miembro que el de la ley de residencia, se aplicará la ley de ese nuevo Estado.

2º) Cualquier persona puede designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea, si tuviera varias, podrá elegir entre ellas. La elección debe hacerse de forma expresa.

3º) La ley determinada regirá en toda la sucesión. Aunque puede ser disponible en casos de pactos sucesorios respecto de las personas a las que se vayan a suceder.

4º) Puede aplicarse la ley de un tercer estado aunque con excepciones.

5º) Recordamos también que al notario le corresponde la expedición del certificado europeo de sucesiones para certificar el título de heredero, atribución de bienes y facultades de la persona mencionada para su reconocimiento en otro Estado Miembro. (arts. 62-73).

Volviendo al problema del reconocimiento y resolución de documentos procedentes del Derecho estadounidense en el ámbito de la sucesión mortis causa, el procedimiento para verificar el testamento pasa por la firma del testador y los testigos, pero debido a que no existe fe pública, debe acudirse a un procedimiento judicial para determinar la validez del testamento. Por el contrario, el Notario latino otorga fe pública al testamento y no es necesaria una revisión por parte de un órgano jurisdiccional.

Sin duda alguna, podemos calificar este nuevo Reglamento europeo de Sucesiones *quíntuple victoria notarial*[9]*:*

1º) Los Notarios aplican los generosos criterios de competencia notarial recogidos en la legislación notarial española y no los foros de competencia contenidos en el Reglamento sucesorio europeo, ya que no se les aplica la competencia judicial internacional y tienen toda la libertad que le otorga la legislación española.

2º) Los Notarios españoles pueden documentar y autorizar la elección de la Ley aplicable a la sucesión mortis causa por parte del causante. Los notarios españoles, que antes, esto es, en el marco del art. 9.8 CC, carecían de competencia para autorizar la elección notarial de la Ley aplicable a la sucesión hereditaria, ahora pueden autorizar dicha elección de Ley aplicable o *Professio Juris* sucesoria (Ley aplicable).

9 V. Carrascosa González, J.: "Reglamento Sucesorio Europeo y Actividad Notarial", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2014), vol. 6, núm. 1, pp. 42-44.

3º) El testamento notarial dispone de validez europea. El testamento notarial redactado con arreglo a la Ley aplicable designada por el Reglamento 650/202, está llamado a circular libremente en los Estados miembros participantes en dicho Reglamento.

4º) Los documentos notariales se benefician de las disposiciones legales contenidas en el Reglamento sucesorio europeo y que garantizan la libre circulación de los documentos públicos sucesorios en la UE y, ello, aunque el notario se haya declarado competente para autorizar el acto sucesorio con arreglo a sus normas nacionales de competencia notarial y no en sintonía con los foros recogidos en el Reglamento sucesorio europeo.

5º) El Reglamento sucesorio europeo permite que los Estados miembros designen a los Notarios como autoridades con competencia objetiva para expedir el Certificado Sucesorio Europeo.

CUADRO-RESUMEN

Reglamento de Sucesiones europeo	- Los Notarios aplican los generosos criterios de competencia notarial recogidos en la legislación notarial española y no los foros de competencia contenidos en el Reglamento sucesorio europeo. - Los Notarios españoles pueden documentar y autorizar la elección de la Ley aplicable a la sucesión mortis causa por parte del causante. - El testamento notarial dispone de validez europea. - Los documentos notariales se benefician de las disposiciones legales contenidas en el Reglamento sucesorio europeo y que garantizan la libre circulación de los documentos públicos sucesorios en la UE. - Permite designar a los Notarios como autoridades con competencia objetiva para expedir el Certificado Sucesorio Europeo.

V. REAL DECRETO 1004/2015, DE 6 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO POR EL QUE SE REGULA EL PROCEDIMIENTO PARA LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA.

Al igual que todas las anteriores normas, viene a descentralizar y repartir la carga concreta en el ámbito de la obtención de la nacionalidad, eliminando ámbitos

judiciales para pasar a ser un procedimiento administrativo que se pueda realizar mediante elementos electrónicos.

Como elemento relevante, se exige una certificación del dominio del idioma con un nivel mínimo (A2) acreditado por Diploma de Español como Lengua Extranjera, pero no será necesaria tal acreditación cuando el solicitante provenga de un país cuya lengua oficial sea el español.

En el caso de los extranjeros que son personal al servicio de las Fuerzas Armadas, se establecen normas específicas, no necesitando reiterar el juramento o promesa solemne ante la bandera, de fidelidad al Rey y de obediencia a la Constitución realizado con anterioridad.

Según el art. 1.2 del Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia (en adelante, RD 1004/2015) será competente para la instrucción de dicho procedimiento la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En el art. 11, la Dirección General de los Registros y del Notariado, a la vista del expediente, elaborará la correspondiente propuesta de resolución de concesión o denegación de la solicitud de nacionalidad para su elevación al Ministro de Justicia.

Por el art. 12, la misma entidad deberá remitir al Registro Civil toda evidencia de la que tenga conocimiento acerca del incumplimiento del requisito de buena conducta cívica posterior a la resolución de concesión de la nacionalidad.

CUADRO-RESUMEN

Reglamento sobre procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia	- Será competente para la instrucción de dicho procedimiento la DGRN - La DGRN, a la vista del expediente, elaborará la correspondiente propuesta de resolución de concesión o denegación de la solicitud de nacionalidad para su elevación al Ministro de Justicia. - Deberá remitir al Registro Civil toda evidencia de la que tenga conocimiento acerca del incumplimiento del requisito de buena conducta cívica posterior a la resolución de concesión de la nacionalidad.

VI. REFLEXIÓN FINAL.

Recientemente los notarios y demás operadores jurídicos sin potestad jurisdiccional en España ha visto aumentadas sus competencias, tanto de manera indirecta por la competencia de aplicar leyes extrajeras o de forma directa por mandato del Reglamento europeo de Sucesiones. Sin duda, competencias como la internacionalización de sus funciones o su participación en los procesos judiciales hacen constar el ascenso de la figura del notario en los negocios jurídicos españoles. El siguiente paso (y polémico) que podrían ser otorgados a los Notarios será la concesión de facultades jurisdiccionales, y con ello culminaría una pretensión que solicitaban en años anteriores[10].

10 *Vid.* Diario El Progreso. 31 de enero de 2012. Disponible en: http://elprogreso.galiciae.com/noticia/127088/los-notarios-piden-asumir-mas-funciones-jurisdiccionales-para-desahogar-los

BIBLIOGRAFÍA

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Reglamento Sucesorio Europeo y Actividad Notarial", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2014), vol. 6, núm. 1.

GARCIMARTÍN, F.: *Lecciones: reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en España* en *Almacén de Derecho,* 10 de septiembre de 2015.

GASCÓN INCHAUSTI, F.: "Eficacia en España de sentencias y transacciones derivadas del ejercicio de una class action En Estados Unidos", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 16, 2012.

GOMÁ LANZÓN, I.: "La escritura otorgada ante notario extranjero", en el blog ¿Hay Derecho?, 2006

RODRÍGUEZ BENOT, A.: "La Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2016), vol. 8, núm. 1.

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

EL DERECHO A UNA INVESTIGACIÓN EFECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

THE RIGHT TO AN EFFECTIVE INVESTIGATION IN THE CASE-LAW OF THE ECHR

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 494-515

Elena de LUIS GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de septiembre de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: El derecho a una investigación efectiva ha sido consagrado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no como una mera declaración de intenciones, sino como una verdadera garantía que comporta la imposición a los Estados de un deber de actuación ante las agresiones más graves a los derechos humanos, con el fin último de alcanzar una verdadera y eficaz tutela de los mismos. A partir de dicha premisa, en el presente trabajo se presentan, de un modo descriptivo, el fundamento y naturaleza de tal investigación, con el objeto de aclarar cuándo surgirá la obligación para las autoridades estatales y qué elementos deberán concurrir para garantizar un adecuado cumplimiento con el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: TEDH; proceso penal; obligaciones positivas; investigación efectiva.

ABSTRACT: The right to an effective investigation has been defined by the European Court of Human Rights, not as a mere declaration of intent, but as duty of the States to take action against the most severe attacks to human rights, to ensure a real and effective protection. Considering this, the aim of this paper is to present, in a descriptive way, the basis and nature of the effective investigation, in order to clarify the origin of the duty for the state authorities, as well as the characteristics that the investigation must have to guarantee an adequate compliance with the European Convention on Human Rights.

KEY WORDS: ECHR; criminal procedure; positive obligations; effective investigation.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. - II. EL CEDH COMO FUNDAMENTO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES.- 1. Doctrina de las obligaciones positivas- 2. El fundamento del deber de investigar.- A) Vertiente procesal de determinados derechos.- B) Derecho a un juicio justo.- C) Derecho a un recurso efectivo.- III. CONTENIDO DEL DERECHO A UNA INVESTIGACIÓN EFECTIVA.- 1. Investigación efectiva y acceso a la justicia.- 2. Características de la investigación.- A) Independencia e imparcialidad.- B) Efectividad.- C) Rapidez.- D) Publicidad.- E) Accesibilidad a los resultados de la investigación.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se erige como uno de los principales intérpretes de los derechos humanos a nivel universal, llevando su influencia no solo a los ordenamientos jurídicos nacionales europeos, sino también a otros tribunales supranacionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Penal Internacional[1]. Pero es realmente en los estados europeos donde su presencia es palmaria, llevando a que los órganos constitucionales internos asuman y apliquen su doctrina como propia[2] e incluso a modificaciones legislativas con la finalidad de cumplir con las prescripciones del Tribunal[3].

Uno de los ámbitos donde mayor impacto ha tenido la doctrina emanada de la Corte europea ha sido el del proceso penal. Así, los derechos fundamentales procesales, como la tutela judicial efectiva o el proceso con todas las garantías, entre otros muchos, alcanzan una nueva dimensión y se reinterpretan conforme

1 Puede verse más: Roth, R. & Tulkens, F.: "The influence of the European Court of Human Rights' Case Law on (International) Criminal Law", *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, pp. 571-575.

2 El Tribunal Constitucional español tiene declarado que la interpretación realizada por el TEDH sobre los derechos y libertades fundamentales es "de decisiva relevancia". Entre otras: STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3 (RTC 1981, 22). En el mismo sentido, ha establecido que el CEDH es un instrumento "de conformidad con el cual es preciso interpretar los derechos y libertades proclamados por la Constitución", entre otras: STC 9/2010, de 27 de abril, FJ 5 (RTC 2010, 9).

3 Sirva de ejemplo la reforma de la LECrim mediante la LO 41/2015 de 5 de octubre, mediante la cual se incorporó en los artículos 790.2 y 792.2 LECrim la doctrina del TEDH sobre valoración de la prueba en la segunda instancia penal, acogida por el Tribunal Constitucional español.

• Elena de Luis García
Directora del Máster en Abogacía y Práctica Jurídica de la Universidad Internacional de Valencia y profesora adjunta de Derecho Procesal. Doctora en Derecho con mención internacional por la Universitat de València (2018). Licenciada en Derecho (2009), Licenciada en Administración y Dirección de Empresas (2009) y Máster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional (2014) por la misma universidad. Su línea principal de investigación se centra en la tutela del medio ambiente en el proceso penal. También ha trabajado diversos aspectos relativos a los derechos y garantías constitucionales en el proceso penal. Correo electrónico: eluis@universidadviu.com

dictamina el Tribunal[4]. El que aquí nos ocupa es el que se ha denominado derecho a una investigación efectiva, una garantía de tutela de los derechos humanos ligada necesariamente a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia, como máximos exponentes de la protección procesal de los bienes jurídicos. Como tendremos ocasión de exponer, la investigación efectiva no es un derecho meramente ilusorio y vacío de contenido, sino un derecho que impone a los estados el deber de llevarla a cabo cuando los derechos protegidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos[5] se hayan visto lesionados o puestos gravemente en riesgo. Este deber, integrante de la denominada "doctrina de las obligaciones positivas", pesa sobre el Estado y su falta de observancia puede conllevar una violación de derechos proscrita por el Convenio.

A partir de tales premisas, el objeto del presente es realizar una aproximación a la investigación efectiva, con su doble naturaleza de derecho y deber, así como presentar su fundamento, su naturaleza y las características que deberán concurrir para garantizar un adecuado respeto de los derechos tutelados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte de las autoridades estatales.

II. EL CEDH COMO FUNDAMENTO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES

La protección ofrecida por el CEDH no se agota en el catálogo de derechos que comprende, sino que del mismo se derivan necesariamente una serie de deberes para los estados, cuya finalidad no es otra que salvaguardar los derechos consagrados en su texto. Dentro de dichas exigencias se ubica el deber de llevar a cabo una investigación efectiva, como contrapartida de los derechos a un juicio justo y a un recurso efectivo, previstos en los artículos 6 y 13 CEDH, respectivamente, pero también como una garantía procesal inherente a la protección de los derechos ante las agresiones más graves.

Como punto de partida, abordaremos la doctrina de las obligaciones positivas, junto con los distintos preceptos del Convenio de los que nacerá para el Estado el deber de llevar a cabo una investigación efectiva de las violaciones de los derechos humanos, todo ello con el objeto de presentar el origen y fundamento de dicha obligación.

1. Doctrina de las obligaciones positivas

Los derechos humanos, como bienes de particular relevancia, vienen caracterizados por la imposición de una serie de obligaciones especiales y generales

4 Vogler, R.: "The ECtHR as guardian of due process in European criminal Justice: threats and challenges", en Barona Vilar, S. (Ed.): *Justicia civil y penal en la era global*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 321-338.

5 Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950 por el Consejo de Europa.

sobre los Estados y el resto de la sociedad, con el fin de asegurar su respeto[6]. Siguiendo a Ferrajoli, tales deberes se definen como garantías, entendidas como "cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo"[7] o lo que es lo mismo, "las obligaciones y las prohibiciones correspondientes a las expectativas positivas o negativas normativamente establecidas"[8]. A su vez, el autor clasifica tales garantías en negativas o positivas y primarias o secundarias, en función de su naturaleza de prohibición u obligación de hacer, así como su carácter sustantivo o procesal, respectivamente[9].

En el sistema europeo de protección de los derechos humanos, las mencionadas garantías se encuadran dentro de la llamada "doctrina de las obligaciones positivas", que, a su vez, distingue entre obligaciones negativas o positivas, y, dentro de estas últimas, procesales o sustantivas, lo que resulta coincidente con la clasificación efectuada por Ferrajoli a la que hemos hecho referencia.

Las obligaciones negativas vienen definidas como aquellas que prohíben a los Estados cualquier clase de injerencia en los derechos fundamentales protegidos y se ha considerado que son inherentes al propio CEDH[10], como ocurriría con la prohibición de provocar la muerte de una persona, dimanante del artículo 2 CEDH que protege el derecho a la vida. Por su parte, las positivas han sido, con carácter general, desarrolladas y caracterizadas por el Tribunal de Estrasburgo, adaptándolas a la propia evolución de la sociedad, todo ello en consonancia con el concepto de "instrumento vivo" que se proclama del CEDH[11].

Estas últimas, han sido definidas por el propio Tribunal como las obligaciones de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar un derecho o, al menos, las medidas razonables y apropiadas para dicho fin[12]. Conforme hemos adelantado, las obligaciones positivas podrán tener naturaleza sustantiva o procesal, siendo las primeras aquellas que resultan básicas para la protección del derecho (como pueden ser las normas que regulan la actuación policial para evitar los tratos degradantes o la normativa laboral prohibiendo el trabajo forzado) y, las segundas,

6 Añón Roig, M.J.: "Derechos Humanos y obligaciones positivas", en Bernuz Beneitez, M.J. y Calvo García, M. (Eds.): *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 43-44.

7 Ferrajoli, L.: "Garantías", *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 38, 2000, p. 39. Puede verse también: Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2016.

8 Ferrajoli, L.: "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 29, 2006, p. 25.

9 Ferrajoli, L.: "Garantías", cit., p. 40.

10 Akandji-Kombe, J.: *Positive obligations under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe, 2007, p. 5.

11 El TEDH tiene declarado que: "it is appropriate to remember that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions, and in accordance with developments in international law, so as to reflect the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights". Entre otras: STEDH Demir y Baykara c. Turquía, núm. 34503/97, de 12 de noviembre de 2008 (§ 146).

12 STEDH López Ostra c. España, núm. 16798/90, 9 de diciembre de 1994.

las que imponen al Estado el deber de poner a disposición de los ciudadanos los medios adecuados para obtener la reparación del perjuicio sufrido, como es el deber de llevar a cabo una investigación efectiva[13].

Trasladándonos al ámbito del derecho y proceso penal, Tomás-Valiente clasifica los deberes estatales del siguiente modo, en función de qué institución del Estado es responsable de la observancia de cada uno de ellos[14]:

- Deberes de criminalización y previsión a cargo del poder legislativo, a través de la tipificación de determinadas conductas en el Código Penal.

- Deberes de investigación, que corresponderán al Poder Judicial, el Ministerio Fiscal y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

- Deberes de celebración del proceso, a cargo del Poder Judicial y del legislador, este ultimo, en tanto que es responsable de regular el proceso penal.

- Deberes de imposición de sanciones, que corresponderán al Poder Judicial, a través de la imposición de las penas previstas en el Código Penal.

- Deberes de ejecución de las penas, a cargo también del Poder Judicial y, en su caso, de las instituciones penitenciarias y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

De este modo, el deber de criminalización y previsión lo encuadraríamos dentro de las obligaciones sustantivas, cumpliendo una función tanto represiva como preventiva[15], mientras que la investigación, la celebración del proceso, la imposición de sanciones y la ejecución de las penas, tendrían naturaleza procesal.

Cabe señalar que la imposición de un deber de criminalización proclamada por el TEDH para proteger los derechos fundamentales en determinadas situaciones[16], obedece a un cambio en la visión tradicional de la relación entre derechos humanos y derecho penal, de forma que ahora se vincula el bien jurídico protegido a los derechos fundamentales, como criterio de creación y legitimación

13 Akandji-Kombe, J.: *Positive obligations*, cit., p. 16.

14 Tomás-Valiente Lanuza, C.: "Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2016, pp. 11-12.

15 Scalia, V.: *The European Court of Human Rights and Environmental Crime, Study in the framework of the EFFACE research project*, Catania: University of Catania, 2015, pp. 16-17.

16 En la STEDH X e Y c. Países Bajos, núm. 8978/80, 26 de marzo de 1985, el Tribunal declaró que existen determinados ámbitos en los que solamente la legislación penal garantiza una protección eficaz de los derechos. En palabras del Tribunal: "the nature of the State's obligation will depend on the particular aspect of private life that is at issue. Recourse to the criminal law is not necessarily the only answer (…) This is a case where fundamental values and essential aspects of private life are at stake. Effective deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions; indeed, it is by such provisions that the matter is normally regulated."

de normas penales[17]. Esta nueva concepción no ha tenido una acogida pacífica, sino que, desde distintos sectores se ha criticado que atribuir al derecho penal una función protectora de los derechos humanos implicaba una merma en la función tradicional del derecho penal de servir de límite al derecho penal y al *ius puniendi* del Estado[18]. La solución, por tanto, reside en el equilibrio, de forma que los derechos humanos sean, al mismo tiempo, fundamento y límite del *ius puniendi*[19].

Trasladada la idea anterior al ámbito del proceso, lo que se exigirá es un modelo que garantice los derechos de todos los implicados, tanto los sujetos pasivos del proceso penal (investigado, acusado y condenado), como de las víctimas[20]. Y es que, en el proceso actual de redescubrimiento de la víctima y de equiparación de sus derechos a los del acusado[21] –del que no ha sido ajeno el Tribunal de Estrasburgo– corremos el riesgo de que los derechos de la parte pasiva en el proceso penal se vean mermados a costa de favorecer los de la víctima. Así pues, el deber de los Estados de llevar a cabo una investigación efectiva, si bien está plenamente orientado y anudado a la tutela de los derechos de las víctimas, no puede dejar de respetar los derechos inherentes a toda investigación penal, que se desprenden del propio artículo 6 CEDH, y que tienen por objeto limitar la actuación estatal.

Por lo tanto, podemos afirmar que la actuación de los Estados se topará con una doble exigencia: por un lado, el cumplimiento con el deber de llevar a cabo una investigación efectiva como garantía de los derechos de aquellos que vean lesionados sus derechos y, simultáneamente, con el debido respeto de los derechos fundamentales de toda persona investigada en un proceso penal como límite a la actuación estatal.

2. El fundamento del deber de investigar

Como se ha expuesto, la vertiente procesal de las obligaciones positivas en el ámbito penal, se traduce, principalmente, en la necesidad de llevar a cabo una investigación efectiva, obligación que nacerá para las autoridades estatales en aquellos casos en que un derecho humano haya sido lesionado o puesto en

17 Borja Jiménez, E.: *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 85-86.

18 Tulkens, F.: "The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, p. 593. Señala el autor lo siguiente: "While human rights have been able to contribute to a profound humanization of the criminal law, through the 'bad conscience' they have engendered for almost two centuries in relation to its application, they have also contributed to a strengthening of the criminal law, through the 'good conscience' they give it in ensuring the protection of such rights".

19 Vervaele, J.A.E.: "¿Terrorismo y seguridad: un derecho penal sin límites?", en: Barona Vilar, S. (Ed.): *Justicia civil y penal en la era global*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 484.

20 Barona Vilar, S.: "Proceso civil y penal ¿líquido? En el siglo XXI", en Barona Vilar, S. (Ed.): *Justicia civil y penal en la era global*, cit., p. 48.

21 De Hoyos Sancho, M.: "Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 34, 2014, p. 2.

riesgo, junto con una serie de deberes de celebración del proceso, imposición de sanciones y ejecución de las penas, todos ligados a la justicia penal.

Los anteriores deberes procesales han sido proclamados especialmente respecto de los derechos consagrados en los artículos 2 a 4 del Convenio, esto es, el derecho a la vida, la prohibición de tortura y la prohibición de esclavitud y trabajo forzado[22], pero también cuando están en juego determinados aspectos del derecho al disfrute de la vida privada y familiar, como es la libertad sexual[23]. A su vez, tales obligaciones son integrantes de los derechos a un juicio justo y a un recurso efectivo, consagrados en los artículos 6.1 y 13 CEDH, respectivamente.

Veremos a continuación algunas de sus principales manifestaciones, principalmente en cuanto a la protección de la vida y la integridad física y moral, así como los derechos a un juicio justo y un recursos efectivo consagrados en los artículos 6 y 13 CEDH, respectivamente.

a) Vertiente procesal de determinados derechos

Como hemos adelantado, el Tribunal ha considerado que el deber de realizar una investigación efectiva surge ante la violación o puesta en riesgo de determinados derechos que protegen algunos de los bienes jurídicos más sensibles de las personas, como la vida o la integridad física entre otros.

Así pues, en relación con el derecho a la vida, el Tribunal ha determinado que contiene una vertiente procesal que, como ya se ha adelantado, consiste en el deber de las autoridades de llevar a cabo una investigación efectiva para la averiguación de los hechos que provocaron, en su caso, la pérdida de vidas humanas. Ello debe ser puesto en relación, a su vez, con la obligación de respetar los derechos humanos contenida en el artículo 1 CEDH, según la cual los Estados deben asegurar el disfrute de los derechos y libertades del Convenio a todas las personas bajo su jurisdicción.

En este sentido, el TEDH ha declarado que la obligación de proteger la vida bajo el artículo 2 CEDH, en combinación con el deber general contenido en el artículo 1 CEDH, exige que se lleve a cabo una investigación efectiva de los hechos cuando se haya producido una muerte violenta, incluso aunque los responsables no sean agentes del Estado[24]. El propósito esencial de dicha investigación es asegurar la implementación efectiva de la legislación nacional que protege el derecho a la vida[25], motivo por el que, conforme lo señalado, dicha obligación será exigible con

22 Akandji-Kombe, J.: *Positive obligations*, cit., p. 32.

23 STEDH Söderman c. Suecia, núm. 5786/08, de 12 de noviembre de 2013.

24 STEDH Salman c. Turquía, núm. 21986/93, de 27 de junio de 2000 (§104-105).

25 STEDH Makaratzis c. Grecia, núm. 50385/99, de 20 de diciembre de 2004 (§73).

independencia de que los causantes de la lesión o puesto en riesgo del derecho sean agentes del Estado o particulares.

Por su parte, en relación con el derecho a la vida privada y familiar protegido en el artículo 8, bajo el cual se incardina el derecho a la integridad física[26], el Tribunal ha declarado la obligación del Estado de llevar a cabo una investigación efectiva cuando se han visto lesionados los aspectos más delicados, tales como la libertad sexual o la protección de menores[27].

En definitiva, no existe un ámbito cerrado en el cual las obligaciones procesales cobrarán relevancia, sino que, como el propio Tribunal tiene declarado, estas se han considerado aplicables "cuando se han percibido como necesarias para asegurar que los derechos garantizados en el Convenio no son meramente teóricos o ilusorios, sino prácticos y efectivos"[28].

b) Derecho a un juicio justo

El artículo 6 CEDH recoge los denominados derechos procesales y, por ello, su importancia es mayúscula en materia de acceso a la justicia e investigación efectiva. Si bien la segunda parte del precepto se centra en los derechos de la persona acusada de un delito[29], la primera parte tiene un ámbito de aplicación más amplio, cuando señala que: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (…)".

Este primer apartado recoge, en esencia, el derecho a un juicio justo o *fair trial*. En cuanto a su contenido esencial, el Tribunal ha declarado que el derecho de acceso a la justicia es un elemento inherente al juicio justo[30]. Este derecho no goza de un carácter absoluto, sino que podrá ser sujeto a restricciones por los Estados, quienes gozan de cierto margen de apreciación, pero siempre que las

26 La integridad física y moral forma parte del derecho al respeto de la vida privada, conforme lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Vid. Kilkely, U., *The right to respect for private and family life A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe, 2003, pp. 14-15).

27 STEDH Söderman c. Suecia, núm. 5786/08, de 12 de noviembre de 2013.

28 STEDH □Ilhan c. Turquía, núm. 22277/93, de 27 de junio de 2000 (§91). Texto original: "Procedural obligations have been implied in varying contexts under the Convention, where this has been perceived as necessary to ensure that the rights guaranteed under the Convention are not theoretical or illusory but practical and effective."

29 El TEDH tiene declarado que los distintos derechos recogidos en el art. 6.3 CEDH constituyen el mínimo de derechos exigibles a todo Estado de Derecho para garantizar la defensa del acusado. Por todas: STEDH Kostovski c. Holanda, 11454/85, 20 de noviembre de 1989.

30 STEDH Fogarty c. Reino Unido, núm. 37112/97, de 21 de noviembre de 2001 (§36).

mismas obedezcan a un fin legítimo, sean proporcionales a dicho fin y no restrinjan el derecho de tal modo que el derecho pierda absoluta vigencia[31].

c) Derecho a un recurso efectivo

El artículo 13 CEDH recoge el denominado "derecho a un recurso efectivo", pero presenta un ámbito de aplicación restringido, en la medida en que se ciñe a aquellos casos en que se haya violado un derecho o libertad de los contenidos en el Convenio. En concreto, el precepto dispone lo siguiente: "Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales".

Con carácter general, el Tribunal ha declarado que dicho derecho garantiza que en el ámbito nacional existan los mecanismos legales adecuados para asegurar la vigencia de los derechos y libertades recogidos en el Convenio, cuya configuración quedará a discreción de los Estados Miembros de acuerdo con su ordenamiento nacional, pero en todo caso debe servir para asegurar un remedio adecuado al particular que ha visto su derecho lesionado o puesto en riesgo[32]. Este mecanismo jurídico puesto a disposición de los particulares debe ser efectivo, tanto en la norma escrita, como en la práctica, lo que implica que, en ningún caso, las autoridades nacionales podrán entorpecer el acceso al mismo o su tramitación[33].

Además, la naturaleza de la obligación derivada del artículo 13 variará según el derecho que esté en juego[34]. Así, cuando el derecho presuntamente vulnerado sea el derecho a la vida, el recurso efectivo exige no solo una compensación adecuada, sino también una investigación exhaustiva y efectiva que permita identificar y castigar a los culpables, incluyendo el derecho de los familiares de la víctima a acceder a los resultados de la investigación[35]. Todos estos elementos son, en definitiva, los que caracterizan a la investigación efectiva, tal y como seguidamente veremos.

III. CONTENIDO DEL DERECHO A UNA INVESTIGACIÓN EFECTIVA

Sentado lo anterior, vamos a ver a continuación la naturaleza y contenido del derecho a una investigación efectiva, así como las cualidades debe tener la misma para cumplir con los requerimientos del Tribunal de Estrasburgo.

31 Ibídem, §33.

32 STEDH Tanrikulu c. Turquía, núm. 23763/94, de 8 de julio de 1999 (§117).

33 STEDH Aksoy c. Turquía, núm. 21987/93, de 18 de diciembre de 1996, (§95).

34 STEDH Tanrikulu c. Turquía, núm. 23763/94, de 8 de julio de 1999 (§117).

35 STEDH Kaya c. Turquía, núm. 158/1996/777/978, de 19 de febrero de 1998 (§107).

1. Investigación efectiva y acceso a la justicia

En primer lugar, cabe señalar que la investigación efectiva consiste en una obligación de comportamiento estatal de carácter absoluto, de forma que no cabe que se vea restringida o matizada como consecuencia del contexto o de las dificultades que puedan encontrar las autoridades estatales[36]. Esta será exigible tanto si la actuación es imputable a un particular o a la Administración Pública, si bien, el Tribunal ha considerado que cuando la lesión del derecho es consecuencia directa de una actuación estatal, las garantías a los particulares deben reforzarse, pudiendo incluso declararse la violación del Convenio cuando el hecho sea consecuencia de una actuación negligente de las autoridades estatales y los responsables no sean llevados ante la justicia penal para la averiguación de los hechos[37].

Este deber debe ponerse en conexión directa con el acceso a la justicia de las víctimas de un delito, en tanto que ambos cumplen la misma finalidad, esto es, que por las autoridades estatales se proceda a la averiguación de los hechos y la determinación de las responsabilidades. Si bien con una diferencia: mientras el derecho a la investigación efectiva impone una actuación a las autoridades, con independencia de la actitud de la víctima, el derecho al proceso lo que concede es el acceso a la justicia para que la investigación se inicie, en consonancia con los artículos 6 y 13 CEDH.

Así pues, el acceso a la justicia ha sido definido como "la posibilidad de cualquier hombre, de llegar hasta la o las personas en que se encarne -o a quienes se encargue- la administración de justicia"[38], que debe además garantizarse sin trabas que coarten o hagan difícil o imposible el acceso[39]. Por lo tanto, consiste en aquel derecho que permite a las personas "protegerse contra la violación de sus derechos, corregir ilícitos civiles, exigir responsabilidades al poder ejecutivo y defenderse en procesos penales"[40]. En este sentido, afirmaba FRANCIONI que el respeto y protección de los derechos humanos solamente podía ser garantizado a través de una tutela judicial efectiva, siendo el acceso a la justicia un componente esencial del sistema de protección y aseguramiento de los derechos humanos[41].

36 Fernández de Casadevante, C.: "El derecho al acceso a la Justicia y a una respuesta efectiva en el marco del sistema regional europeo de protección de los Derechos Humanos", *Eguzkilore: Cuaderno Del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 27, 2013, p. 23.

37 STEDH Öneryıldız c. Turquía, núm. 48939/99, 30 de noviembre de 2004, §91.

38 Fairén Guillén, V.: *Doctrina general del derecho procesal: hacia una teoría y ley procesal generales*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 35.

39 Ramos Méndez, F.: *El proceso penal. Lectura constitucional*, Barcelona: Bosch, 1988, p. 31.

40 Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Consejo de Europa, *Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia*, 2016, p. 16.

41 Francioni, F.: "The rights of Access to Justice under Customary International Law", en Francioni, F. (Ed.): *Access to justice as a human right*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 1.

Por su parte, el Tribunal de Estrasburgo ha definido el acceso a la justicia como el derecho de toda persona de acudir a los tribunales en defensa de sus derechos e intereses[42]. Pero no puede quedarse en una simple declaración de intenciones escrita en la norma, sino que debe ser "práctico y efectivo", lo que implica que los particulares tengan una oportunidad clara y real de reclamar cualquier acto que suponga una interferencia con sus derechos[43]. Además, para darse por satisfecho no basta con que se inicie el proceso, sino que un verdadero acceso a la justicia implica la obtención de la misma, lo que impone a los órganos judiciales el deber de pronunciarse al respecto[44]. El acceso a la justicia, por ello, no se agota por ofrecer a los ciudadanos la posibilidad de plantear en sede judicial sus quejas, reclamaciones, querellas o denuncias, sino en conseguir de los tribunales de justicia una resolución en relación con ellas (sea de fondo o de archivo de la causa).

En todo caso, ello no implica que exista un derecho a obtener una sentencia condenatoria, sino únicamente a la iniciación del proceso, lo que debe ser puesto en conexión con el *ius ut procedatur*, conforme ha sido definido por el Tribunal Constitucional español, es decir, el derecho se satisface con la iniciación del proceso, no con el resultado del mismo.

Así pues, el Tribunal Constitucional tiene declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación consiste en el *ius ut procedatur*, entendido como el derecho "a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho"[45]. Por lo tanto, en ningún caso implica el derecho a obtener una condena para el acusado, sino el derecho a ejercer la acción penal que pondrá en marcha el procedimiento a través del cual se instrumentaliza el *ius puniendi* por el Estado, es decir, el derecho a la iniciación del proceso y la sustanciación del mismo, con todas las garantías procesales que de ella se derivan, sin que pueda garantizarse, en ningún caso, el éxito de la pretensión punitiva[46].

En el mismo sentido, el TEDH, ha declarado que el derecho a una investigación efectiva no implica un derecho de las víctimas a obtener una acusación o una

42 Entre otras muchas: STEDH Golder c. Reino Unido, núm. 4451/70, de 21 de febrero de 1975, § 36; STEDH Roche c. Reino Unido, núm. 32555/96, 19 de octubre de 2005, § 116.

43 Según declaró el TEDH: "For the right of access to be effective, an individual must have a clear, practical opportunity to challenge an act that is an interference with his or her rights". Véase, entre otras muchas: STEDH Parroquia Greco-Católica Lupeni y otros c. Rumanía, núm. 76943/11, de 29 de noviembre de 2016 (§ 86).

44 STEDH F□lie c. Rumanía, núm. 23257/04, de 19 de mayo de 2015 (§ 22).

45 STC 218/2007, de 8 de octubre, FJ 3 (RTC 2007, 218).

46 En palabras del TC: "tampoco se garantiza el éxito de la pretensión punitiva de quien la ejercita, ni obliga al Estado, titular del *ius puniendi*, a imponer sanciones penales en todo caso, con independencia de que concurra o no alguna causa de extinción de la responsabilidad penal (…) En definitiva, en modo alguno puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del *ius puniendi*, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el derecho material a penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado". Entre otras: STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4 (RTC 1990, 157).

condena frente a un tercero, sino únicamente a la iniciación de un proceso penal que permita determinar si existen responsables y, en caso de que así sea, el castigo de los mismos[47].

Por lo tanto, si en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva el núcleo es el derecho de las víctimas a instar la iniciación y tramitación del proceso penal, en el ámbito de la investigación efectiva que define el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el núcleo es el deber de las autoridades estatales de iniciar tal proceso, bien a instancia de parte o de oficio, siempre que se haya producido la lesión o puesta en riesgo del derecho a la vida recogido en el artículo 2 CEDH. Es por ello que puede afirmarse que tendrían, en definitiva, el mismo contenido esencial.

2. Características de la investigación

Sentado lo anterior, veremos a continuación qué elementos o características deben concurrir en la investigación efectiva para satisfacer los requerimientos dimanados del CEDH y la doctrina del Tribunal de Estrasburgo.

A) Independencia e imparcialidad

Por lo que respecta a la independencia en la investigación, debe ser puesta en relación con la garantía de la independencia judicial, la cual constituye un principio universal que rige la actuación de jueces y tribunales y está reconocida en todos los ordenamientos jurídicos del mundo y en numerosos textos internacionales[48]. La independencia del Poder Judicial se define como la garantía de que la actuación de los órganos judiciales quede sometida únicamente y exclusivamente a la Ley, sin que puedan recibir ninguna clase de influencia externa en su actuación, ni tampoco instrucciones de órganos judiciales superiores o cualquier otra entidad[49].

El Convenio Europeo de Derechos Humanos protege la independencia e imparcialidad de los órganos judiciales en el artículo 6.1, el cual dispone que "Toda persona tiene derecho a que su causa sea (…) por un Tribunal independiente e imparcial". A la hora de valorar la independencia de un órgano judicial, tanto respecto de las partes como respecto del poder ejecutivo, el Tribunal de Estrasburgo atiende a los siguientes criterios: forma de elección de sus miembros

47 Ibídem, §96.

48 Entre los más relevantes: Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica; Carta Europea sobre el estatuto de los jueces (1998) (DAJ/DOC (98) 23); Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

49 Montero Aroca, J., "El personal jurisdiccional", en Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J.L. y Barona Vilar, S.: *Derecho Jurisdiccional I Parte General*, 24 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 103-104.

y duración en el cargo, existencia de garantías frente a presiones externas y la apariencia de independencia que presente el órgano en cuestión[50].

Podemos completar esta noción con lo prevista en los artículos 117.1, 124.1 y 127.2 de la Constitución, así como en los artículos 1, 12, 13 y 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En esta última norma quedan fijados los siguientes principios: los órganos judiciales solamente están sometidos a la Ley y la Constitución y todos están obligados a respetar esta independencia. Cuando la LOPJ emplea el término "todos" está incluyendo a cualquier persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, es decir, absolutamente a "todos".

No obstante, el requisito de independencia inherente a la investigación efectiva, no se agota en los órganos judiciales, sino que se proclama también respecto de otros integrantes del aparato procesal, como pueda ser la policía judicial o incluso el Ministerio Fiscal. Así, en aquellos casos en que el objeto de la investigación sea una actuación llevada a cabo presuntamente por agentes del Estado, debe asegurarse una total independencia de los encargados de llevar a cabo la investigación respecto de las personas encausadas[51]. El Tribunal se refiere con esta afirmación a aquellos casos, particularmente delicados, de denuncias por fuerza policial, ya que la investigación sobre el terreno la llevarán a cabo miembros del mismo cuerpo y existe el riesgo de que los investigadores puedan verse influidos. Además, la independencia implica, no solamente ausencia de relación jerárquica o institucional, sino también cualquier otra clase de dependencia que pueda producirse en la práctica[52].

Por su parte, la imparcialidad hace referencia a la ausencia en el juzgador de cualquier interés personal en la causa, es decir, se refiere a un juez en concreto en una causa en particular. A diferencia de la independencia, que se manifiesta hacia el exterior, la imparcialidad obedece al ánimo subjetivo del juzgador[53]. El TEDH se ha pronunciado sobre la cuestión de la imparcialidad y ha determinado que la misma debe examinarse desde un punto de vista subjetivo y objetivo.

Respecto del aspecto subjetivo, la imparcialidad exige que el juzgador no tenga ningún tipo de inclinación a favor o en contra de alguna de las partes en el proceso, mientras que el segundo aspecto implica que objetivamente existan garantías para excluir cualquier duda al respecto[54]. Esto último conlleva la determinación de si

50 STEDH Campbell y Fell c. Reino Unido, núms. 7819/77 y 7878/77, de 28 de junio de 1984 (§78).

51 STEDH Mocanu y otros c. Rumanía, núms. 10865/09, 45886/07 y 32431/08, de 17 de septiembre de 2014 (§320).

52 STEDH Kelly y otros c. Reino Unido, núm. 30054/96, de 4 de mayo de 2001 (§95).

53 Montero Aroca, J.: "El personal jurisdiccional", cit., pp. 99-101.

54 Respecto del elemento objetivo que requiere el Tribunal, podemos referirnos al sistema de abstención y recusación previsto en el artículo 219 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, como ejemplo de un mecanismo objetivo que permite determinar si la imparcialidad puede estar en riesgo.

existen hechos de cierta relevancia, al margen de la actuación judicial, que pueda suscitar dudas acerca de su imparcialidad[55].

Podemos afirmar, igual que ya hemos expuesto para el caso de la independencia, que la imparcialidad se predicará de otros agentes actuantes en el proceso judicial y no exclusivamente de los órganos judiciales. Así, los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, así como otros funcionarios judiciales y también el Ministerio Fiscal, deberán actuar con imparcialidad durante la investigación.

B) Efectividad

La efectividad viene definida, conforme lo ha establecido el propio Tribunal, por su capacidad y adecuación para la averiguación de los hechos y la identificación de los responsables. De este modo, la existencia de deficiencias en la investigación que disminuyan su capacidad de establecer las circunstancias del caso o de la persona responsable, puede conllevar una disconformidad de la actuación de las autoridades con los requerimientos derivados del Convenio y, en consecuencia, una violación del mismo[56].

Cabe entender que la efectividad deberá ser valorada en cada caso concreto, sin que puedan establecerse reglas comunes, ya que, en función de las circunstancias concurrentes y los medios de prueba disponibles, se alcanzará de un modo u otro.

C) Plazo razonable

El requisito de que la investigación se tramite en un plazo razonable o, dicho en otras palabras, de agilidad en su tramitación, debe ser puesto en conexión con la efectividad de la misma y su cumplimiento será analizado caso por caso, ya que el Tribunal no ha establecido ningún plazo de tiempo que se considere razonable y aplicable a todos los distintos procesos de una misma clase[57]. Así pues, la razonabilidad del plazo será examinada teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, en particular, su complejidad, la actitud del demandante y la actuación de las autoridades involucradas[58]. Los retrasos en el proceso judicial que sean achacables a la parte demandante ante el TEDH, no serán tomados en cuenta por el Tribunal, el cual solamente atenderá a las dilaciones atribuibles a la actuación de las autoridades[59].

55 STEDH Kleyn y otros c. Países Bajos, núm. 39343/98, 39651/98, 43147/98 y 46664/99, de 6 de mayo de 2013 (§191).

56 STEDH Makaratzis c. Grecia, núm. 50385/99, de 20 de diciembre de 2004, §74.

57 Vitkauskas, D. and Dikov, G.: *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe, 2012, p. 73.

58 STEDH Baraona c. Portugal, núm. 10092/82, de 8 de julio de 1987 (§47).

59 STEDH H. c. Reino Unido, núm. 9580/81, de 8 de julio de 1987 (§71).

Podemos poner este requisito en relación con la prohibición de dilaciones indebidas contenida en el artículo 24.2 CE, cuyo significado ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de forma constante desde hace décadas. Así, el Tribunal Constitucional ha declarado que el artículo 24.1 lo que protege es "el derecho de toda persona a que su causa se revuelva dentro de un plazo razonable"[60]. Para valorar ese "tiempo razonable", el Tribunal alude a los mismos criterios señalados por el Tribunal de Estrasburgo, esto es, "la complejidad del litigio, la conducta de los litigantes y de las autoridades y las consecuencias que del litigio presuntamente demorado", junto con lo que se consideran pautas y márgenes razonables para ese tipo de proceso[61].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos suele atender a la fecha de notificación de la imputación a una determinada persona. Aunque no existe un plazo de duración estándar, ya que la complejidad del caso influirá enormemente en la apreciación, sí que es cierto que el Tribunal examina con mayor detenimiento aquellos casos que se alargan una media de tres años si es una única instancia, cinco años si son dos instancias y 6 años si son tres instancias[62].

D) Publicidad

El principio de publicidad se proclama tanto de la investigación propiamente dicha, como ha establecido el Tribunal, como del juicio que eventualmente se celebre, requisito que nace del artículo 6.1 del Convenio.

Por lo que respecta a la investigación, lo que ha declarado el Tribunal es que debe existir la posibilidad de escrutinio público de la investigación y/o sus resultados, para asegurar una posible responsabilidad tanto teórica como práctica, mantener la confianza de los ciudadanos en que las autoridades actúan conforme a Derecho, así como prevenir cualquier tipo de actuación ilícita por parte de las mismas[63]. Sin embargo, también ha dicho que la investigación policial puede contener material delicado y afectar negativamente a determinadas personas o incluso a otras investigaciones, por lo que el requisito de publicidad no debe necesariamente ser observado en estas diligencias, sino referirse a otras fases del proceso[64].

Por su parte, cuando el artículo 6.1 CEDH establece que el juicio deberá ser público, lo que quiere es asegurar que tanto terceros como medio de

60 STC 5/1985, de 23 de enero, FJ 5 (RTC 1985, 5).

61 Ibídem, FJ 6.

62 Vitkauskas, D. y Dikov, G.: *Protecting the right*, cit., pp. 73-74.

63 STEDH Nachova y otros c. Bulgaria, núm. 43577/98 y 43579/98, de 26 de febrero de 2004 (§119).

64 STEDH Kelly y otros c. Reino Unido, núm. 30054/96, de 4 de mayo de 2001, §115.

comunicación puedan asistir a las sesiones del mismo. De esta forma, se protege a las partes y se favorece la confianza del público en la justicia[65], teniendo, por lo tanto, la misma finalidad que la publicidad del proceso exigida en los artículos 120 y 24.2 de la Constitución Española[66]. En cualquier caso, este precepto hace referencia exclusivamente al acto de juicio, sin perjuicio de que, como hemos visto, el Tribunal europeo haya entendido que la investigación también debe ser pública.

En definitiva, el objetivo de la publicidad del proceso, en todas sus fases, es el mismo: proteger a las partes y aumentar la confianza pública en el sistema judicial. Mediante un proceso público se garantiza que las autoridades implicadas actúen conforme a la legalidad, ya que se ejerce un control externo sobre su conducta. Del mismo modo, esta circunstancia propicia que la ciudadanía confíe en el aparato judicial al tener la posibilidad de acceder a su tramitación y resultados.

E) Accesibilidad a los resultados de la investigación

Por último, entre los elementos que debe tener la investigación de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, está el de garantizar que los resultados de la misma sean accesibles para la víctima o sus familiares si ésta ha fallecido.

Este requisito ha sido proclamado, entre otras, en la sentencia dictada en el asunto Kaya c. Turquía, donde señaló el Tribunal que el deber del Estado de llevar a cabo una investigación efectiva, incluye el acceso de los familiares de las víctimas al procedimiento de investigación[67]. En el mismo sentido, se pronunció en el asunto Kelly y otros c. Reino Unido, en el que matizó que el acceso no debe necesariamente garantizarse en la fase de investigación policial, pero sí debe proporcionarse en fases posteriores de la investigación[68].

En suma, lo que se persigue con esta imposición es que la investigación efectiva no solo se lleve a cabo, sino que sea transparente para las víctimas o sus familiares, favoreciendo así su participación activa, lo cual, indefectiblemente, nos conduce nuevamente al derecho de acceso a la justicia, como máxima garantía de los derechos fundamentales, de conformidad con todo lo expuesto.

65 Vitkauskas, D. y Dikov, G.: *Protecting the right*, cit., p. 55.

66 La publicidad del proceso es un derecho fundamental, cuya fundamentación reside en la fiscalización popular del funcionamiento de la justicia, para controlar la actividad judicial y proteger los derechos de las partes (Barona Vilar, S.: "La vista oral", en: Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J.L., Barona Vilar, S., Esparza Leibar, I. y Etxeberría Guridi, J.F.: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 25ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 425).

67 STEDH Kaya c. Turquía, núm. 158/1996/777/978, de 19 de febrero de 1998, §107.

68 STEDH Kelly y otros c. Reino Unido, núm. 30054/96, de 4 de mayo de 2001, §115-118.

IV. CONCLUSIONES

Como hemos tenido ocasión de exponer, la protección ofrecida por el sistema europeo de protección de los derechos humanos no se agota en el reconocimiento formal de los derechos, sino que nace como contrapartida un deber de los Estados de asegurarlos y, para ello, el Tribunal de Estrasburgo impone las denominadas obligaciones positivas, con la finalidad de que los derechos protegidos en el CEDH no sean puramente teóricos, sino que alcancen una verdadera eficacia.

Con dicho objetivo, surgen los derechos/deberes de naturaleza procesal, entre los que se encuentra el de una investigación efectiva. Este derecho se transforma para los Estados en una obligación de actuación, que impone el deber de llevar a cabo una investigación de los hechos para la depuración de responsabilidades y la obtención de un resarcimiento para las víctimas. Una investigación que, para cumplir con los requerimientos del Convenio, debe ser independiente e imparcial, eficaz, pública, tramitarse en un plazo razonable y ser accesible para las víctimas o sus familiares, lo cual podemos asumir que coincide con los principios esenciales del proceso penal, si bien ahora extendidos a todas las fases, incluida la preprocesal.

Asimismo, el derecho a que se realice dicha investigación, con la contrapartida de la obligación para el Estado, debe ponerse en estrecha relación con el derecho de acceso a la justicia, pues ambos persiguen la misma finalidad que no es otra que permitir que, ante agresiones a bienes jurídicos protegidos por el Convenio, se proporcionen los mecanismos procesales para garantizar que los culpables sean identificados, las responsabilidades determinadas y los daños resarcidos. Por lo tanto, lo que en el acceso a la justicia se configura como un derecho/opción de los particulares de acudir o no al proceso penal, se convierte en una obligación de las autoridades estatales ante las agresiones más graves, pues el verdadero respeto de los derechos humanos solo podrá ser alcanzado cuando existan medios efectivos para combatir las agresiones más graves.

Sin embargo, conforme hemos puesto de manifiesto, existe un riesgo implícito en el reconocimiento de tal deber del Estado y no es otro que la merma de los derechos procesales del investigado, en pos de la satisfacción de los de la víctima. Para evitar la degradación de las garantías procesales del *reo*, el aparato judicial debe buscar el equilibrio, de forma que se reconozcan los derechos de las víctimas de delitos, pero se sigan respetando los de los investigados. Y es que, en definitiva, los derechos humanos, aun cuando sean susceptibles de protección a través del derecho penal y tutela por medio del proceso penal, no pueden perder su finalidad esencial de servir de límite al *ius puniendi* del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

Akandji-Kombe, J.: *Positive obligations under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe, 2007.

Añón Roig, M.J.: "Derechos Humanos y obligaciones positivas", en Bernuz Beneitez, M.J. y Calvo García, M. (Eds.): *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 43-70.

Barona Vilar, S.: "La vista oral", en Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J.L., Barona Vilar, S., Esparza Leibar, I. y Etxeberría Guridi, J.F.: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 25ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 421-434.

Barona Vilar, S.: "Proceso civil y penal ¿líquido? En el siglo XXI", en Barona Vilar, S. (Ed.), *Justicia civil y penal en la era global*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 19-66.

Borja Jiménez, E.: *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

De Hoyos Sancho, M., "Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 34, 2014.

Fairén Guillén, V.: *Doctrina general del derecho procesal: hacia una teoría y ley procesal generales*, Barcelona, Bosch, 1990.

Fernández de Casadevante, C.: "El derecho al acceso a la Justicia y a una respuesta efectiva en el marco del sistema regional europeo de protección de los Derechos Humanos", *Eguzkilore: Cuaderno Del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 27, 2013, pp. 7-24.

Ferrajoli, L.: "Garantías", *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 38, 2000, pp. 39-46.

Ferrajoli, L.: "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 29, 2006, pp. 15-31.

Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2016.

Francioni, F.: "The rights of Access to Justice under Customary International Law", in: Francioni, F. (Ed.): *Access to justice as a human right*, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 1-55.

Kilkely, U., *The right to respect for private and family life A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe, 2003.

Montero Aroca, J., "El personal jurisdiccional", en: Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J.L. y Barona Vilar, S.: *Derecho Jurisdiccional I Parte General*, 24ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 95-112.

Ramos Méndez, F.: *El proceso penal. Lectura constitucional*, Barcelona, Bosch, 1988.

Roth, R. & Tulkens, F.: "The influence of the European Court of Human Rights' Case Law on (International) Criminal Law", *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, pp. 571-575.

Scalia, V., *The European Court of Human Rights and Environmental Crime, Study in the framework of the EFFACE research project*, Catania: University of Catania, 2015, pp. 16-17.

Tomás-Valiente Lanuza, C.: "Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2016.

Tulkens, F.: "The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, pp. 577-595.

Vervaele, J.A.E.: "¿Terrorismo y seguridad: un derecho penal sin límites?", en: Barona Vilar, S. (Ed.): *Justicia civil y penal en la era global*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 459-484.

Vitkauskas, D. and Dikov, G.: *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe, 2012.

Vogler, R.: "The ECtHR as guardian of due process in European criminal Justice: threats and challenges", en: Barona Vilar, S. (Ed.): *Justicia civil y penal en la era global*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 321-338.

JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH Golder c. Reino Unido, núm. 4451/70, de 21 de febrero de 1975.

STEDH Campbell y Fell c. Reino Unido, núms. 7819/77 y 7878/77, de 28 de junio de 1984.

STEDH X e Y c. Países Bajos, núm. 8978/80, 26 de marzo de 1985.

STEDH Baraona c. Portugal, núm. 10092/82, de 8 de julio de 1987.

STEDH H. c. Reino Unido, núm. 9580/81, de 8 de julio de 1987.

STEDH Kostovski c. Holanda, 11454/85, 20 de noviembre de 1989.

STEDH López Ostra c. España, núm. 16798/90, 9 de diciembre de 1994.

STEDH Aksoy c. Turquía, núm. 21987/93, de 18 de diciembre de 1996.

STEDH Kaya c. Turquía, núm. 158/1996/777/978, de 19 de febrero de 1998.

STEDH Tanrikulu c. Turquía, núm. 23763/94, de 8 de julio de 1999.

STEDH İlhan c. Turquía, núm. 22277/93, de 27 de junio de 2000.

STEDH Salman c. Turquía, núm. 21986/93, de 27 de junio de 2000.

STEDH Kelly y otros c. Reino Unido, núm. 30054/96, de 4 de mayo de 2001.

STEDH Fogarty c. Reino Unido, núm. 37112/97, de 21 de noviembre de 2001.

STEDH Nachova y otros c. Bulgaria, núm. 43577/98 y 43579/98, de 26 de febrero de 2004.

STEDH Öneryıldız c. Turquía, Öneryıldız c. Turquía, núm. 48939/99, 30 de noviembre de 2004.

STEDH Makaratzis c. Grecia, núm. 50385/99, de 20 de diciembre de 2004.

STEDH Roche c. Reino Unido, núm. 32555/96, 19 de octubre de 2005.

STEDH Demir y Baykara c. Turquía, núm. 34503/97, de 12 de noviembre de 2008.

STEDH Kleyn y otros c. Países Bajos, núm. 39343/98, 39651/98, 43147/98 y 46664/99, de 6 de mayo de 2013.

STEDH Söderman c. Suecia, núm. 5786/08, de 12 de noviembre de 2013.

STEDH Mocanu y otros c. Rumanía, núms. 10865/09, 45886/07 y 32431/08, de 17 de septiembre de 2014.

STEDH Fălie c. Rumanía, núm. 23257/04, de 19 de mayo de 2015.

STEDH Parroquia Greco-Católica Lupeni y otros c. Rumanía, núm. 76943/11, de 29 de noviembre de 2016.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 22/1981, de 2 de julio (RTC 1981, 22).

STC 5/1985, de 23 de enero (RTC 1985, 5).

STC 157/1990, de 18 de octubre (RTC 1990\157).

STC 218/2007, de 8 de octubre (RTC 2007, 218).

STC 9/2010, de 27 de abril (RTC 2010, 9).

INTERPRETACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA E INTERAMERICANA

INTERPRETATION OF THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION IN THE EUROPEAN AND INTER-AMERICAN JURISPRUDENCE

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 516-537

Juana
SÁNCHEZ
RAMOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de junio de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: La libertad de expresión es un derecho humano analizado en la jurisprudencia de los tribunales europeo e interamericano. En la construcción de este derecho tanto la Corte Europea de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han aportado razonamientos lógicos-jurídicos de relevancia que permiten entender sus alcances e importancia en la consolidación de sociedades democráticas.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión, jurisprudencia, alcances, Corte Europea, Corte Interamericana.

ABSTRACT: The freedom of expression is a human right analyzed in the jurisprudence of the European and Inter-American courts. In the construction of this right both the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights have contributed logical-juridical reasonings of relevancy, which allow to understand its scopes and importance in the consolidation of democratic societies.

KEY WORDS: Freedom of expression, jurisprudence, scope, European Court, Inter-American Court.

SUMARIO.- I. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL DERECHO UNIVERSAL.- II. ANÁLISIS DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.- III. ALCANCES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: PERSPECTIVA DESDE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA E INTERAMERICANA.- 1. Libertad de expresión y sociedad democrática.- 2 Libertad de expresión y derechos de acceso a la información.- 3. Libertad de expresión y funcionarios públicos.- 4. Libertad de expresión y libertad de asociación.

I. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL DERECHO UNIVERSAL

La libertad de expresión es un derecho que ocupa un lugar primordial en los sistemas de protección de los derechos humanos, dado que facilita el análisis y la toma de conciencia en razón de los demás derechos y libertades, y puede constituirse en una herramienta para la protección de los demás derechos reconocidos como individuales[1]. Desde su primer reconocimiento jurídico universal fue concebida como el anhelo más sublime de la humanidad al considerarse que el desconocimiento y menosprecio de los derechos humanos originaban actos ultrajantes para la conciencia de las personas, y que, ante tal situación, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados de todo temor y miseria, pudieran disfrutar de la libertad de palabra y la libertad de creencias era la aspiración más elevada[2].

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la única dependencia dentro del Sistema de las Naciones Unidas con la encomienda de promover la libertad de expresión, la reconoce como un derecho universal que todas las personas deben tener garantizado y que "incluye el derecho a mantener una opinión sin interferencias y a buscar, recibir y difundir información e ideas a través de cualquier medio de difusión sin limitación de fronteras"[3]. En tanto, que el Comité de Derechos Humanos de la Organización de

1 Al respecto, véase Ledesma Faúndez, H.: *Los límites de la libertad de expresión*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2004, p. 42.

2 Véase Declaración Universal de Derechos Humanos, preámbulo.

3 UNESCO, *http://www.unesco.org/new/es/office-in-montevideo/comunicacion-e-informa cion/libertad-de-expresion/*

• Juana Sánchez Ramos
Licenciada en Ciencia Política y Administración Pública por la Universidad Popular de la Chontalpa. Maestra y doctoranda en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Becaria del Programa Nacional de Posgrados de Calidad del CONACYT, México. Miembro del Padrón y del Sistema Estatal de Investigadores del estado de Tabasco. Correo electrónico Juany10_2@hotmail.com

las Naciones Unidas considera que, junto con la libertad de información, la libertad de +-expresión es una piedra angular de toda sociedad libre y democrática[4].

Derivado del alcance y de la función que desempeña, hoy en día es una de las prerrogativas más protegidas por el derecho internacional de los derechos humanos y así también uno de los temas más razonados en la jurisprudencia de los diversos sistemas de protección de derechos humanos, incluidos dentro de estos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante Tribunal Europeo) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana).

En lo referente al derecho universal destacan dos instrumentos que regulan la libertad en comento, siendo estos la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La mencionada Declaración regula que: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión"[5].

Se puede observar que este instrumento no reglamenta el derecho a la libertad de expresión de manera detallada, pues sólo hace referencia al alcance que puede tener más no hace alusión alguna a sus posibles restricciones, las cuales deben de ser reguladas en vista de que dicho derecho no es absoluto. A diferencia de esto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sí contempla que el ejercicio de esta libertad puede entrañar responsabilidades y, por tanto, puede estar sujeta a restricciones, al establecer que "nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas"[6].

Una cuestión asumida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que no es considerada por la Declaración Universal de Derechos Humanos es

4 Véase Comité de Derechos Humanos, Caso Adimayo M. Aduayom y otros Vs. Togo, 12 de julio de 1996, Párrafo 7.4.

5 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 19.

6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19.

la mención de algunas de las formas en que puede manifestarse la citada libertad[7]. Otros aspectos básicos del estudio de este derecho pueden encontrarse en la siguiente normativa complementaria: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[8], Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos[9], Convención sobre los Derechos del Niño[10], Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT[11] y Declaración de Principios de libertad de expresión de la Comisión Interamericana[12].

En los anteriores instrumentos también pueden incluirse el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante Convenio Europeo) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana), los cuales constituyen la materia de análisis del siguiente apartado, esta última, tal como se verá más adelante, es el tratado que regula en términos más amplios el derecho que motiva el presente artículo.

II. ANÁLISIS DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo y, su homóloga en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Corte Interamericana, fundamentan sus decisiones jurisprudenciales principalmente en lo estipulado por el Convenio Europeo y la Convención Americana, respectivamente. Para iniciar el estudio comparativo de la concepción del derecho a la libertad de expresión en ambos tribunales, se considera necesario partir de un análisis de los citados instrumentos.

Históricamente el Convenio Europeo precede a la Convención Americana. El primer instrumento citado fue abierto a firma el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor, casi tres años después, el 3 de septiembre de 1953. Considerando su preámbulo es posible intuir que su creación tuvo su origen en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La finalidad que se perseguía con su creación era asegurar el reconocimiento y aplicación de los derechos humanos y libertades reconocidos en él y a la par contribuir con el objetivo trazado por el Consejo de Europa, en el sentido de lograr una unión más estrecha entre sus miembros. En la actualidad cuenta con

7 Para un listado más amplio de las formas de manifestaciones de la libertad de expresión, puede consultarse Islas Colín, A.: "Derecho a la libertad de expresión" *Revista Amicus Curiae*, año 1, núm. 9, pp. 1-15.

8 Véase Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo IV.

9 Véase Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, artículo 9.

10 Véase Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 19.

11 Véase Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, artículo 32. En el instrumento no se menciona de manera literal el derecho a la libertad de expresión, sin embargo, puede ser inferido.

12 Véase Declaración de Principios de libertad de expresión de la Comisión Interamericana, principio número 2.

59 artículos distribuidos en tres títulos de los cuales el primero enumera, de los artículos 2 al 18, los derechos humanos que son reconocidos por él.

La Convención Americana fue suscrita el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978. Esta cuenta con 82 artículos distribuidos en tres partes, de las cuales la primera enumera, de los artículos 3 al 25, los derechos humanos que reconoce. El propósito principal de su decreto fue la consolidación de un régimen de libertad personal y justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

El derecho a la libertad de expresión, que motiva el presente artículo, se encuentra reconocido tanto en el Convenio Europeo, como en la Convención Americana. Para analizar los términos en que los citados instrumentos regulan el derecho en mención, se considera necesario transcribirlos de manera íntegra.

De esta manera, reconociéndolo como libertad de expresión, el Convenio Europeo establece que: "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 públicas 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 o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial"[13].

Por su parte la Convención Americana denominándolo libertad de pensamiento y expresión determina, de una manera amplia, que: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la

13 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículo 10.

salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías a medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional"[14].

Como se puede notar, a simple vista, la Convención Americana regula en términos más amplios este derecho. Las similitudes entre ambos instrumentos se concentran exclusivamente en tres puntos, siendo estos los siguientes:

1º) Coinciden en cuanto a los titulares del derecho al otorgarlo, sin reserva alguna, a todas las personas;

2º) Ambos instrumentos reconocen las dimensiones social e individual de la libertad de expresión al aceptar que este derecho comprende la libertad de difundir, pero también de buscar informaciones e ideas, sin consideración de fronteras.

3º) Los dos instrumentos conciben la libertad de expresión como un derecho sujeto a límites y estipulan, que éstas para ser válidas deben de estar expresamente previstas en la ley.

En cuanto a las diferencias, es notorio que aunque los dos instrumentos coinciden en que este derecho no es absoluto, los términos que utilizan para establecer las limitaciones divergen. En primer lugar el Convenio Europeo utiliza las denominaciones de condiciones, restricciones o sanciones, mientras que la Convención Americana prefiere usar el concepto de responsabilidades ulteriores.

Respecto a las restricciones reconocidas, el Tribunal Europeo amplía más este tema en comparación con la Convención Americana. La tabla siguiente muestra de manera detallada este punto.

14 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 13.

LIMITACIONES RECONOCIDAS POR EL CEDH	RESPONSABILIDAES ULTERIORES RECONOCIDAS POR LA CADH	ESTATUS DE COMPARACIÓN
Medidas necesarias, en una sociedad democrática para:	Medidas necesarias para:	
1.- la seguridad nacional	1. la protección de la seguridad nacional	Regulada por ambos instrumentos
2. la integridad territorial o la seguridad pública	-------	Regulada sólo por el Convenio Europeo
3. la defensa del orden y la prevención del delito	2. la protección del orden público	En el caso del orden público, este se regula por ambos instrumentos. En lo referente a la prevención del delito, sólo es reconocido por el Convenio Europeo.
4. la protección de la salud o de la moral	3. la protección de la salud o la moral públicas	Reguladas por ambos instrumentos, sólo que en el caso de la Convención Americana se agrega el estatus de 'públicas'
5. la protección de la reputación o de los derechos ajenos	asegurar el respeto a los derechos o reputación de los demás	Regulados por ambos instrumentos
6. el impedimento de la divulgación de informaciones confidenciales	-------	Reconocido sólo por el Convenio Europeo
7. la garantía de la autoridad	-------	Reconocido sólo por el Convenio Europeo
8. la imparcialidad del poder judicial	-------	Reconocido sólo por el Convenio Europeo

Tabla elaborada por el autor.

Otro parámetro de comparación entre el Convenio Europeo y la Convención Americana puede construirse a partir de los elementos distintivos que aporta cada uno de estos. En este tenor, el Convenio citado estipula que la protección de la libertad de expresión no impide que los Estados partes puedan someter a un régimen de autorización previa las empresas de radiodifusión, cinematografía o televisión.

La Convención Americana contiene varios elementos de interés respecto a la protección de la libertad de expresión, mismos que se citan seguidamente. En primer término, la citada convención considera que el derecho en cuestión tiene diversas formas de manifestaciones; de igual manera, regula la prohibición de medios indirectos[15] para la restricción del derecho en comento; reconoce que con el fin de proteger la moral de la infancia y la adolescencia, los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa; y prohíbe toda propaganda a favor de la guerra y toda apología de odio nacional, racial o religioso que inciten a la violencia u otra acción ilegal contra cualquier persona o grupos de persona, bajo ningún motivo.

La Corte Interamericana al hacer una comparación de la regulación del derecho a la libertad de expresión en el Convenio Europeo y la Convención Americana concluye que "el análisis […] del artículo 13 evidencia el altísimo valor que la Convención da a la libertad de expresión. La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimum las restricciones a la libre circulación de las ideas"[16].

Determina de esta manera la Corte Interamericana que la Convención Americana otorga una protección más amplia al derecho a la libertad de expresión que el Convenio Europeo, e incluso la comparación va más allá al considerar también la regulación contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De tal forma que, al menos en el plano regulatorio, el sistema americano muestra una protección más garantista al derecho a la libertad de expresión, que el sistema europeo.

15 Entre los que se puede citar el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información, así como cualquier otro medio enfocado a impedir la libre comunicación y circulación de ideas y opiniones. Véase Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 13.3.

16 Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, Párrafo 50.

III. ALCANCES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: PERSPECTIVA DESDE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA E INTERAMERICANA

La libertad de expresión es un derecho humano que ha sido analizado en varias sentencias tanto del Tribunal Europeo como de la Corte Interamericana. Uno de los aspectos, más importantes, desarrollados en dicha jurisprudencia hace referencia a los alcances de dicha libertad, cuestión donde los tribunales antes citados han establecido razonamientos jurídicos, coincidentes en algunos, siempre con la intención de salvaguardar de una mejor manera este derecho sin que esto signifique que el mismo pueda ser ejercido más allá de sus límites.

1. Libertad de expresión y sociedad democrática

Anteriormente se mencionó que el Tribunal Europeo fue instaurado mucho antes que la Corte Interamericana, por tanto, fue el primero de estos dos órganos en pronunciarse respecto al derecho en comento. En este tenor en el año de 1976, surge en el interior del Tribunal Europeo un razonamiento de gran relevancia, que a la fecha sigue vigente, en el cual se establece el alcance de la libertad de expresión no sólo como un derecho individual, sino también como un fundamento principal de las sociedades democráticas.

El Tribunal Europeo determinó la relación libertad de expresión-sociedad democrática, en los términos siguientes: "las funciones supervisoras del Tribunal obligan a prestar la máxima atención a los principios que caracterizan una 'sociedad democrática'. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de todo hombre. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo10 (artículo10-2) es aplicable no sólo a la 'información' o 'ideas' que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que ofenden, chocan o inquietan al Estado o a cualquier otro sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una 'sociedad democrática'. Esto significa, especialmente, que toda 'formalidad', 'condición', 'restricción' o 'sanción' impuesta en la materia debe ser proporcional al objetivo legítimo que se persigue"[17].

17 El texto original cita "The Court's supervisory functions oblige it to pay the utmost attention to the principles characterising a 'democratic society'. Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society'. This means, amongst other things, that every 'formality', 'condition', 'restriction' or 'penalty' imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued". *Eur. Court H.R., Case of Handyside v. The United Kingdom. Judgment of 7 December 1976, Series A no 24, para. 49.*

Este criterio jurisprudencial ha sido sostenido, en otras sentencias emitidas de manera posterior por el Tribunal Europeo, tales como el caso Sunday Times Vs. Reino Unido[18], el caso Barthold Vs Alemania[19], el caso Lingens Vs Austria[20], el caso Müller y otros Vs Suiza[21], el caso Oberschlick Vs Austria[22], entre otros[23].

El razonamiento realizado por la Corte Europea, en relación a la relevancia de la libertad de expresión en la constitución de una sociedad democrática, fue asumido por la Corte Interamericana, tal como se constata en la opinión consultiva OC-5/85, primer jurisprudencia en la que se hace referencia a la libertad de expresión, en la cual se establece que "la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre"[24].

La Corte Interamericana detalla de manera más amplia que la Corte Europea el papel desempeñado por el derecho a la libertad de expresión en el logro de los objetivos vinculados a una sociedad democrática, puesto que no sólo se reconoce como un elemento primordial de dicha sociedad, sino que se hace alusión a su necesaria protección para que pueda ser ejercida otra libertad principal, tal como lo es la libertad de asociación, y se destaca su función en el logro de sociedades informadas y, por tanto, analíticas, propositivas, con capacidad de diálogo, es decir, sociedades libres.

En el mismo sentido que en dicha opinión consultiva, y a su vez reconociendo el vínculo reconocido por el Tribunal Europeo entre libertad de expresión y democracia, se ha pronunciado la Corte Interamericana a través de los casos

18 *Eur. Court H.R., Case Sunday Times v United Kingdom, Judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, para. 65.*

19 *Eur. Court H.R., Case of Barthold v. Germany, Judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, para. 58.*

20 *Eur. Court H.R., Case of Lingens v. Austria, Judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, para. 41.*

21 *Eur. Court H.R., Case of Müller and Others v. Switzerland, Judgment of 24 May 1988, Series A no. 133, para. 33.*

22 *Eur. Court H.R., Case of Oberschlick v. Austria, Judgment of 25 April 1991, para. 57.*

23 *Eur. Court H.R., Case of Castells v Spain, Judgment of 23 April 1992, Serie A. No. 236, para. 42; Eur. Court H.R., Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria, Judgment of 20 September 1994, Series A no. 295-A, para. 49; Eur. Court H.R., Case of Lehideux and Isorni v. France, Judgment of 23 September 1998, para. 55; Eur. Court H.R., Case of Dichand and others v. Austria, Judgment of 26 February 2002, para. 37; Eur. Court H.R., Case of Perna v. Italy, Judgment of 6 May 2003, para. 39; y Eur. Court H.R., Case of Scharsach and News Verlagsgesellschaft v. Austria, Judgement of 13 February 2004, para. 29.*

24 Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, Párrafo 70.

Olmedo Bustos Vs Chile[25], Ivcher Bronstein Vs Perú[26], Herrera Ulloa Vs Costa Rica[27], Ricardo Canese Vs Paraguay[28], Ríos y otros Vs Venezuela[29], Perozo y otros Vs Venezuela[30] y Usón Ramírez Vs Venezuela[31].

2. Libertad de expresión y derecho de acceso a la información

En el desarrollo de la labor jurisprudencial no sólo el Tribunal Europeo ha influido en los razonamientos de la Corte Interamericana, sino que dicha influencia se ha realizado, aunque en menor medida, también de manera viceversa, como se analizará en párrafos posteriores. Un criterio creado por la Corte Interamericana, es el que sostiene que la libertad de expresión tiene dos dimensiones, a las que ha denominado individual y social.

Nuevamente la opinión consultiva OC-5/85, es la que da cuenta por vez primera de este criterio, el cual de manera íntegra enuncia que el artículo 13 de la Convención Americana "señala que la libertad de pensamiento y expresión 'comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...' Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a 'recibir' informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno"[32].

25 Corte IDH. Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, Párrafos 68 y 69.

26 Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, Párrafo 152.

27 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, Párrafos 112 y 113.

28 Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, Párrafo 82.

29 Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, Párrafo 105.

30 Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, Párrafo 116.

31 Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, Párrafo 47.

32 Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, Párrafo 30.

De esta manera, según lo anterior, la libertad de expresión no se limita a la transmisión de las ideas o dar a conocer información que se considere relevante sin ninguna restricción, sino que involucra también el derecho de buscar y recibir informaciones o ideas de cualquier tipo, es decir, que la libertad de expresión incluye lo que hoy en día se denomina derecho a la información o de acceso a la información.

Esta aportación de la Corte Interamericana se amplía con la clasificación que se establece del ejercicio de dicha libertad. En la dimensión individual se reconoce que el derecho a la libertad de expresión "no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas 'por cualquier... procedimiento', está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente"[33].

Al ser así, la libertad de expresión en su faceta individual, no se cumple solo con ser emitida, sino que demanda también su posible difusión por diferentes medios. Si estas condiciones no se cumplen, es claro que se incurre en una restricción ilegítima de la libertad en cuestión. En lo relativo a la dimensión social, la Corte Interamericana determina que "la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia"[34].

Con fundamento en lo anterior, puede afirmarse que la dimensión social permite conocer la forma de pensar de otras personas, lo cual hace posible el intercambio de posturas y con ello se propicia el diálogo y el debate, así también ésta dimensión implica el derecho de buscar y, en su caso, recibir información de cualquier índole, siempre y cuando su divulgación no esté condicionada por la ley.

La Corte Interamericana ha replicado el razonamiento de cuestión bidireccional de la libertad de expresión en posteriores sentencias[35]. Sin embargo, el criterio

33 *Ibidem*, Párrafo 31.

34 *Ibidem*, Párrafo 32.

35 Véase Corte IDH. Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, Párrafos 64, 65 y 66; Corte IDH. Caso Ivcher

que ha tenido influencia sobre la doctrina y el Tribunal Europeo es el relativo al reconocimiento del acceso a la información como un derecho humano vinculado a la libertad de expresión[36]. En este contexto en el caso Claude Reyes se enuncia que "el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a 'buscar' y a 'recibir' 'informaciones', protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea"[37].

Este razonamiento jurídico ha servido como referente a otros tribunales de índole regional y nacional, de hecho, se ha reconocido que la Corte Interamericana fue, a partir de la sentencia antes citada, el primer tribunal en reconocer un derecho a buscar y recibir información y otorgarle así un carácter positivo. Es de esta manera que el Tribunal Europeo, que en sus inicios no concebía el acceso a la información como un derecho que puede ser analizado a la luz de la libertad de expresión, en sentencias más recientes ha adoptado esta postura en su jurisprudencia.

Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, Párrafos 146, 147 y 148; Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, Párrafos 108, 109 y 110 y Corte IDH. Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 248, Párrafo 138.

36 Se ha establecido que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido el acceso a la información como un derecho fundamental "que no sólo tiene una importancia intrínseca sino, sobre todo, reviste una función instrumental indispensable, cuando menos para tres propósitos fundamentales en cualquier democracia moderna: el ejercicio informado de los derechos políticos, el adecuado control social y, finalmente, la satisfacción de los derechos económicos y sociales, en especial de los sectores más vulnerables". Orozco Henríquez, J. J.: "El derecho de acceso a la información y el sistema interamericano", en AA.VV.: *A 10 años del derecho de acceso a la información en México: Nuevos paradigmas para su garantía* (J. Peschard Mariscal), Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, México, 2015, p. 19.

37 Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, Párrafo 77.

La sentencia Sdružení Jihočeské Matky v. República Checa[38], muestra los inicios de la apertura del Tribunal Europeo hacia el reconocimiento del derecho al acceso a la información. Dicho caso muestra el interés de una organización ambiental constituida por ciudadanos que vivían cerca de la central nuclear de Temelín por acceder a información relacionada con la construcción de dicha central, cuyo acuerdo para construirse había sido autorizado por autoridades checas del antiguo régimen comunista y donde el Estado era el participante único. Posteriormente en 1989, después de la caída del comunismo, surge la decisión de completar la citada construcción con ayuda de tecnología proveniente de Estados Unidos.

En la búsqueda de la protección de la naturaleza y el paisaje la asociación Sdružení Jihočeské Matk solicita ser informada de todos los procedimientos administrativos de la central nuclear de Temelín que puedan afectar su interés de protección al medio ambiente. Ante dicha solicitud, el Estado de República Checa procede a entregar información sólo de manera parcial alegando, entre otros argumentos, que la información solicitada no puede ser entregada completamente en razón de la protección de la información derivada de las obligaciones de confidencialidad y contractuales comerciales, así como el funcionamiento seguro y la protección de la planta frente a ataques terroristas[39].

Al ser llevado este caso a las instancias del Tribunal Europeo, éste con relación al acceso a la información razona que "la libertad de recibir información, mencionada en el párrafo 2 del artículo 10 del Convenio, se centra en el acceso a fuentes generales de información y esencialmente pretende prohibir que un Estado impida a alguien recibir información a la cual pudieran aspirar o que pudieran consentir en abastecerle"[40]. Sin embargo, al tener que decidir sobre una violación del artículo 10 del Convenio Europeo, añade que la libertad "no puede interpretarse en el sentido de imponer a un Estado, en circunstancias como las del presente caso, las obligaciones positivas para reunir y difundir, por iniciativa propia, la información.

38 Véase *Eur. Court H.R., Case Sdružení Jiho□eské Matky contre* la *République Tchèque, Arrêt de 10 Juillet* 2006.

39 De manera textual en la sentencia se establece: "Se référant audit article 133 de la loi sur les constructions, les autorités administratives et judiciaires nationales ont rejeté la demande de cette dernière en avançant plusieurs motifs. En premier lieu, elles ont considéré que les documents que l'intéressée demandait de consulter n'étaient pas pertinents pour la procédure en cours, que toutes les informations nécessaires à la décision, dont les résultats de l'étude d'impact environnemental, se trouvaient dans le nouveau dossier (accessible à la requérante) ou pouvaient en être relevées; les droits de l'intéressée en tant que partie à la procédure étaient donc suffisamment garantis. En second lieu, les autorités ont estimé que, les données relatives à la construction d'une centrale nucléaire n'étant pas couramment accessibles, le rejet de la demande litigieuse était nécessaire pour satisfaire à la demande du constructeur de protéger le secret commercial et ses obligations contractuelles, ainsi que pour garantir la sécurité du fonctionnement de la centrale et sa protection contre des attaques terroristes". *Eur. Court H.R., Case Sdružení Jiho□eské Matky contre* la *République Tchèque, Arrêt de 10 Juillet* 2006.

40 La sentencia, en su idioma original, sostiene: "La Cour rappelle d'abord que la liberté de recevoir des informations, mentionnée au paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention, concerne avant tout l'accès à des sources générales d'information et vise essentiellement à interdire à un Etat d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir". *Ibidem.* Este criterio ya anteriormente había sido incluido en la sentencia Leander Vs Suecia. Véase *Eur. Court H.R., Case Leander v Sweden,* Judgment *of 26 March 1987, Serie A. No. 116, para. 74.*

Asimismo, la Corte observa que es difícil deducir de la Convención un derecho general de acceso a los datos y documentos administrativos''[41].

De manera posterior, en el caso TARSASAG un Szabadságjogokért v. Hungría, el Tribunal Europeo muestra una interpretación más amplia respecto del tema mencionado en los párrafos precedentes, estableciendo que ''los obstáculos creados con el fin de entorpecer el acceso a la información de interés público pueden desalentar a quienes trabajan en los medios de comunicación o en campos relacionados con la persecución de estos asuntos. Como resultado, ellos pueden no ser capaces de desempeñar su función vital como 'guardián del interés público' y su capacidad para proporcionar información precisa y fiable puede verse adversamente afectada''[42].

En la sentencia citada el Tribunal Europeo versa sobre la importancia de la creación de espacios públicos de debate lo cual determina que no es una función exclusiva de los medios de comunicación o profesionales de este ámbito sino que a la par también la sociedad civil puede contribuir en la discusión de asuntos de interés común. Es importante mencionar que en este caso, sí se determinó una violación al artículo 10 del Convenio Europeo.

La progresividad de la labor del Tribunal Europeo en razón de un pleno reconocimiento del derecho de acceso a la información se ve claramente reflejada en el caso *Youth Initiative for Human Rights* v. Serbia, donde se determina que ''la noción de 'libertad de recibir información' abarca un derecho de acceso a la información […]. El Tribunal también ha sostenido que cuando una organización no gubernamental está involucrada en asuntos de interés público, tales como el presente solicitante, está ejerciendo un papel como guardián del interés social de importancia similar a la de la prensa''[43].

En esta misma sentencia se hace una explicación detallada del derecho al acceso a la información sustentada en los instrumentos internacionales aplicables al citado derecho y se concluye que la negativa obstinada del Estado de Serbia

41 La sentencia refiere: ''ne saurait se comprendre comme imposant à un Etat, dans des circonstances telles que celles de l'espèce, des obligations positives de collecte et de diffusion, motu proprio, des informations. La Cour observe également qu'il est difficile de déduire de la Convention un droit général d'accès aux données et documents de caractère administratif''. *Eur. Court H.R., Case Sdružení Jiho□eské Matky contre la République Tchèque, Arrêt de 10 Juillet* 2006.

42 ''The Court considers that obstacles created in order to hinder access to information of public interest may discourage those working in the media or related fields from pursuing such matters. As a result, they may no longer be able to play their vital role as ''public watchdogs'' and their ability to provide accurate and reliable information may be adversely affected''. *Eur. Court H.R., Case TARSASAG un Szabadságjogokért v. Hungary, Judgment of 14 April 2009, para. 38.*

43 ''With regard to the second and third objections, the Court recalls that the notion of 'freedom to receive information' embraces a right of access to information […]. The Court has also held that when a non-governmental organisation is involved in matters of public interest, such as the present applicant, it is exercising a role as a public watchdog of similar importance to that of the press''. *Eur. Court H.R., Case Youth Initiative for Human Rights v. Serbia, Judgment of 25 June* 2013, *para. 20.*

para facilitar el acceso a la información a la organización solicitante constituyo un desafío del derecho interno y, por tanto, una arbitrariedad.

3. Libertad de expresión y funcionarios públicos

Otro aspecto relevante del derecho a la libertad de expresión y que ha sido analizado tanto por el Tribunal Europeo como por la Corte Interamericana, es el relativo al ejercicio del citado derecho por parte de la prensa y en forma de crítica. En este supuesto ambos tribunales reconocen que un político debe tener un mayor margen de tolerancia que un particular. Acerca de este tema, la Corte Europea desde el caso Lingens contra Austria determinó que "la libertad de prensa ofrece además al público uno de los mejores medios para descubrir y formarse una opinión sobre las ideas y las actitudes de los dirigentes políticos. De manera más general, la libertad de debate político es el núcleo del concepto de una sociedad democrática que prevalece en toda la Convención.

Los límites de la crítica aceptable son, por tanto, mayor en lo que se refiere a un político como tal que en lo que se refiere a un individuo particular. A diferencia de este último, aquel inevitablemente y a sabiendas está abierto a un riguroso escrutinio de cada una de sus palabras y hechos por parte de los periodistas y el público en general, y él debe, por lo tanto, mostrar un mayor grado de tolerancia. Sin duda, el párrafo 2 del artículo 10 (art. 10-2) permite la protección de la reputación de los demás, es decir, de todas las personas, y esta protección se extiende también a los políticos, incluso cuando no están actuando en su carácter de particulares; pero en esos casos los requisitos de tal protección tienen que ser ponderados en relación con los intereses de una discusión abierta sobre los asuntos políticos"[44].

Este criterio ha influido posteriores razonamientos de la Corte Interamericana, quien en la sentencia Herrera Ulloa Vs. Costa Rica señala que "es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un

44 El texto original señala: "Freedom of the press furthermore affords the public one of the best means of discovering and forming an opinion of the ideas and attitudes of political leaders. More generally, freedom of political debate is at the very core of the concept of a democratic society which prevails throughout the Convention.
The limits of acceptable criticism are accordingly wider as regards a politician as such than as regards a private individual. Unlike the latter, the former inevitably and knowingly lays himself open to close scrutiny of his every word and deed by both journalists and the public at large, and he must consequently display a greater degree of tolerance. No doubt Article 10 para. 2 (art. 10-2) enables the reputation of others - that is to say, of all individuals - to be protected, and this protection extends to politicians too, even when they are not acting in their private capacity; but in such cases the requirements of such protection have to be weighed in relation to the interests of open discussion of political issues". *Eur. Court H.R., Case of Lingens v. Austria, Judgment of 8 July, 1986, Series A no. 103, para. 42.* Véase también *Eur. Court H.R., Case of Dichand and others v. Austria, Judgment of 26 February,* 2002, *para. 42.*

debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático.

Es así que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público''[45].

La Corte Interamericana determina de esta manera que las expresiones vertidas sobre funcionarios públicos, en relación a actos que ostenten el carácter de interés público, deben de contar con un margen de protección más amplio que las dirigidas a una persona particular y que esto debe ser entendido puesto que los primeros se exponen, de acuerdo a los principios democráticos, a un escrutinio más exigente. En el mismo sentido se pronuncia la Corte Interamericana en los casos Ricardo Canese Vs. Paraguay[46], Kimel Vs. Argentina[47], Tristán Donoso Vs. Panamá[48] y Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina[49].

4. Libertad de expresión y libertad de asociación

Anteriormente se mencionó que la Corte Interamericana estableció a través de la opinión consultiva OC-5/85 que la libertad de expresión es una "*conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada''[50].

45 Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, Párrafos 128 y 129.

46 Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, Párrafo 103.

47 Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, Párrafo 86.

48 Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, Párrafo 115.

49 Corte IDH. Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, Párrafo 47.

50 Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, Párrafo 70.

El alcance y perspectiva que se le concede a la libertad de expresión en este razonamiento es asumido por el Tribunal Europeo, al enunciar que "la libertad de expresión se encuentra estrechamente asociada con la libertad de asociación en el contexto sindical. [Añadiendo] que la protección de las opiniones personales, garantizada por el artículo 10, se encuentra entre los objetivos de la libertad de reunión y de asociación consagrados en el artículo 11"[51]. La influencia de la Corte Interamericana en el presente argumento es reconocida de manera textual por parte del Tribunal Europeo[52], algo no muy común por parte de este Tribunal, al remitir de manera directa a la Opinión Consultiva OC-5/85 para dar sustento a la decisión tomada.

Con lo expuesto, puede notarse que en la construcción jurisprudencial del derecho a la libertad de expresión han participado los dos principales Tribunales regionales. Si bien el Tribunal Europeo ha construido argumentos de suma importancia, lo cual es reconocido de manera amplia en la doctrina, y ha tenido cierta influencia en las decisiones de la Corte Interamericana, lo cierto es que también esta última ha realizado aportaciones importantes al derecho internacional de los derechos humanos en materia de libertad de expresión y, por ende, ha contribuido a través de sus razonamientos con la jurisprudencia emitida por el Tribunal Europeo.

51 "freedom of expression is closely related to that of freedom of association in a trade-union context. It reiterates in this connection that the protection of personal opinions, as secured by Article 10, is one of the objectives of freedom of assembly and association as enshrined in Article 11". *Eur. Court H.R., Case of Palomo Sanchez and others v. Spain, Judgment of 12 September* 2011, *para. 52*.

52 "In its Advisory Opinion OC-5/85, the Inter-American Court of Human Rights emphasised the fundamental nature of freedom of expression for the existence of a democratic society, stressing among other things that freedom of expression was a sine qua non for the development of trade unions". *Ibidem, para. 26*.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *A 10 años del derecho de acceso a la información en México: Nuevos paradigmas para su garantía* (J. Peschard Mariscal), Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, México, 2015.

Islas Colín, A.: "Derecho a la libertad de expresión", *Revista Amicus Curiae*, año 1, núm. 9.

Ledesma Faúndez, H.: *Los límites de la libertad de expresión*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2004.

Orozco Henríquez, J. J.: "El derecho de acceso a la información y el sistema interamericano", en AA. VV.: *A 10 años del derecho de acceso a la información en México: Nuevos paradigmas para su garantía* (J. Peschard Mariscal), Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, México, 2015.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

1. Corte IDH.

Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

Corte IDH. Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.

Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

Corte IDH. Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

Corte IDH. Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 248.

2. TEDH.

Eur. Court H.R., Case of Handyside v. The United Kingdom. Judgment of 7 December 1976, Series A no 24.

Eur. Court H.R., Case Sunday Times v United Kingdom, Judgment of 26 April 1979, Series A no. 30.

Eur. Court H.R., Case of Barthold v. Germany, Judgment of 25 March 1985, Series A no. 90.

Eur. Court H.R., Case of Lingens v. Austria, Judgment of 8 July 1986, Series A no. 103.

Eur. Court H.R., Case Leander v Sweden, Judgment of 26 March 1987, Serie A. No. 116.

Eur. Court H.R., Case of Müller and Others v. Switzerland, Judgment of 24 May 1988, Series A no. 133.

Eur. Court H.R., Case of Castells v Spain, Judgment of 23 April 1992, Serie A. No. 236.

Eur. Court H.R., Case of Lehideux and Isorni v. France, Judgment of 23 September 1998.

Eur. Court H.R., Case of Dichand and others v. Austria, Judgment of 26 February 2002.

Eur. Court H.R., Case of Oberschlick v. Austria, Judgment of 25 April 1991.

Eur. Court H.R., Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria, Judgment of 20 September 1994, Series A no. 295-A.

Eur. Court H.R., Case of Perna v. Italy, Judgment of 6 May 2003.

Eur. Court H.R., Case of Scharsach and News Verlagsgesellschaft v. Austria, Judgement of 13 February 2004.

Eur. Court H.R., Case Sdružení Jiho□*eské Matky contre* la *République Tchèque, Arrêt de 10 Juillet* 2006.

Eur. Court H.R., Case TARSASAG un Szabadságjogokért v. Hungary, Judgment of 14 April 2009.

Eur. Court H.R., Case of Palomo Sanchez and others v. Spain, Judgment of 12 September 2011.

Eur. Court H.R., Case Youth Initiative for Human Rights v. Serbia, Judgment of 25 June 2013.

CONFLICTO ENTRE EL DERECHO DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS A LA INSTALACIÓN DEL SERVICIO DE ASCENSOR EN LA PROPIA COMUNIDAD Y EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA DE COMUNEROS Y TERCEROS AJENOS

DISCREPANCY BETWEEN THE RIGHT OF THE COMMUNITY OF OWNERS TO THE INSTALLATION OF AN ELEVATOR SERVICE WITHIN THE COMMUNITY AND THE RIGHT TO THE PRIVATE PROPERTY OF COMMUNITY MEMBERS AND THIRD PARTIES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 538-549

Bernardo
SIFRE AVIÑÓ

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: En el presente artículo se trata de abordar la problemática existente hoy en día, cada vez más frecuente, sobre la necesidad o la mera voluntad de los comuneros de las comunidades de propietarios de dotar a las edificaciones más antiguas del servicio de ascensor, y como de esta instalación del servicio de ascensor se originan conflictos entre los propios comuneros o de estos con terceros ajenos a la comunidad, a causa de la no poco frecuente ocupación de elementos privativos, produciéndose un conflicto que acaba afectando al derecho a la propiedad privada, dilucidando el alcance que esta afección puede tener y la posible defensa procesal frente a la ocupación.

PALABRAS CLAVE: Instalación de ascensor; comunidad de propietarios; propiedad privada; propiedad horizontal; ocupación; servidumbre; funcionalidad; habitabilidad; medidas alternativas; pericial; indemnización ocupación.

ABSTRACT: This article attempts to address the problems that exist today, with increasing frequency, related to the need or merely the will of the members of communities of owners to equip the oldest buildings with an elevator service, and how this elevator service installation causes conflicts between the community members themselves or between them and parties outside the community, due to the not infrequent occupation of privately-owned elements, producing a conflict that ends up affecting the right to that private property, elucidating the scope that this outcome may have and the possible procedural defense against occupation.

KEY WORDS: Elevator installation; community of owners; private property; horizontal property; occupation; easement; functionality; habitability; alternative measures; expert; compensation occupation.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. BREVE REFERENCIA A LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL.- III. CONTRAPOSICIÓN DE INTERESES Y DERECHOS AFECTADOS.- IV. POSIBLE PARALIZACIÓN JUDICIAL DE LAS OBRAS EN POS DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA.- V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

Que el tiempo afecta a todos es de sobra conocido, y del mismo modo, el tiempo afecta a todo, des actualizando lo que antaño era perfección. De la conjunción de estas dos vertientes de influencia temporal, la personal y la material, surgen hoy en día nuevas necesidades, que en muchas ocasiones suponen la contraposición de intereses, frente a las cuales el derecho, como regulador de conductas humanas, debe decidir cuál prevalece en caso de conflicto.

En estas estamos pues hoy en día. El incremento de la esperanza de vida y el envejecimiento de la población son una realidad palpable, de la misma manera que es una realidad, la nueva voluntad humana de la continua actualización de todo.

Estas dos causas, a mi entender bien diferenciadas, son las que sirven de sustento al problema jurídico que procederemos a analizar, que no es otro que la contraposición de intereses que surge cuando se quiere proceder a instalar un ascensor en un edificio que no disponía de este servicio, ya sea por estricta necesidad, al existir en el edificio personas discapacitadas o personas mayores, o por simple plasticidad, para actualizar o revalorizar la edificación.

II. BREVE REFERENCIA A LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

Si se pretende la instalación del ascensor, en primer lugar, debemos discernir la causa que la sustenta, ya que no es lo mismo que la instalación del ascensor obedezca a una voluntad de actualización del edificio por incrementar el valor de las viviendas o su atractivo comercial, u obedezca a una necesidad por vivir, trabajar o prestar servicios voluntarios en el edificio personas discapacitadas o mayores de 70 años.

• Bernardo Sifre Aviñó
Licenciado en Derecho y Licenciado en Administración y Dirección de Empresas por la Universidad de Valencia. Abogado. Socio fundador del despacho ESPAILABORAL. Correo electrónico: bernardo@espailaboral.com

En caso de encontrarnos en el primer supuesto, deberemos acudir a lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de propiedad horizontal, en donde se exige para la instalación del ascensor la votación favorable de la mayoría de los propietarios que representen la mayoría de las cuotas de participación, en este supuesto, la comunidad íntegra queda obligada al pago de los gastos que se generen sea cual fuere su importe.

Además, también debemos recordar la STS de 16 de diciembre de 2014[1] cuando establece que:

"Para la adopción de los acuerdos que se hallen directamente asociados al acuerdo de instalación del ascensor, incluido el relativo a la distribución de los gastos de esta, aunque impliquen la modificación del título constitutivo o de los Estatutos, se exige la misma mayoría que la Ley de Propiedad Horizontal exige para el acuerdo principal de instalación del ascensor, sin que en ningún caso tales acuerdos puedan lesionar gravemente a ningún propietario".

Si por el contrario, nos encontramos ante el supuesto de que no existan las mayorías necesarias en la comunidad para la instalación del ascensor, pero sí que existe una necesidad acreditada de instalación del servicio, ya sea porque en el edificio vivan, trabajen o presten servicios voluntarios personas discapacitadas o mayores de 70 años, es entonces cuando entra en juego el artículo 10.1.b) de la Ley de propiedad horizontal, en el que se establece, que la instalación del ascensor será obligatoria si tiene por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas.

En este segundo supuesto, el pago de los gastos derivados de la instalación del ascensor recae sobre toda la comunidad, siempre que el coste de las obras no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes, descontadas subvenciones y ayudas.

Si, por el contrario, el coste sí que sobrepase de dicha cuantía, el exceso será asumido por quienes propongan la medida. En este supuesto no será necesario el acuerdo de la junta de propietarios, pero sí será necesario al menos convocarla para informar sobre la obra.

III. CONTRAPOSICIÓN DE INTERESES Y DERECHOS AFECTADOS.

Sentado cuanto antecede procederemos a centrar el tema en el conflicto de intereses que normalmente surge cuando se ha decidido la instalación del ascensor en el edificio.

1 STS 16 diciembre 2014 (rec. nº 1428/2012) (Tol 4.719.940).

En una situación idílica todos los miembros de la comunidad de propietarios son favorables a la creación del servicio de ascensor, y su instalación no comporta la perturbación del derecho de propiedad de ningún tercero o comunero, no obstante, esta situación acontece en contados supuestos.

Usualmente los problemas surgen en la comunidad cuando se da a conocer el informe técnico de la nueva instalación. En dicho informe, con no poca frecuencia, resulta ser necesario privar de ciertos metros a algunas viviendas o bajos comerciales, mientras que otros permanecen inalterados, surgiendo entonces las reticencias de estos comuneros o terceros afectados, que curiosamente suelen ser mayores en proporción inversa a la altura de sus propiedades afectadas.

En este punto es donde nos encontramos con dos intereses en liza, de un lado el derecho de la comunidad de propietarios a la instalación del servicio de ascensor por cualquiera de las causas y cauces que hemos expuesto anteriormente, y de otro lado, el derecho a la propiedad privada del, o de los, comuneros o terceros afectados.

De este conflicto de intereses es de donde surge la pregunta de cuál es el derecho que debe prevalecer.

Escasos años atrás esta cuestión se resolvía prácticamente al caso concreto, no obstante, la evolución de la sociedad tomando conciencia sobre la nueva realidad demográfica de nuestro país, unido a las novedosas y protectoras regulaciones de las personas discapacitadas, junto con la voluntad de modernización de infraestructuras, consiguieron que nuestro Alto Tribunal sentase una doctrina sobre cómo conjugar ambos derechos y dónde fijar sus límites, otorgando a mi entender, prevalencia a los derechos de accesibilidad y modernización de las edificaciones sobre el propio derecho a la propiedad privada.

Si acudimos a la STS de 10 de marzo de 2016 [2]podemos extraer la citada doctrina:

"(i) Constituye un hecho incuestionable la posibilidad de actualizar las edificaciones de uso predominantemente residencial mediante la incorporación de nuevos servicios e instalaciones para hacer efectiva la accesibilidad y movilidad de los inquilinos.

(ii) Lo que se cuestiona es si esa necesidad, en este caso de instalación de ascensor, que tienen los propietarios de viviendas, es un derecho de la comunidad sin limitaciones, por el que, existiendo el quórum legal exigido, se puede obligar a

2 STS 10 marzo 2016 (rec. nº 268/2014) (Tol 5.669.105)

un copropietario a ceder parte de la propiedad de su local para la instalación del ascensor.

(iii) La respuesta es afirmativa, pero con matices. Se ha de dar a partir de la ponderación de los bienes jurídicos protegidos: el del propietario a no ver alterado o perturbado su derecho de propiedad y el de la comunidad a instalar el ascensor, teniendo en cuenta el alcance de esa afección sobre el elemento privativo respecto a que pueda impedir o mermar sustancialmente su aprovechamiento. Esto es, se trata de apreciar si la afectación va más allá de lo que constituye el verdadero contenido y alcance de la servidumbre como limitación o gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño, según el artículo 530 C.C., y no como una posible anulación de los derechos del predio sirviente que concibe una desaparición de la posibilidad del aprovechamiento que resulta a su favor en el artículo 3.a) de la Ley (STS de 15 de diciembre de 2010).

(iv) La ocupación de un espacio privativo, en el que difícilmente concurrirá el consentimiento del vecino afectado, no puede suponer una privación del derecho de propiedad al extremo de suponer una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo (STS de 22 de diciembre de 2010)".

Por tanto, el Tribunal Supremo es hoy en día claro al respecto, el derecho que asiste a la comunidad de propietarios es ilimitado, aunque con matices, y estos matices son los siguientes:

1ª) Que el alcance la esa afección no frustre las legítimas expectativas de su dueño, por mermar o impedir su aprovechamiento, sobrepasando por tanto los límites de la servidumbre.

2º) Que se indemnice al propietario afectado por la merma de lo ocupado (la determinación del importe indemnizatorio no es objeto de estudio en este artículo, existen también, por ejemplo, compensaciones no dinerarias).

Por todo ello, si la comunidad de propietarios decide la instalación del servicio de ascensor por cualquiera de la vías que antes hemos expuesto, cuenta en su caso con las mayorías que se puedan necesitar y se abona la indemnización correspondiente al afectado, la única posibilidad de frenar judicialmente tal decisión será acreditar la pérdida o desaparición del aprovechamiento de la propiedad ocupada, o plantear la existencia de soluciones alternativas que salvaguarden el derecho de propiedad lesionado.

IV. POSIBLE PARALIZACIÓN JUDICIAL DE LAS OBRAS EN POS DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA.

Como ya apuntábamos anteriormente son escasas las sentencias que otorgan amparo al propietario afectado por la ocupación, debido a la preponderancia del derecho de la comunidad de propietarios, no obstante, encontramos alguna sentencia que paraliza las obras de la comunidad dando prioridad al derecho de propiedad afectado por la pérdida de funcionalidad del bien ocupado.

En este sentido podemos encontrar la STS de 22 de diciembre de 2010[3], cuando en su Fundamento Jurídico Quinto, reproduce el resultado alcanzado por la Audiencia Provincial estableciendo que tal conclusión fáctica no puede ser atacable en casación:

"La ocupación de un espacio privativo en el que difícilmente concurrirá el consentimiento del vecino afectado, no puede suponer una privación del derecho de propiedad al extremo de suponer una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo. En el presente caso la Audiencia Provincial ha declarado, tras examinar las pruebas practicadas que la constitución de la servidumbre en los términos que fue aprobada en la Junta de Comunidad, supone una total privación de dicho espacio (4,74 metros cuadrados de planta baja y 2,66 metros cuadrados de planta sótano), con una repercusión total en la actual configuración del local, menoscabando, incluso, las expectativas de aprovechamiento económico del local, ya que no sólo se le privaría de un importante volumen, sino que precisamente por dicha circunstancia las posibilidades de organización del espacio interior del local, se verían seriamente afectadas, con merma evidente de sus posibilidades de explotación"

En este supuesto, la ocupación de dichos volúmenes impedían la visión diáfana del local principal y la del situado en la zona posterior, al que hay que acceder por un paso de poco más de 1,50 metros entre éste volumen y unos expositores existentes, y se afectaba a una zona de almacenaje en el sótano, resultando que el verdadero criterio para otorgar amparo judicial al propietario del local, no es tanto por la dimensión de lo ocupado, sino por la pérdida de funcionalidad y uso, radicando aquí la clave.

En el supuesto analizado, concurre también la segunda medida que puede justificar la denegación de la ocupación, es decir, la existencia de medidas alternativas al ascensor.

3 STS 22 diciembre 2010 (rec. n° 1574/2006) (Tol2.030.593).

De esta manera, la mercantil afectada por la ocupación presentó informe pericial alegando la existencia de otras medidas que sustituirían la instalación del ascensor, concretamente:

"Una rampa en el portal, entre la puerta de la calle y la puerta existente en el primer rellano de la escalera. A partir de ahí, se puede instalar una plataforma salva escaleras de traslación oblicua".

Por lo que respecta a estas medidas alternativas son muy escasos los supuestos en los que podrán otorgar amparo al que las propone, y ello porque, por muchos adelantos técnicos que podamos encontrar en el mercado, nos guste o no, en términos de eficiencia para salvar obstáculos no hay nada más rápido, estético y práctico que la línea vertical ascendente o descendente.

Por lo general, de la Jurisprudencia analizada, las medidas alternativas suelen consistir en plataformas o sillas salva escaleras. Si bien es cierto que se trata de las más eficaces alternativas al ascensor, no menos cierto es que, del análisis de la Jurisprudencia existente en nuestro país, también se pueden considerar como un arma de doble filo para la parte que las propone en sede judicial por varias razones:

1º) En primer lugar y fundamental, a la hora de analizar la funcionalidad de estas sillas o rampas salva escaleras la propuesta quiebra por su base, dado que al ser interrogados los peritos en juicio son preguntados sobre las posibilidades de uso de estos instrumentos, y en no pocas ocasiones han señalado, que dichos artefactos no pueden ser utilizados individualmente por una persona discapacitada, sino que en ocasiones se requiere de ayuda para acceder a ellos, o por ejemplo, no sirven para subir cargas, o para los cochecitos de bebe etc.

2º) Y, en segundo lugar, pocos peritos se centran en la, cada vez más exigente, normativa contra incendios, siendo muy común que, debido a la antigüedad de las edificaciones que se pretende actualizar, sus escaleras y recodos no sean lo suficientemente amplios, pudiendo llegar a constituir estos dispositivos un obstáculo en la escalera en caso de incendio del edificio.

Por tanto, la medida alternativa que se proponga debe cumplir con la misma finalidad que el ascensor, garantizando idénticos resultados en términos de seguridad, y no suponiendo un coste disparatado, ello supone en la práctica que difícilmente podamos paralizar la ocupación de nuestro espacio privativo mediante una medida alternativa al ascensor.

En este sentido, desechando medidas alternativas, podemos encontrar numerosas Sentencias:

SAP de Valladolid de 15 de mayo de 2014[4]:

"(…) La alternativa propuesta por el perito de los demandados ya desde el punto de vista funcional resulta sino inviable si cuanto menos poco apta para prestar el servicio en cuestión(…)el ascensor no tendría unas salidas que coincidieran con los rellanos de cada piso sino que sus puertas se abrirían en el descansillo de la escalera entre piso y piso, de suerte que sería preciso instalar unas plataformas elevadoras en las que montar a las personas o subir las sillas de ruedas para salvar 9 peldaños de cada tramo. A ello se añade que la escalera del edificio tiene poco más de un metro de anchura, que se vería reducido con la instalación de las plataformas elevadoras en demérito de la debida seguridad para la evacuación de las viviendas en caso de incendio, por lo que dichas plataformas deberían ser plegables, y cada vez que fueran utilizadas el anciano o discapacitado habría primero de desplegarla y luego plegarla. En definitiva, una alternativa que no podemos considerar que reúna las imprescindibles condiciones de funcionalidad, comodidad y seguridad para salvar en forma las barreras arquitectónicas (…)"

SAP de Barcelona de 12 de mayo de 2015[5]:

"(…) Estas soluciones (plataforma y silla salva escaleras) tampoco salvan el 100% de las barreras arquitectónicas (acceso desde el portal) y, como dicen los apelados ninguna cumple la normativa de incendios, por lo que jamás serían legalizadas, pues mientras estén en funcionamiento nadie podría subir o bajar, a la par que problemas técnicos de instalación y poca utilidad (…)"

SAP de Orense de 13 de marzo de 2017[6]:

"La propuesta 1, obligaría a demoler las actuales escaleras, y la construcción de unas nueva escalera retranqueada a fin de abrir un hueco para el ascensor. (…) Las nuevas escaleras tendrían un ancho de 0,80 metros (el ancho mínimo de escaleras en edificios de uso residencial de vivienda es de 1,00 metros, y solo excepcionalmente se admitiría un ancho de 0,80 metros) y el hueco para el ascensor que se conseguiría (…)como reconoció el perito de la actora, difícilmente entraría una silla de ruedas.

(…) La segunda de las opciones, exige la ocupación de espacio público, con la incertidumbre que ello conlleva, y además obligaría a que el acceso a las viviendas se hiciese a través de las cocinas, y a suprimir los tendederos de todas las viviendas por lo que es más gravosa para el interés general."

4 SAP Valladolid 15 mayo 2014; (REC 30/2014); (TOL4.369.128)

5 SAP Barcelona 12 mayo 2015 (rec. nº 600/2013) (Tol 5.172.466).

6 SAP Orense 13 marzo 2017 (rec. nº 167/2016); (Tol 6.083.547).

No obstante, en algunas ocasiones las medidas alternativas sí que han sido valoradas positivamente por los tribunales, o por lo menos, dejan abierta la posibilidad de que, si verdaderamente existe una medida alternativa, que cumpla funcionalmente, y provoque un menor prejuicio a los afectados, a un coste similar, puede evitarse la ocupación de un espacio privativo.

En este sentido encontramos la STS de 10 de marzo de 2016[7]. En el supuesto allí enjuiciado, una comunidad de propietarios pretendía la ocupación del semisótano-almacén de una zapatería para dotar del servicio de ascensor a su edificio.

La solución alcanzada en apelación, que fue la que finalmente mantuvo el Supremo, consistió en privar del semisótano-almacén a la zapatería, pero compensando esta pérdida de funcionalidad con la accesión a la zapatería de parte del portal de la comunidad que debería verse reducido.

Lo verdaderamente curioso de esta Sentencia lo encontramos en el Fundamento Jurídico Octavo ordinal 4, en donde el Alto Tribunal reconoce, como también hizo antes el Juzgador de Apelación, que verdaderamente existe una medida menos gravosa todavía, que no es otra más que la instalación de una plataforma salva escaleras, no obstante se desechó esta posibilidad en segunda instancia por entender el Juzgador que la plataforma quedaría en la calle sometida a las inclemencias del tiempo y a actos vandálicos.

El Tribunal Supremo en su Sentencia vuelve a reproducir esta posibilidad como la más acertada, pero a la vista de la pericial practicada y la no existencia de prueba concluyente, debe fallar de idéntica manera a la del Tribunal de Apelación.

No obstante, es curioso cómo se marca el camino a seguir en esta Sentencia, en únicamente faltó una pericial o prueba más acertada o detallada, o acreditar una protección de los elementos de la plataforma salva escaleras que debían instalarse en la calle.

"El Tribunal de Apelación reconoce que la solución menos gravosa, y con una incidencia mínima sobre el local, es la consistente en una plataforma elevadora en el lateral de la escalera exterior de acceso a la meseta del portal, que dependiendo del modelo ocuparía más o menos espacio (…)

Sin embargo, la deshecha por considerar que tiene el inconveniente de que su instalación sería en la calle o sin protección desde ésta, con lo que estaría sometida a inclemencias del tiempo y posibles actos vandálicos.

7 STS 10 marzo 2016 (rec. nº 268/2014) (Tol 5.669.105).

La ponderación que hace la Sentencia recurrida es razonable y lógica (…) La solución pasa, pues, por indagar, de la pericial practicada, si puede soslayarse ese peligro con una solución menos gravosa e invasiva que la de reducir el portal, agregar lo reducido al local comercial y compensar así a este por la pérdida del semisótano.

Y la respuesta es la inexistencia de prueba concluyente e inequívoca en ese sentido (…)"

V. CONCLUSIÓN.

De la Jurisprudencia analizada se extrae la conclusión de que hoy en día, la instalación del servicio de ascensor por una comunidad de propietarios, afectando el derecho a la propiedad privada de terceros o comuneros, es un derecho casi ilimitado, y que únicamente cabrá su paralización por parte del afectado, acreditando, mediante prueba cumplida, que:

1º) O bien sufre pérdida de funcionalidad o habitabilidad en la perturbación de su derecho, y que ello supone exceder la figura de la servidumbre.

2º) O bien existen medidas alternativas menos gravosas.

PANORAMA

LA PROMOCIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN MATERIA PENAL POR NACIONES UNIDAS A TRAVÉS DE SUS CONGRESOS INTERNACIONALES

THE PROMOTION OF RESTORATIVE JUSTICE IN CRIMINAL MATTERS BY THE UNITED NATIONS THROUGH ITS INTERNATIONAL CONGRESSES

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 552-575

Mar
ARANDA
JURADO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2018

RESUMEN: La Justicia restaurativa, como cambio de paradigma del pensamiento sobre la teoría del conflicto, trata de ser clave en la evolución de los sistemas de justicia penal. El trabajo de Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, dimanante de la celebración de los Congresos quinquenales ha actuado como catalizador en la remodelación de las estructuras de justicia penal, con la inclusión de prácticas restaurativas.

PALABRAS CLAVE: Justicia restaurativa; Naciones Unidas; sistemas jurídicos.

ABSTRACT: Restorative Justice, as a paradigm thinking change about conflict theory, tries to be key in the evolution of criminal justice systems. The work of United Nations in the field of crime prevention and criminal justice, arising from the celebration of the quinquennial Congresses, has acted as a catalyst in the remodeling of criminal justice structures, with the inclusion of restorative practices.

KEY WORDS: Restorative justice; United Nations; legal systems.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS SEIS PRIMEROS CONGRESOS (DE 1955 A 1980).- III. EL CONGRESO DE 1985.- 1. Otras formas de administración de justicia, distintas a los tribunales: los procedimientos consuetudinarios o tradicionales.- 2. Programas de mediación, conciliación y arbitraje.- 3. Opciones de justicia restaurativa dentro del sistema judicial.- IV. DEL OCTAVO AL DECIMOTERCER CONGRESO (DE 1990 A 2015).- V. CONCLUSIÓN.-

I. INTRODUCCIÓN.

El estudio de la Justicia restaurativa en el sistema penal, exige un análisis de la actividad llevada a cabo por la Organización de Naciones Unidas a través de los Congresos sobre Prevención del Delito y Justicia Penal que se comenzaron a convocar con carácter quinquenal, a partir del 22 de agosto de 1955[1]. Estos congresos, se configuran como "importantes foros intergubernamentales"[2] que facilitan el intercambio de opiniones y experiencias así como de propuestas normativas aplicables en el ámbito nacional, regional o internacional.

Consideramos necesario resaltar este tipo de reuniones, que desde nuestro punto de vista, exceden del ámbito estrictamente político, por dos razones: en primer lugar porque van a servir de cónclave de expertos, estudiosos, investigadores y profesionales del ámbito penal que, junto a los representantes de los Estados, y de una forma deliberada y consensuada, van a establecer las directrices que más tarde, se transformarán en instrumentos normativos internacionales, teniendo un indudable calado en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, favoreciendo, en última instancia, la tendencia jurídica de la inclusión de principios restaurativos en las legislaciones, que desde hace varios años estamos constatando. Y en segundo término, porque, sobre todo, a partir del Cuarto Congreso[3], van a suponer la oportunidad de los Estados participantes de manifestar sus inquietudes, necesidades

1 Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra (Suiza) del 22 de agosto al 3 de septiembre de 1955.

2 Resolución 65/230 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 21 de diciembre de 2010.

3 Es desde 1970 cuando se comienzan a realizar reuniones regionales previas y preparatorias del Congreso.

• Mar Aranda Jurado
Doctora en Derecho por la Universidad Católica de Valencia –UCV-, con la calificación "cum laude" con la Tesis Doctoral titulada "Mediación Penal y Justicia Restaurativa en España: presente y futuro" (2015). Máster en Mediación por la Universidad Cardenal Herrera-CEU, Máster en Ciencias del Matrimonio y la Familia por la Pontificia Università Lateranense (Roma), Especialización en Derecho de Familia por P.I. Juan Pablo II. Profesora Contratada Doctora de la UCV. Directora del Instituto Universitario de Investigación Familia y Desarrollo Humano (UCV). IP del grupo de Investigación "Familia, Desarrollo y Sociedad" con la línea de investigación "La mediación en el sistema jurídico español: un análisis interdisciplinar". Correo electrónico: mar.aranda@ucv.es

y dificultades con respecto a la aplicación de los postulados restaurativos, en función de sus circunstancias concretas.

Y es que, la puesta en marcha de experiencias concretas de justicia restaurativa que se llevan a cabo en los diferentes países y, especialmente su impulso y desarrollo, no surgen de una manera casual, sino que han ido inexorablemente acompañadas de una tendencia[4], que ha marcado a cada uno de los estados el camino a seguir en su implantación en función de su idiosincrasia social, cultural y política concreta.

En esta misma línea, se pronuncian los Estados miembros firmantes del anexo de la Resolución 46/152, de 18 de diciembre de 1991[5]. Señalan que uno de los objetivos de los Congresos de Naciones Unidas para la prevención del delito y la justicia penal es, entre otras cosas, servir de escenario para "el intercambio de opiniones entre los Estados, las organizaciones intergubernamentales, las organizaciones no gubernamentales y los expertos individuales que representaran a diversas profesiones y disciplinas, el intercambio de experiencias en materia de investigación, derecho y formulación de políticas, y la determinación de las nuevas tendencias y de las cuestiones que se plantearan en materia de prevención y justicia penal"[6].

Consideramos, por tanto, que la celebración de estos congresos ha calado en las políticas de justicia penal y en las prácticas profesionales en todo el mundo. Por ello y con el fin de manifestar la relevancia de estos congresos internacionales en la proliferación y expansión de la justicia restaurativa, vamos a analizar los celebrados desde el año 1955 por Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal y, en su caso, la forma en que ha cristalizado los postulados restaurativos en la elaboración de documentos y normativa internacional.

II. LOS SEIS PRIMEROS CONGRESOS (DE 1955 A 1980).

Agrupamos el análisis de los seis primeros congresos ya que fueron esenciales en el establecimiento de las bases para la construcción de la corriente restaurativa en materia penal.

4 Sin perjuicio de reconocer el trabajo realizado por la Unión Europea en la aplicación a sus Estados miembro de prácticas restaurativas, a través de su labor normativa, así como el fruto de los distintos Congresos y Conferencias sobre justicia restaurativa promovidos por asociaciones y organizaciones de relevancia en este ámbito como la Organización de los Estados Americanos, la Fundación suiza *Terre des Hommes Lausanne,* la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia, la Sociedad Internacional de Criminología, el Instituto Internacional de los Derechos del Niño, la Sociedad científica de Justicia Restaurativa, entre otros, así como los Observatorios creados en este ámbito del conocimiento.

5 A/RES/46/152, Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1991, sobre elaboración de un programa eficaz de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal.

6 A/RES/65/230, Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 21 de diciembre de 2010, sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/65/457), considerando primero.

Comenzó el primer congreso de 1955 en Ginebra[7], con la aprobación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos[8] que, responden a la preocupación por la situación de los presos y tienen como objetivo establecer una serie de principios y reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos, teniendo en cuenta los elementos esenciales de los sistemas más adecuados en ese momento. Desde su elaboración y aprobación, las Reglas mínimas han tenido un impacto inconmensurable en el tratamiento de los convictos en todo el mundo. En la actualidad siguen siendo las normas con respecto a las cuales muchas organizaciones de derechos humanos, intergubernamentales y no gubernamentales, determinan el tratamiento de los presos[9].

El segundo Congreso[10] de 1960 estuvo marcado por dos acontecimientos, que le influyeron: por un lado, los cambios sociales derivados del acelerado desarrollo económico que fue acompañado de un significativo incremento de la delincuencia, especialmente de la juvenil y, de otro, la recién aprobada Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Así, el congreso tuvo como preocupación principal el análisis de las nuevas formas de delincuencia juvenil (origen, prevención y tratamiento). Además, señalando la necesidad e importancia práctica de una verdadera cooperación entre la policía y los organismos nacionales especializados para prevenir la delincuencia de los menores, se recomendaron servicios especiales de policía para la justicia de menores.

La prevención de la delincuencia, fue el lema central del Congreso de Estocolmo de 1965[11] y se comenzó a dedicar atención a la asistencia en el ámbito de la prevención del delito y la justicia penal, subrayando la necesidad de investigaciones criminológicas para la prevención del delito. En este congreso se reconoció la importancia de la investigación y la capacitación en el ámbito de la delincuencia, incluida la puesta en marcha de iniciativas regionales e interregionales. Como seguimiento de las medidas del tercer congreso, en 1968 se creó en Roma el Instituto de Investigaciones de las Naciones Unidas para la Defensa Social, y en 1989, el Consejo Económico y Social reconoció oficialmente la ampliación de esta entidad, que pasó a llamarse Instituto Interregional de las Naciones Unidas sobre la Delincuencia y la Justicia (UNICRI)[12].

7 Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Ginebra, Suiza, de 22 de agosto a 3 de septiembre de 1955.

8 Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

9 UNODC: *Congresos de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal, 1955-2010, 55 años de logros*, UNODC, Viena, 2013, p. 2.

10 Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Londres, Inglaterra, de 8 a 19 de agosto de 1960.

11 Tercer Congreso de las naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Estocolmo, Suecia, de 9 a 18 de agosto de 1965.

12 UNODC: "Congresos de las Naciones ", cit., p. 4.

Para el Congreso de Kyoto de 1970[13], se estableció la conveniencia de realizar reuniones preparatorias regionales, con el fin de que todas las regiones formularan un enfoque normativo común respecto de los temas del programa. Así, se realizaron reuniones regionales en África, América Latina, Asia, Europa y Oriente Medio. En este congreso es la primera vez que se hace una exhortación a los gobiernos a que adopten medidas eficaces para coordinar e intensificar sus esfuerzos en materia de prevención del delito, reconociendo, además, que la delincuencia en todas sus formas, consumía las energías de las naciones, socavando los esfuerzos por lograr un entorno mejor y más seguro[14].

Fue en el Quinto Congreso de 1975[15], donde se aprobó una resolución[16] en la que se recomendaba a la Asamblea General que aprobara la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que más adelante se convirtió en una Convención[17] aprobada por la Comisión de Derechos Humanos. El Congreso recomendó asimismo la elaboración de un código internacional de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

En el Sexto Congreso[18], se habló por primera vez de la necesidad de elaboración de "alternativas al encarcelamiento", así como de medidas para hacer frente a la delincuencia y el abuso de poder.

En relación a la propuesta de utilizar medidas alternativas a las penas de prisión, en este sexto congreso, se reconoce que sin perjuicio de que el encarcelamiento siga constituyendo una sanción pertinente para determinados delitos y delincuentes, esto no es óbice para afirmar las ventajas sociales que tiene para la sociedad tratar a sus miembros "de conducta desviada" dentro de la comunidad, en la medida de lo posible. En este sentido se recomienda a los Estados miembros[19]:

- Examinar sus legislaciones con el objetivo de hacer desaparecer los obstáculos (en el caso de que existan), que se opongan a la utilización de las medidas alternativas a las penas de prisión, en los casos pertinentes.

13 Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Kyoto, Japón, de 17 a 26 de agosto de 1970.

14 Ibíd.

15 Quinto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Ginebra, Suiza, de 1 a 12 de septiembre de 1975.

16 Resolución 34/52, adoptada por la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1975.

17 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

18 Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Caracas, Venezuela, de 25 de agosto a 5 de septiembre de 1980.

19 Vid. Informe preparado por la Secretaría de Naciones Unidas sobre el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Informe A/CONF.87/14/rev.1.

- Establecer nuevos medios alternativos de las sentencias de encarcelamiento que puedan aplicarse sin riesgos innecesarios para la seguridad pública, y se incorporen a la legislación.

- Destinar los recursos necesarios para la aplicación de sanciones alternativas y garanticen, de conformidad con sus leyes, el uso adecuado de dichas sanciones en la mayor medida posible, en particular teniendo presente la obligación de responder a las necesidades concretas de los grupos desfavorecidos y vulnerables de ciertos sectores de la sociedad.

- Estudiar los medios para hacer participar de manera efectiva a los diversos componentes del sistema de justicia penal y a la comunidad en el proceso permanente de elaborar medios alternativos a la prisión.

- Fomentar una participación más amplia de la comunidad en la aplicación de los medios alternativos del encarcelamiento y en las actividades destinadas a la rehabilitación de los delincuentes.

- Evaluar procedimientos jurídicos y administrativos cuya finalidad sea reducir en la medida de lo posible la detención de las personas que se encuentran en espera de juicio o de sentencia.

- Y en materia de sensibilización a la sociedad, se pide a los Estados que desplieguen esfuerzos para informar a sus ciudadanos de las ventajas de los medios alternativos a la prisión, con objeto de fomentar la aceptación de estas medidas por parte de la sociedad.

También en este Sexto Congreso, se firmó la llamada "Declaración de Caracas", donde se afirmó que el éxito de los sistemas de justicia penal y de las estrategias para la prevención del delito, depende de los progresos que se realicen para mejorar las condiciones sociales y elevar el nivel de calidad de la vida, insistiendo en la necesidad de que las estrategias tradicionales para combatir el delito, no deben basarse únicamente en criterios jurídicos. Es decir, "la prevención del delito y la justicia penal deben ser examinados dentro del contexto del desarrollo económico, de los sistemas políticos, de los valores sociales y culturales y del cambio social, así como dentro del contexto del nuevo orden económico internacional"[20].

Del análisis de estos seis primeros congresos de Naciones Unidas, desde la prevención del delito hasta la ejecución de la penas, ya se "vislumbra la necesidad de disponer de un sistema de justicia dentro del cual los protagonistas del conflicto

20 La Declaración de Caracas, forma parte del Informe preparado por la Secretaría de Naciones Unidas sobre el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Informe A/CONF.87/14/rev.1, p.11.

tuvieran una participación efectiva tendente al desarrollo de sociedades pacíficas[21]". En materia de justicia penal de menores, también se observa en estos congresos el abordaje de la situación de los menores infractores y la respuesta socioeducativa a su conducta, la preocupación por el respeto de los derechos humanos recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959.

En definitiva, estos congresos, enfatizando la prevención del delito, sus causas, la humanización del procedimiento penal y el tratamiento de los reclusos, constituyeron las bases que han facilitado el desarrollo de la justicia restaurativa en materia penal. En concreto, el perfeccionamiento de estas bases se realizó en los siguientes congresos.

III. EL CONGRESO DE 1985.

Es en el Séptimo Congreso de 1985 en Milán[22] cuando se presta especial atención a las víctimas, después de que en muchos años, la atención se hubiera centrado principalmente en el delincuente y el proceso de control social. La mirada hacia la víctima, a través del tema titulado "Víctimas de delitos"[23], obedece a las contribuciones de los especialistas en esta materia, así como en movimientos a favor de los intereses de éstas y estudios relativos a la situación de las víctimas –antes, durante y después del proceso penal-, que hacen hincapié en las necesidades de las víctimas y en la posibilidad de adoptar medidas más eficaces que les favorezcan[24].

Bajo esta justificación, se comienza el estudio[25] definiendo el término víctima en un sentido muy amplio, como "la persona que ha sufrido alguna pérdida, daño o lesión, sea en su persona propiamente dicha, su propiedad o sus derechos humanos, como resultado de una conducta que constituya una violación de la legislación

21 Opinión que compartimos de Buenrostro Báez, R., Pesqueira Leal, J. y Soto Lamadrid, M.A.: *Justicia Alternativa y el sistema acusatorio*, Secretaria Técnica del Consejo de Coordinación para la implantación del Sistema de Justicia Penal, México, 2012, p. 88.

22 Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Milán, Italia, de 26 de agosto a 6 de septiembre de 1985. El Congreso de Milán introdujo una importante novedad en relación con la preparación por regiones del Congreso. Así, fue precedido por reuniones preparatorias regionales e interregionales que resultaron valiosas porque en ellas se tuvo acceso a nueva información y a investigaciones que se estaban realizando en los diferentes Estados. Además, estas reuniones previas, fueron estratégicamente importantes para evaluar los progresos en la aplicación de las recomendaciones de congresos anteriores. Esta práctica preparatoria se mantuvo en los siguientes Congresos.

23 Tema 5 del programa provisional del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

24 A/CONF.121/4. Informe del Secretario General sobre "Estudio de la reparación, la asistencia, la restitución y la indemnización de las víctimas de delitos", p. 7.

25 Para poder realizar el informe sobre el "Estudio de la reparación, la asistencia, la restitución y la indemnización de las víctimas de delitos", el Secretario General contó con las respuestas recibidas a un cuestionario de las Naciones Unidas titulado "Desagravio, asistencia, restitución o indemnización para víctimas del delito y abuso de poder", enviado a principios de 1985 a todos los Estados Miembros de las Naciones Unida, a corresponsales nacionales en diferentes países, a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales interesadas. Se recibieron respuestas de un total de 70 países, entre los que se encuentra España, lo que constituye una amplia muestra de países de todas las regiones geográficas, por lo que según manifiesta el estudio, se considera que las conclusiones son suficientemente válidas y representativas. A/CONF.121/4, p. 10.

penal nacional, del derecho internacional, de los principios sobre derechos humanos reconocidos internacionalmente o que implique un abuso de poder por parte de personas que ocupen posiciones de autoridad política o económica"[26]. De esta forma, se señalan cuatro clases de víctimas:

- Víctimas de delitos convencionales[27].

- Víctimas de formas nuevas y no convencionales de delitos[28].

- Víctimas de abusos ilegales de poder económico[29].

- Víctimas de abusos ilegales de poder político[30].

Del amplio estudio realizado en este congreso sobre diversos aspectos relacionados con la víctima y su necesidad de atención, son objeto de interés para nuestro estudio –por su objeto- únicamente los relacionados directamente con la justicia restaurativa. Nos referimos concretamente a: otras formas de resolución de conflictos distintas al procedimiento judicial; los programas de mediación, conciliación y arbitraje y las opciones de justicia restaurativa dentro del sistema judicial.

1. Otras formas de administración de justicia, distintas a los tribunales: los procedimientos consuetudinarios o tradicionales.

En cuanto a los procedimientos distintos a los mecanismos oficiales para "el desagravio y reparación de las víctimas", el informe señala dos categorías: por un lado, los procedimientos consuetudinarios o tradicionales que se han mantenido en algunos países junto al sistema judicial del Estado[31] y, por otro lado, los programas o procedimientos que se han establecido como "alternativa" a los procedimientos judiciales ya existentes.

Países como Australia, Bangladesh, Etiopía, India, Israel, Kenya, Nueva Zelanda, Nigeria, la República Centroafricana, Togo, Uganda y Zambia, indicaron que disponían de prácticas de justicia consuetudinaria. Dichas prácticas tenían el objeto fundamental de promover la reconciliación de las partes, permitiendo que continuara la relación

26 Ibíd., 8.

27 Señalando de forma explícita como delitos convencionales el asesinato, robo, agresión o incendio premeditado.

28 Como formas nuevas y no convencionales de delitos, figura una lista cerradas de delitos: tráfico ilegal de drogas, delitos organizados, delincuencia mediante el uso de computadoras, terrorismo, piratería, soborno y corrupción.

29 Forman parte de los delitos que se traducen en un abuso ilegal de poder económico: los delitos contra la legislación laboral, el fraude a los consumidores, los delitos contra el medio ambiente, los abusos comerciales y prácticas comerciales ilícitas por parte de empresas transnacionales, las violaciones del control de cambio de divisas, la evasión fiscal, el soborno y la corrupción.

30 Son considerados delitos que se traducen en un abuso ilegal de poder político: las violaciones a los derechos humanos y el abuso de autoridad por parte de la policía u otras agencias estatales de control, incluyendo la detención y el encarcelamiento arbitrario.

31 Que como ya hemos manifestado, han constituido el origen de prácticas restauratives.

entre la víctima y el transgresor. Comprendían por lo general no sólo a los adversarios, sino también a los familiares y amigos que trataban de mediar entre ellos y llegar a una solución aceptable[32]. Estas prácticas de justicia consuetudinaria se utilizaban principalmente a nivel local, dentro de una aldea o comunidad[33].

Una cuestión que consideramos relevante señalar en relación con estos "tribunales" consuetudinarios, es la determinación de qué tipos de casos eran sometidos a ellos. De esta forma, Togo señaló de forma explícita que las prácticas de justicia consuetudinaria se utilizaban sólo en los casos civiles, mientras que las cuestiones penales se remitían al sistema judicial oficial.

Por su parte, Kenya, Nigeria y Uganda también informaron que en la mayoría de las cuestiones civiles, como la determinación de la legitimidad de los hijos, las cuestiones de sucesión y la devolución de la propiedad familiar, se utilizaban procedimientos tradicionales.

Los mecanismos de justicia consuetudinaria se ocupaban de las faltas que se castigan con multas leves en la India. En Kenya, resolvían cuestiones de compensación en los casos de heridas recibidas.

Los *panchayats* de las aldeas de Bangladesh solucionaban controversias tanto de carácter civil como penal y podían obligar a los transgresores a reparar o indemnizar. En Nigeria, los ancianos del lugar podían juzgar casos de homicidio y se señaló en la respuesta recibida de ese país que los tribunales aconsejaban a los aldeanos que solucionaran las controversias de acuerdo a las prácticas tradicionales. En Etiopía, "los sistemas locales de justicia consuetudinaria median y arbitran a discreción las faltas menores que la ley no confía a la jurisdicción de los tribunales ordinarios". Se informó que aun el sistema oficial de justicia penal alentaba estas formas de resolver los casos de delitos menores, ya que dejaba la opción de desestimar el caso o de imponer penas más leves[34].

El estudio también señala que la utilización de los mecanismos consuetudinarios no sólo dependía del tipo de casos, sino también de los grupos de que se trataba. Así por ejemplo en Kenya debido a las diferencias culturales existentes entre los

32 Confirmándose uno de los principios de la justicia restaurativa: la participación de la comunidad en la resolución del conflicto, junto a víctima y delincuente.

33 A menudo las prácticas se limitaban a zonas rurales y a ciertos grupos autóctonos, como los aborígenes de Australia y los maoríes de Nueva Zelanda. Un corresponsal de la India informó que en las zonas rurales alrededor del 75% de las pequeñas controversias en las aldeas las resolvía los panchayats, tribunales oficiosos de las comunidades aldeanas que se ocupaban de casos de menor importancia y trataban de lograr arreglos pacíficos mediante procedimientos de mediación y conciliación o la imposición de multas leves. Como se indicaba en una de las respuestas, la actuación de esos tribunales también se había generalizado en Bangladesh. Los corresponsales de Nigeria y Uganda señalaron que las prácticas consuetudinarias se utilizaban en forma generalizada en las zonas rurales y las aldeas. Ver página 32 y 33 del Informe A/CONF.121/4.

34 Ibíd., pp. 33 y 34.

distintos grupos étnicos, aun dentro del mismo país, existen diferencias entre sus sistemas judiciales consuetudinarios respectivos. En consecuencia, se consideraba que las prácticas de justicia consuetudinaria se podía aplicar solamente en los casos en que tanto víctima como transgresor pertenecían al mismos grupo étnico y hasta vivían en la misma comunidad, de manera que ambas partes entendieran el procedimiento[35].

En el caso de Zambia, sus representantes manifestaron en su informe que por lo general eran los "miembros de las clases menos prósperas" quienes recurrían a la vía judicial consuetudinaria, con la dificultad no obstante, de que los casos sólo podían ser resueltos por esta vía si el transgresor daba su consentimiento, ya que el sistema de justicia consuetudinaria no tiene fuerza obligatoria.

En otros países, las prácticas tradicionales se vinculaban, de hecho, a mecanismos judiciales más formales. Este era el caso de Zambia, done las disposiciones sobre la admisibilidad de las pruebas se aplicaban en el contexto de un procedimiento consuetudinario orientado hacia la reconciliación[36].

Por último, en cuanto al informe realizado por el Secretario General que recoge el estudio de estos procedimientos consuetudinarios o tradicionales de justicia en los distintos países participantes en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, es importante destacar la evaluación realizada por los informadores de los Estados, sobre este tipo de justicia consuetudinaria. Países como la India, expresaron opiniones positivas sobre este tipo de prácticas de justicia consuetudinaria, manifestando que "esta forma consuetudinaria de solución de controversias para casos de menor importancia ha colocado la justicia al alcance del pueblo (…). Se trata de justicia acorde con el sentido común y los principios de la justicia natural"[37].

Por su parte, Bangladesh se suma a esta opinión positiva, indicando que "las prácticas tradicionales bastan para lograr soluciones pacíficas y permanentes", mientras que en la respuesta de México se señaló la importancia de que las autoridades del Estado respetaran las prácticas de justicia consuetudinarias entre los grupos autóctonos. Muchos corresponsales se refirieron a las grandes posibilidades de estas prácticas de justicia consuetudinaria para ocuparse de la situación de las víctimas de delitos y pidieron su ulterior desarrollo y fomento[38].

35 A/CONF.121/4, p. 34.

36 Ibíd.

37 Ibíd.

38 En este sentido un corresponsal de la India sugirió que el sistema de justicia penal debía conferir autoridad oficial a los *panchayats* para realizar investigaciones y administrar justicia. Asimismo, se señaló en la respuesta de Nigeria que tanto los casos civiles como los penales se podrían tramitar con mucha más eficacia a nivel local si se confiaran a los ancianos de las aldeas en vez de confiarlos a la policía y otros organismos del Estado. En la respuesta de Kenya se propuso la capacitación de jueces de paz tanto "en derecho positivo como

2. Programas de mediación, conciliación y arbitraje.

En cuanto a los programas de mediación, conciliación y arbitraje, eran utilizados en algunos países como medios para que la víctima obtenga la indemnización por el daño sufrido. Aunque no todos los países que respondieron a las cuestiones planteadas para elaborar el informe, indicaron la existencia de dichos programas[39], parecía existir una amplia variedad de opciones innovadoras y eficaces. Se informó que en China la mediación era el método principal de enfocar los casos civiles, siendo entre el 60% y el 70% de todos los casos civiles, resueltos por este procedimiento[40].

Ghana, Kenya, Nigeria y Zambia informaron también de la existencia de conciliación y mediación. En Botswana, el sistema preveía que los casos se sometieran a los familiares o al jefe del lugar antes de pasar al tribunal.

Cabe destacar, que al igual que en el caso de las prácticas consuetudinarias, estos procedimientos de mediación recientemente establecidos se utilizaban principalmente en los casos civiles y para delitos leves. En Polonia, "sólo existe la posibilidad de renunciar a un juicio formal en el caso de infracciones leves". Del mismo modo, Ghana informó que el tribunal podía aconsejar que se recurriera a un procedimiento de conciliación, siempre que la víctima desistiera de la acción y no se tratara de un delito grave. La razón de elegir comités de mediación en vez de un juicio formal, como señaló Nueva Zelanda, se debía a que dichos comités "proporcionan un ambiente más flexible que los tribunales ordinarios para solucionar cuestiones civiles de menor importancia". Este criterio también parecía aplicarse en otros países con respecto a los tribunales que se ocupaban de demandas de menor cuantía y demás opciones pertinentes[41].

Por otra parte y siguiendo con el paralelismo entre estos procedimientos y la casos sometidos a justicia consuetudinaria, la mediación, en muchos casos, tiene

en derecho consuetudinario". Se sugirió establecer tribunales especiales en las comunidades aborígenes de Australia para la práctica de sus procedimientos consuetudinarios. El Gobierno de Etiopía ya había adoptado medidas para reforzar los mecanismos tradicionales mediante el nombramiento de un órgano de investigación que debía examinar las posibilidades de mejorar las prácticas de justicia consuetudinaria e iniciar la reforma de los diversos códigos del país. Una evaluación positiva, aunque por una vía más indirecta, de los procedimientos judiciales consuetudinarios se debía a que muchos países habían establecido otros sistemas judiciales oficiales que se basaban a menudo en los principios que regían estos procedimientos consuetudinarios.

39 El 64% de los países que respondieron, discreparon en cuanto a los casos previstos y la medida en que se aplicaban, haciendo manifiesta la diversidad procedimental de este tipo de programas y la imposibilidad de unificarlos, debido a que, como ya hemos señalado, este tipo de prácticas se circunscriben a la idiosincrasia social, política y cultural del lugar donde se realiza. A/CONF.121/4, p. 35.

40 La mediación en China es aplicada por los llamados "comités populares de mediación", otras organizaciones, como los "grupos de trabajo de litigantes" o incluso el mismo tribunal. La mediación puede llevarse a cabo mientras se prepara la vista, durante la vista, fuera del tribunal, o cuando el tribunal está en receso. En su respuesta, China informó que los comités de mediación (que no formaban oficialmente parte de los procedimientos civiles) solucionaban casi once veces más casos de controversias civiles que los tribunales ordinarios, siendo manifiesto según la práctica de la mediación en este país, que este procedimiento no coartaba en modo alguno los derechos de los litigantes. A/CONF.121/4, pp. 35 y 36.

41 Ibíd.

como objeto resolver los supuestos en que el transgresor y la víctima mantenían una relación continua. Por ejemplo, en la respuesta de Australia se indicó que los centros comunitarios de justicia ofrecían servicios de mediación para resolver controversias de poca importancia que surgían entre los vecinos en sus relaciones cotidianas. Del mismo modo, en Polonia existían comisiones vecinales de mediación y tribunales sociales en los lugares de trabajo. En Hungría, también existían opciones diferentes a los procedimientos formales penales o de otro tipo, pero sólo en cuestiones de menor importancia. Nueva Zelanda informó de la existencia de un tribunal familiar que "ofrece asesoramiento en la fase previa al procedimiento judicial". En Pakistán, se recurría a la mediación en el caso de controversias entre cónyuges. En Estados Unidos, la *Victims Service Agency* del Estado de Nueva York, mantenía dos centros de mediación para resolver las controversias personales que, de otro modo, se discutirían en los tribunales.

En muchos Estados se recurría a los procedimientos de mediación, arbitraje y conciliación, por lo general, cuando se trataba de delincuentes menores de edad. Así, en Canadá se informó que dichos servicios funcionaban principalmente en los casos de delincuencia juvenil. Y lo mismo sucedía en Indonesia. En Barbados, en virtud del *Juvenile Lisison Scheme*, "los menores que cometen ciertos delitos pueden recibir una amonestación policial en vez de ser acusados formalmente ante un tribunal, siempre que la víctima y los padres o tutores del menor convengan en ello".

Muchos de los programas de mediación se hallaban todavía en una fase experimental, como un proyecto de mediación de Finlandia que se basaba en la cooperación entre las partes.

Noruega informó acerca de un proyecto experimental en que se utilizaban los servicios de consejeros especializados en resolver conflictos mediante acuerdos extrajudiciales entre el transgresor y la víctima "en reuniones con las partes bajo la vigilancia de un negociador nombrado por el Gobierno"[42]. Se explicó además que este procedimiento tenía por objeto motivar al delincuente para que aceptara acuerdos de restitución: "Si se logra un acuerdo, el fiscal puede desistir de la acción o recomendar al tribunal que imponga una pena leve". En Francia, como práctica experimental que se efectuaba en algunos tribunales, el fiscal o sus agentes estudiaban la posibilidad de obtener reparaciones o lograr la reconciliación antes de iniciar el procedimiento judicial. También en Austria, se había iniciado un proyecto experimental de reconciliación entre la víctima y el victimario, en los tribunales de menores.

Coincidiendo con las prácticas de justicia consuetudinaria, los nuevos programas de mediación y reconciliación se podían aplicar, por lo general, sólo con el

42 A/CONF.121/4, p. 37.

consentimiento del victimario, como se subrayó en la respuesta de Zambia. En el caso de Nigeria, "cuando el acuerdo no satisface las expectativas de la víctima, se recurre a procedimientos penales y de otro tipo"; sin embargo, estos comités de mediación habían proporcionado a las víctimas "reparaciones equitativas por los daños que se les ha infligido". Un gran número de respuestas parecía coincidir en esta evaluación positiva de las formas alternativas de arreglo de controversias. En sus respuestas, algunos países indicaron que los resultados de las investigaciones efectuadas en esta esfera, ponían de manifiesto el éxito de estos programas para la solución de conflictos, así como el alto grado de satisfacción por los resultados obtenidos de las personas que habían participado en ellos[43].

3. Opciones de justicia restaurativa dentro del sistema judicial.

Del análisis de las respuestas de los Estados, se deduce que en los sistemas formales de justicia de algunos países existían disposiciones relativas a los servicios de mediación, arbitraje y reconciliación. Por ejemplo, en Bangladesh, el Código de Procedimiento Civil contiene disposiciones sobre arbitraje. En Colombia, se informó que tanto la conciliación como el arbitraje se utilizan en los procedimientos civiles y laborales. En Sudán, "los tribunales han aprobado tradicionalmente los procedimientos de arbitraje y conciliación para el arreglo de controversias, integrados por representantes de ambas partes bajo la dirección de magistrados profesionales"[44].

En Japón, se informó que "los comités administrativos anexos al Gobierno nacional y a las autonomías locales pueden iniciar procedimientos de arbitraje y reconciliación"[45]. En la República Federal de Alemania, se había establecido la institución de un mediador local (un lego propuesto por el Parlamento y nombrado por el tribunal), con el fin de intentar la reconciliación en casos menores de agresión, lesión, violación del derecho a la intimidad, etc. Los casos no podían llevarse ante los tribunales a menos que el mediador hubiese reconocido oficialmente que el procedimiento no había tenido éxito. En Suiza muchos cantones requerían que, en las primeras etapas de una acción civil, los jueces hicieran todo lo posible por insistir en la reconciliación entre las partes. En Togo, los jueces podían actuar como conciliadores en cuestiones civiles. En Nueva Zelanda, donde las comunidades de las islas del Pacífico mantenían los mecanismos tradicionales de solución de controversias, una cláusula del proyecto de ley sobre justicia penal, que se examinaba actualmente en el Parlamento, estipulaba que el tribunal tendría en cuenta las ofertas de reparación que hiciera el transgresor a la víctima directamente o a través de terceros. Aunque Zambia no tenía aún tales disposiciones, se sugirió que los tribunales ordenaran el

43 A/CONF.121/4, pp. 36 y 37.

44 Ibíd., p. 38.

45 Ibíd.

pago de reparaciones a las víctimas simultáneamente con el castigo del infractor, en vez de limitarse a asegurar la reparación en el contexto de un procedimiento civil[46].

Por último, en relación a este provechoso séptimo congreso, debemos hacer referencia a las propuestas que se hicieron para la promoción de la justicia restaurativa. Así, destaca Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder[47]. Estos Principios, en el apartado relativo a "Acceso a la justicia y trato justo", así como de "resarcimiento", abrieron un amplio espacio a la visibilización de la víctima del delito y a establecer las bases para su participación en mecanismos de justicia, participación con asistencia adecuada, encuentros conciliatorios con el ofensor y reparación de los daños sufridos[48].

IV. DEL OCTAVO AL DECIMOTERCER CONGRESO (DE 1990 A 2015).

Por su parte, el Octavo Congreso de 1990[49], celebrado en un momento en que se reconocía que la delincuencia, con sus dimensiones internacionales, iba en alarmante aumento[50], se estableció como una prioridad la cooperación internacional en materia de prevención del delito y justicia penal en el siglo XXI y se hizo énfasis en las víctimas del delito, así como en la participación efectiva dentro del procedimiento tanto de éstas como del delincuente y la comunidad.

En la primera parte de las decisiones adoptadas, en el punto 27 relativo a la protección de los derechos humanos de víctimas de la delincuencia y abuso de poder, se subrayó la necesidad "de adoptar acciones y medidas preventivas para el trato justo y humano de las víctimas, cuyas necesidades con frecuencia se han pasado por alto"[51]. Además se destacó la necesidad de "fomentar la solidaridad social, para lo que se han de establecer vínculos estrechos entre los miembros de la sociedad que garanticen la paz social y el respeto de los derechos de las víctimas"[52].

46 Ibíd.

47 Aprobados por la Asamblea General en su Resolución 40/34 de fecha 29 de noviembre de 1985.

48 "Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas" (punto 7º de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder); "Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta, resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Este resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdida sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos" (punto 8º de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder).

49 Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

50 UNODC: "Congresos de las Naciones", cit., p. 9.

51 Informe Preparado por la Secretaría General de Naciones Unidas del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. A/CONF.144/28.Rev.1, p. 207.

52 Ibíd.

Asimismo, la mayoría de las delegaciones que participaron en el congreso al hacer alusión a procesos restaurativos, se refirieron a la conveniencia de recurrir más a las medidas basadas en la comunidad, en lugar de aplicar penas de privación de la libertad. Muchos de esos oradores comunicaron que la tendencia hacia una mayor aplicación de medidas sustitutorias de la prisión había cobrado fuerza en sus países, y que esto representaba, en algunas circunstancias, un retorno a prácticas de épocas pasadas como, por ejemplo, la sustitución de las penas por medidas de resarcimiento, lo que en ocasiones entraña que la familia del delincuente ayude a resarcir a la víctima en lugar de imponer penas de encarcelamiento. Asimismo se explicaron prácticas consuetudinarias de culturas en los que los conflictos podían resolverse mediante medios tradicionales como el destierro temporal, el resarcimiento y la indemnización que participaron en el congreso[53].

Uno de las acciones llevadas a cabo en el Octavo Congreso de relevancia para el estudio de la justicia restaurativa, fue la concreción del proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para las Medidas No Privativas de la Libertad (conocidas como Reglas de Tokio)[54]. En ellas, se establecen las reglas que tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como promover entre los infractores el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad[55]. En este sentido, quedan señalados los principales protagonistas de la justicia penal: la víctima, el ofensor y la comunidad.

La lectura de estas Reglas, resulta aleccionadora para comprender la evolución de la justicia restaurativa, ya que "en éstas se contienen principios y elementos básicos para apreciar el tránsito de una justicia retributiva a una justicia restaurativa[56]".

Cinco años más tarde, en el Noveno Congreso[57], se analizaron los avances sobre estas Reglas Mínimas, insistiéndose en la importancia del impulso de mecanismos que atendieran a las necesidades de las tres partes afectadas por el delito.

En este congreso[58], se expusieron por parte de Francia[59] y China[60], experiencias concretas de la práctica de la mediación en el ámbito penal como "medida sustitutiva

53 Ibíd., Apartado 27, Inciso B, Punto 149.

54 Que fueron aprobadas por la Asamblea General mediante resolución 45/110 de 154 de diciembre de 1990.

55 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para las Medidas No Privativas de la Libertad, Punto 1.1, Apartado 1.2.

56 Buenrostro Báez, R., Pesqueira Leal, J. y Soto Lamadrid, M.A.: "Justicia Alternativa", cit., p. 93.

57 Noveno Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en El Cairo (Egipto) del 28 de abril al 5 de mayo de 1995.

58 El primero en incorporar cursos prácticos de carácter técnico como parte integrante de sus actividades. En ellos se examinaron estrategias para prevenir los delitos con violencia, la informatización de la justicia penal, la función de los medios de información pública en la prevención del delito y la extradición.

59 Representada por la Sra. Toulemonde del Ministerio de Justicia.

60 Representada por el Sr. Guo, miembro del Instituto de prevención del delito y de reforma penal del Ministerio de Justicia.

del enjuiciamiento"[61] y mediación comunitaria, respectivamente. Por su parte, China puso de manifiesto la existencia de mecanismos de mediación comunitaria que permitían resolver controversias de carácter civil vinculadas a la vida cotidiana - litigios en el seno de la familia, desacuerdos comerciales, problemas de vecindad, etc.-, que evitaban la agravación de ciertas discordias y prevenían el delito[62].

El Décimo Congreso[63] fue importante para la evolución de la justicia restaurativa. En este congreso, los Estados participantes, conscientes de la necesidad de adoptar "enfoques restitutivos" de la justicia que se orientasen a reducir la delincuencia y a promover la recuperación de víctimas, delincuentes y comunidades, firmaron la denominada Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia[64].

En el Preámbulo de la Declaración de Viena, los Estados miembros afirmaron, su convencimiento sobre la necesidad de contar con programas adecuados de prevención y readaptación, como parte fundamental de una estrategia básica del control del delito, y de que esos programas deben tomar en cuenta los factores sociales y económicos que pueden hacer a las personas más vulnerables y propensas para incurrir en conductas delictivas.

Asimismo, se decidió establecer, cuando proceda, planes de acción nacionales, regionales e internacionales en apoyo a las víctimas, que incluyeran mecanismos de mediación y justicia restaurativa, fijándose el año 2002 como plazo para que los Estados realizaran sus prácticas pertinentes, ampliaran los servicios de apoyo a las víctimas y sus campañas de sensibilización sobre derechos de las víctimas, y consideraran la posibilidad de crear fondos para las víctimas, además de formular y ejecutar políticas de protección de testigos, especificándose el aliento a los Estados miembros para la elaboración de políticas, procedimientos y programas de justicia restaurativa que respetaran los derechos, necesidades e intereses de la víctima, los delincuentes, las comunidades y demás partes interesadas[65].

Además, en el Décimo Congreso, se estableció la comisión responsable de presentar para su aprobación en el año 2002, los principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa[66].

61 Informe del Secretario General de naciones Unidas sobre el Noveno Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. A/CONF.169/16, p. 72.

62 Ibíd.

63 Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Viena, Austria, del 10 al 17 de abril de 2000.

64 Resolución 55/59 de la Asamblea General, Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI.

65 Ibíd., Apartados 27 y 28.

66 En su Preámbulo afirma que la justicia restaurativa es una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, además de que favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades. Estos principios fueron aprobados en 2002 por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y ofrecen una guía importante para los

El Decimoprimer Congreso[67], también abordó el tema de la justicia restaurativa, entendiéndola como parte necesaria de la reforma de la justicia penal que todos los Estados tienen que llevar a cabo para responder a los difíciles desafíos a los que se enfrenta el sistema judicial tradicional[68]. Así, se le dedicó un Seminario a la "Potenciación de la reforma de la justicia penal, incluida la justicia restaurativa"[69]. De las aportaciones realizadas por los expertos en el seminario, se aprecia cómo la justicia restaurativa puede presentar dos dimensiones[70]:

- Como alternativa a los procesos de enjuiciamiento en la justicia penal y a la utilización del encarcelamiento como medio de imputar la responsabilidad al delincuente.

- Como complemento de los procesos más formales, entendiendo por los mismos, los procesos de justicia tradicional.

En nuestra opinión, ambas dimensiones componen una misma realidad: la justicia restaurativa, aunque esté basada, en métodos tradicionales, indígenas y religiosos existentes que la han inspirado y han sido válidos para la resolución de controversias, necesita de la existencia de un sistema de justicia penal creíble y eficaz, para que sus prácticas sean efectivas y cumplan las expectativas tanto de los Estados como de los ciudadanos. De esta forma, entendemos que, cuando sea apropiado, los Estados pueden incorporar procesos restaurativos en sus sistemas de justicia penal existentes, constituyendo un complemento de las medidas tradicionales de la justicia penal, pero nunca un sistema de justicia paralelo.

Por último en cuanto al Decimoprimer Congreso, resulta significativo también, cómo se trató el llamado "principio de moderación", como instrumento para

creadores de políticas, las organizaciones comunitarias y los funcionarios de la justicia penal involucrados en el desarrollo de respuestas de justicia restaurativa a la delincuencia en su sociedad. Su propósito fue informar y motivar a los Estados Miembro a adoptar y estandarizar medidas de justicia restaurativa en el contexto de sus sistemas legales, sin intención de hacerlas obligatorias o prescriptivas.

67 Decimoprimer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Bangkok, Tailandia, del 18 al 25 de abril de 2005.

68 En el informe que recoge las conclusiones sobre la reforma de la justicia penal, se señalan como "presiones" que soportan los sistemas de justicia penal: demandas nacionales e internacionales para resolver las cuestiones más graves de la delincuencia transnacional (terrorismo, delincuencia organizada, la trata de seres humanos, el tráfico de drogas y el tráfico de armas); la crisis de confianza pública y aumento de las expectativas de la población, que aumenta la demanda de la población de mayor seguridad e instituciones más eficientes; la percepción de que los sistemas de justicia penal no protegen a los grupos vulnerables, reconociéndose que cada vez más, las poblaciones indígenas, ciertas minorías raciales, étnicas y religiosas y las personas con discapacidades están expuestas a altas tasas de victimización delictiva y suelen estar sobrerrepresentadas en las poblaciones carcelarias; la mayor importancia que se otorga a la defensa de las víctimas, que tradicionalmente habían sido excluidas de muchas etapas de los procesos penales en algunos países; y por último, la capacidad limitada de los sistemas existentes y la falta de recursos humanos y financieros, siendo manifiestas las restricciones sobre los recursos que los países en desarrollo pueden dedicar a la justicia penal. A/CONF.203/10, pp. 4 y 5.

69 Seminario 2 del Congreso: Potenciación de la reforma de la justicia penal, incluida la justicia restaurativa, que forma parte del Tema 7 del programa provisional "Puesta en práctica de la normativa: cincuenta años del establecimiento de normas en materia de prevención del delito y justicia penal".

70 A/CONF.203/10, p. 6.

evitar la utilización excesiva de la pena de prisión[71]. En el seminario se reconoció sin reservas, que tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo, el encarcelamiento se debe utilizar sólo cuando "ninguna otra sentencia permita lograr los objetivos de justicia"[72]. Este principio de moderación ha sido codificado en muchas jurisdicciones, entre ellas Canadá, Finlandia, Nueva Zelanda, Reino Unido e Irlanda[73]. Se corresponde con los objetivos de la justicia restaurativa, siendo obvio que la reintegración del delincuente en la comunidad es más difícil si se encuentra recluido en un instituto correccional.

Ello sin obviar, que el encarcelamiento es una de las opciones de sentencia menos eficaces en función del coste[74]. Si bien puede ser necesario para los casos más graves, normalmente ofrece a las víctimas beneficios tangibles muy pequeños salvo la satisfacción de saber que se ha castigado al infractor. En este sentido, se recomienda "potenciar la reforma de la justicia penal"[75] promoviendo, cuando sea apropiado, la utilización de:

- Programas de remisión de casos previa al juicio llevados a cabo por la policía[76].

- Programas de remisión, bajo la tutela del Ministerio Público[77], a fórmulas desjudicializadoras.

- El enfoque de moderación con respecto a la privación de libertad.

- Sistemas para computar las duraciones de las condenas de privación de libertad con la capacidad de las cárceles, para evitar el hacinamiento.

71 La prisión es una parte importante e integral del sistema de justicia penal en todos los países. Pese a la adopción de principios que alientan el desarrollo de medidas con base en la comunidad y enfoques restaurativos, la sanción punitiva sigue siendo la característica central de la mayoría de los países, y el encarcelamiento, el método más común de llevarla a la práctica. Cuando se usa correctamente, la privación de libertad desempeña un papel de importancia crítica en el mantenimiento del principio de legalidad al contribuir a asegurar que los delincuentes sean llevados ante la justicia y sufran una sanción por actos delictivos graves. En el mejor de los casos, la prisión puede ofrecer una experiencia humana y brindar a los reclusos la oportunidad de recibir asistencia para su rehabilitación, lo cual puede reducir el riesgo de reincidencia. En el peor de los casos, la prisión puede ser escenario de graves violaciones de los derechos humanos, incubadora de enfermedades o simple estación de paso de la cual los reclusos vuelven a la sociedad muy mal preparados para vivir sin conflictos con la ley. A/CONF.213/13, p. 3.

72 Ibíd.,p. 10.

73 Ibíd.

74 El informe del Seminario señala a modo de ejemplo, que en un país desarrollado como Canadá, el encarcelamiento cuesta aproximadamente 50.000 dólares americanos por recluso y año.

75 Tal y como afirma Tonry Sonosky, es imprescindible, para una verdadera implantación de la justicia restaurativa, operar en cada uno de los Estados una reforma del sistema de justicia penal. Tonry Sonosky, M.: *Thinking about Crime: Sense and Sensibility in American Penal Culture*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 220.

76 Estos programas son particularmente eficaces en los casos relativos a jóvenes en conflicto con la ley.

77 Con el ejercicio del principio de oportunidad, el Ministerio Público puede resolver que no es conveniente ejercer la acción penal y, como consecuencia, desistir de la acusación y optar por una solución alternativa del conflicto fuera del sistema judicial, si así lo prevé la ley para determinados casos. Ejerciendo esta facultad, se le otorgaría calidad de excepción al *ius puniendi* del Estado, en cuanto a la obligación de perseguir las conductas delictivas.

Por su parte, en Duodécimo Congreso de Naciones Unidas celebrado en el año 2010 en Salvador (Brasil), del 12 al 19 de abril de 2010, se trató la importancia de la justicia restaurativa, tanto en el ámbito de la prevención del delito como de la actualización de conductas delictivas. Además, se incorporó un tema novedoso en relación a las prácticas restaurativas: la participación de testigos que, dependiendo de los casos que hayan presenciado, tienen derecho a participar en procesos restaurativos[78]. Así, en las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños y víctimas y testigos de delitos se señala que, mientras sea posible, deben recibir una reparación a fin de conseguir su plena indemnización, reinserción y recuperación, para lo cual se deben fomentar procedimientos penales y de reparación, combinados junto con mecanismos extrajudiciales y comunitarios como los de la justicia restaurativa[79].

En cuanto a menores en conflicto con la ley penal, una vez más se apoyó el principio de que la privación de libertad de los niños, debe utilizarse como medida de *ultima ratio* y durante el plazo más breve posible que sea apropiado, recomendándose una aplicación más amplia de medidas sustitutivas del encarcelamiento, medidas de justicia restaurativa y otras que sean pertinentes y promuevan la remisión de los delincuentes juveniles a servicios ajenos al sistema de justicia penal[80].

Por último, se destacó una vez más en este congreso, la fundamental participación de la comunidad en procesos restaurativos, ya que se considera que la involucración de la sociedad es vital para lograr resultados restaurativos que, a la vez, se traduzcan en una mejor convivencia en aras de hacer realidad la seguridad ciudadana[81].

El último Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal celebrado en esta materia es el Decimotercero, celebrado en Doha (Qatar) los 12 a 19 de abril de 2015, bajo el lema "Prevenir la criminalidad, clave para el desarrollo sostenible", los Estados participantes suscribieron la Declaración de Doha sobre la integración de la prevención del delito y la justicia penal[82] en la que

78 Se considera al testigo como parte del escenario donde se ha producido el delito y que, en su caso y dependiendo del tipo de delito y de la voluntad de éste a participar, podría formar parte del procedimiento restaurativo para aportar datos importantes que, a víctima y delincuente, como protagonistas del delito, podrían pasarles inadvertidos. Si bien, en algunas prácticas restaurativas centradas en la comunidad como las conferencias de comunidad o los círculos de sentencia, esta posibilidad podría ser acertada, sin embargo en procedimientos como la mediación penal, el hecho de que el testigo tenga "derecho" a participar en él, podría desvirtuar la esencia misma de la mediación, que huye de un enfoque bidimensional del conflicto centrándose en una reparación global a la víctima. Si en la práctica habitual de la mediación se limita la participación de familiares de víctima e infractor e incluso de los letrados de ambos, poco sentido tendría incluir en el procedimiento al testigo. En cualquier caso, la participación del testigo en el procedimiento restaurativo, estaría sometida a las reglas y principios que lo rigen, como cualquier de las partes.

79 Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños y víctimas y testigos de delitos. R/2005/20, p. 61.

80 Informe del 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal. A/CONF.213/18, p. 12.

81 Ibíd., p. 9.

82 A/CONF.222/L.6

reafirman su compromiso de instaurar políticas en apoyo de los sistemas de justicia penal eficaces, imparciales, humanos y responsables y de las instituciones que los integran, y reconocen la responsabilidad de los Estados Miembros de defender la dignidad humana y todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas, en particular las afectadas por la delincuencia. No obstante, y a pesar de esta Declaración de voluntades, poco refieren a la mediación en particular o a la justicia restaurativa en general. Tan sólo una mención a promover y alentar el uso de medidas sustitutivas del encarcelamiento, cuando proceda, y someter a examen o reformar los procesos de justicia restaurativa a fin de que la reinserción sea satisfactoria[83]. Esta inactividad puede considerarse, cuanto menos, como una interrupción de la tendencia de Naciones Unidas a promover con continuidad, la adecuación de las prácticas restaurativas a los sistemas penales contemporáneos.

V. CONCLUSIÓN.

Tal y como se desprende de las páginas precedentes, los congresos convocados por Naciones Unidas con toda su actividad preparatoria y normativa, han sido claves para la implementación de respuestas participativas al delito basadas en una metodología de justicia restaurativa. Así, se han propuesto programas inspirados por los valores de la justicia restaurativa, flexibles en su adaptación a los sistemas de derecho penal, a los cuales complementan, tomando en cuenta las circunstancias variables tanto en lo jurídico como en lo social y lo cultural.

De la evolución llevada a cabo en los Congresos sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, Naciones Unidas ha pretendido motivar –como nos recordaba en la Declaración de Viena sobre la Delincuencia y la Justicia- el desarrollo de políticas, procedimientos y programas de justicia restaurativa que fueran respetuosos a los derechos, necesidades e intereses no sólo de los delincuentes sino también de las víctimas y de la comunidad. De esta forma, y a través de recomendaciones, principios, declaraciones, reglas, y demás producción normativa de Naciones Unidas –sin olvidar la actividad de la Unión Europea y del Consejo de Europa en este ámbito- han promovido la aplicación de la justicia restaurativa en materia penal, lo que permite que paso a paso, se vaya logrando que fragüe en países de los distintos continentes.

No obstante, hay que reconocer que la implementación exitosa de los programas de justicia restaurativa requiere iniciativas estratégicas e innovadoras que construyan la colaboración de gobiernos, comunidades, organizaciones no gubernamentales, víctimas y delincuentes. Por otro lado, sería necesaria la apertura a una cultura jurídica favorable a este tipo de instrumentos, en la que se explore la posibilidad de adaptar las estructuras de justicia y los procesos existentes para incorporar elementos de

83 Ibíd., p. 5.

justicia restaurativa, entendiéndose esta última siempre como un complemento a los sistemas penales actuales.

BIBLIOGRAFÍA

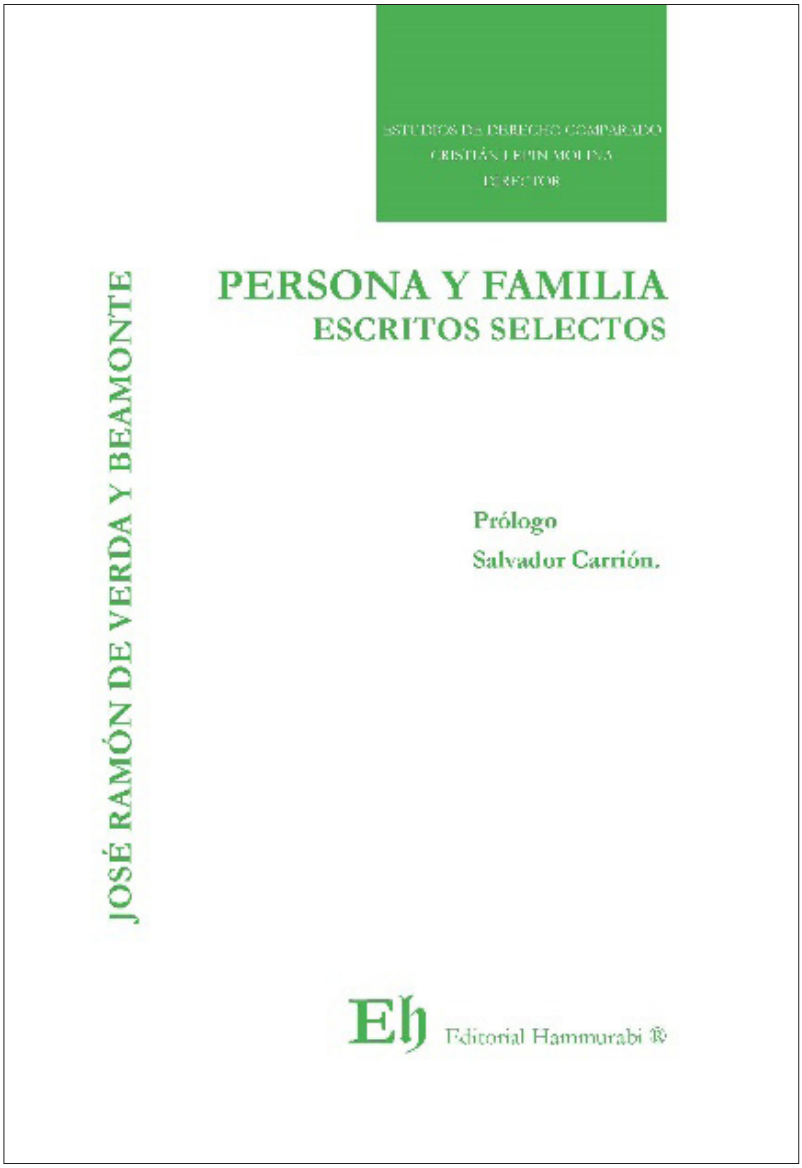
BUENROSTRO BÁEZ, R., PESQUEIRA LEAL, J. y SOTO LAMADRID, M.A.: *Justicia Alternativa y el sistema acusatorio*, Secretaria Técnica del Consejo de Coordinación para la implantación del Sistema de Justicia Penal, México, 2012.

TONRY SONOSKY, M.: *Thinking about Crime: Sense and Sensibility in American Penal Culture*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

UNODC (United Nations, Office on Drugs and Crime): *Congresos de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal, 1955-2010, 55 años de logros*, UNODC, Viena, 2013.

RECENSIONES

José Ramón de Verda y Beamonte: *Persona y Familia. Escritos Selectos*, en *Colección de Derecho Comparado* (dir. C. Lepin Molina), Hammurabi, Santiago de Chile, 2018, 497 páginas.



El Profesor José Ramón De Verda y Beamonte, Catedrático de Derecho Civil en la Universitat de Valencia (Estudio General), ha publicado una nueva obra, *Persona y Familia. Escritos Selectos,* en la República de Chile, por la Editorial Hammurabi, en

el marco de la colección "Estudios de Derecho Comparado", dirigidos por Cristian Lepin Molina.

Conocí al Profesor De Verda al inicio de la década de los noventa. Ello habría de constituir, sin duda, uno de los acontecimientos más gratos y significativos de mi vida universitaria. Sus brillantes calificaciones obtenidas a lo largo de los cinco cursos de la entonces Licenciatura en Derecho en la Facultad de la Universidad de Valencia, le hicieron merecedor del Premio Extraordinario de Licenciatura, verdadero broche de oro en la conclusión de la carrera. Se iniciaba así una brillante carrera académica, de la cual la obra que ahora se prologa es un buen testimonio, entre otros muchos.

La incorporación del Prof. De Verda al Departamento de Derecho Civil y, más concretamente, a la labor investigadora, se inició con la obtención (por concurso nacional de méritos) de una Beca de formación de personal investigador del Ministerio de Educación y Ciencia. Con ella, inició (con mi dirección) la realización de su tesis doctoral española (*Hacia una construcción autónoma de las estructuras negociales del matrimonio civil: El art. 73.4 del Código Civil*). La labor de investigación, desarrollada con extraordinaria minuciosidad y acierto, sobre un tema ciertamente difícil (al tratarse de un precepto de nuevo cuño, y que por ello carecía casi por completo de tratamiento jurisprudencial y doctrinal anterior) mereció la máxima calificación (Sobresaliente *cum laude*) por unanimidad del Tribunal juzgador, integrado por señeras figuras de la civilística española (siquiera algunas de ellas, desgraciadamente, no estén ya entre nosotros), obteniendo posteriormente el máximo galardón que una labor de investigación, constitutiva de tesis doctoral, puede merecer en la Universidad española: el Premio Extraordinario del Doctorado.

Tras las correspondientes revisiones y actualizaciones, la obra mereció ver la luz en la prestigiosa colección *Studia Albornotiana. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia*, con el título *El error en el matrimonio*, prologada por el Prof. Francesco Galgano, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Bolonia.

No me resisto a transcribir, a modo de confirmación de lo dicho, uno de los párrafos de citado Prólogo:

"El tema reclama, para quien como De Verda lo afronta en sede monográfica, una profunda cultura jurídica y, al mismo tiempo, una delicada sensibilidad social. El autor posee, y sabe utilizar simultáneamente, ambas cualidades".

Casi de modo simultáneo a la obtención de la Beca para la formación de investigadores del Ministerio de Educación y Ciencia español, el autor de la obra a la que va destinado este Prólogo obtuvo, igualmente por riguroso concurso nacional

de méritos, una de las Becas que anualmente convoca el Real Colegio de España en Bolonia. Me cabe la satisfacción de haber sido (en mi condición de "bolonio") "instigador o inductor" de esa petición, que, traducida en concesión, permitió al Prof. De Verda la obtención a su vez del grado de Doctor por esa prestigiosa Universidad, primera en el tiempo de las europeas, en el curso académico 1993-1994, esta vez bajo la batuta del citado Prof. Galgano, y abordando un tema cuya sola enunciación quizá baste para poner de relieve su dificultad y carácter intrincado y complejo (*I conflitti di diritti*).

Tras su regreso a la Universidad de Valencia, la dirección y supervisión de las tareas investigadoras y docentes del autor de la obra que ahora se prologa, correría ya a cargo del Prof. V.L. Montés Penadés, Catedrático de Derecho Civil en esta Universidad, y cuya más que notable influencia entre sus discípulos ha hecho posible hablar de una "escuela valenciana de Derecho Civil", que cuenta con amplio elenco de representantes. Bajo su supervisión, el Prof. De Verda alcanzaría la condición de Profesor Titular de Universidad y, posteriormente, tras la obtención de la correspondiente Acreditación Nacional, la de Catedrático de Universidad en el área de conocimiento de Derecho Civil.

Dada la amplitud de la materia jurídico-civil (distribuida, según la sistemática de Savigny, por una Parte General y cuatro Partes especiales, y a la cual sigue respondiendo en lo fundamental la estructura y desarrollo de los planes de estudio de nuestras Facultades de Derecho), el investigador del Derecho Civil, ha de diversificar necesariamente la temática de la investigación a desarrollar. Y esa diversificación ha de darse, asimismo, en su actividad docente. Ambas exigencias hay que entenderlas desde luego cumplidas en las actividades investigadoras y docentes del Prof. De Verda.

En cuanto al primero de estos ámbitos, sin propósito exhaustivo, sus monografías sobre *Error y responsabilidad en el contrato* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1998) y *Saneamiento por vicios ocultos: las acciones edilicias"* (2ª ed., Cizur Menor, Thomson, 2009) prologadas ambas por el Prof. Montés, vendrían a poner de relieve agilidad y soltura en el tratamiento de problemas de enjundia atinentes al Derecho de la contratación, siempre con una más que atenta mirada a la jurisprudencia, alcanzando cotas de profundidad, novedad y solidez destacables. Sirva como botón de muestra el tratamiento del "error inducido" en la primera de las monografías a que se ha hecho referencia.

Pero como se ha apuntado, su trayectoria investigadora abarca en la actualidad la totalidad del amplio espectro temático del Derecho Civil. Su extenso artículo sobre la figura del "Usufructo con facultad de disposición", publicado en *Revista de Derecho Privado*, diciembre, 2001, centraría el análisis en un precepto (art. 467 CC) sin duda capital en el marco del Derecho de cosas, por cuanto su proyección va

mucho más allá del marco del citado derecho real de goce, incidiendo incluso en el ámbito del tan debatido problema *numerus clausus-numerus apertus* en materia de derechos reales.

Numerosísimas y destacadas son asimismo sus aportaciones en materia de Derecho de familia, además de la ya citada monografía sobre *El error en el matrimonio* (obra sin duda decisiva en el tratamiento de la materia), otras muchas referidas a vertientes tan diversas como la promesa de matrimonio, relevancia de la reserva mental en el consentimiento matrimonial, también en la unión matrimonial civil, análisis de la Ley española 13/2005 (legalizadora del matrimonio entre personas del mismo sexo, desde la acertada perspectiva del libre desarrollo de la personalidad, recogido en el art. 10.1 de la Constitución), regímenes económico matrimoniales (en especial, del de separación de bienes), reproducción asistida, etc. Tampoco el Derecho de sucesiones por causa de muerte queda lejos de su análisis. Baste recordar, a título de ejemplo, y entre otras, sus aportaciones en materia de sucesión de títulos nobiliarios.

Y esta diversidad temática, como digo, hay que verla asimismo proyectada en aquellas de sus publicaciones dirigidas a la actividad docente: en la actualidad coordina, dirige y, lógicamente, participa en cuatro manuales u obras generales, pensados principalmente, de un lado, para facilitar a los estudiantes de grado los rudimentos de las distintas partes del Derecho civil y, de otro, para descargar al profesor de la tarea, tediosa en ocasiones, consistente en explicar todos y cada uno de los temas del programa, sustituyéndola con ventaja por el análisis y resolución en las clases de supuestos prácticos, encaminados a hacer posible una más adecuada asimilación de los conocimientos teóricos. Desde esta perspectiva, siempre he pensado que el análisis de supuestos prácticos, correctamente planteados y resueltos, y con frecuencia extraídos de los repertorios jurisprudenciales, constituye el mejor "banco de pruebas" de los conocimientos teóricos.

Dicho lo anterior, procede ahora ocuparse de la obra objeto de recensión. El título de la misma resulta ya de suyo sugerente: *Persona y Familia. Escritos Selectos.* Se tratan, sin duda, de dos columnas vertebrales en la labor investigadora de su autor y, asimismo, del Derecho Civil en su conjunto. Jamás olvidaré aquella definición del Derecho civil que, proveniente del maestro Felipe Clemente de Diego, con frecuencia traía a colación en las clases de primer curso el Prof. Gitrama González, y encaminada *recta vía* a poner de relieve ese carácter esencial y básico de nuestra disciplina en el marco de los estudios jurídicos. No creo haya perdido un ápice de su vigencia pese al tiempo transcurrido desde su formulación:

"El Derecho civil es el que regula las relaciones más comunes y ordinarias de la vida: la persona, la familia y el patrimonio".

Siempre me llamó la atención la definición en sí, pero también el orden seguido por aquél prestigioso civilista de la entonces llamada "Universidad Central" (actual Universidad Complutense) en la enumeración de las partes del Derecho civil: *persona, familia y patrimonio*. ¿Cómo negar la importancia del llamado "Derecho civil patrimonial", con sus dos grandes sectores Derecho de obligaciones y Derecho de cosas, cuya intercomunicación señalara tan acertadamente el Prof. Díez Picazo?, pero con todo la realidad primaria de la que se ocupa el Derecho civil sigue siendo, como no podría ser de otro modo, la persona y, como emanación de la persona misma, la familia: la obra que se prologa se inscribe decidida, y acertadamente, en esta línea. Y todo ello en plena consonancia con la Constitución española, cuya quintaesencia hay que radicar en su artículo 10.1 (dignidad de la persona, derechos inviolables que le son inherentes, libre desarrollo de la personalidad…), lo que ha hecho posible las constantes referencias de los especialistas a la clara dimensión axiológica del texto constitucional español.

Una ojeada, aun rápida, al sumario o índice de la obra, insisto, sin elemento adicional alguno, permite ya obtener una primera e importante conclusión, positiva desde luego, acerca de ella: la indiscutible actualidad de la totalidad de los temas que en ella se abordan.

En el primero de los capítulos, el autor aborda la temática de los que denomina "derechos fundamentales de la personalidad". Se trata de un maridaje acertado, a lo que creo, y que conlleva tomar partido en la polémica de si debe hablarse de "derechos fundamentales" y de "derechos de la personalidad" como categorías contrapuestas. Presupuesta desde luego la inexistencia de absoluta coincidencia entre ambas categorías (no todos los derechos de la personalidad permitirían su calificación como fundamentales, y a la inversa), el referirse a "derechos fundamentales de la personalidad" resulta una acotación de todo punto exacta. Por lo demás, la importancia del art. 18 de la CE y de la LO 5/1982 que lo desarrolla no parece precisen de mayores comentarios.

En este capítulo I, y dada la improcedencia e imposibilidad de entrar aquí en un análisis pormenorizado, de todos y cada uno de sus aspectos, destacaría quizá el tratamiento atinente a la eficacia privada de los derechos fundamentales. En sede de garantías jurisdiccionales de tales derechos, resultaría superfluo referirse a la posibilidad de interponer recurso de amparo (*ordinario* y, en su caso, *constitucional)* contra actos de los poderes públicos que violen tales derechos fundamentales (parte dogmática de nuestra Constitución), no es posible hacerlo frente a las leyes (aunque sí contra un acto de aplicación de una ley), ni tampoco contra actos de los particulares. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional viene entendiendo que, cuando los poderes públicos no han reaccionado debidamente frente a la lesión de tales derechos llevada a cabo por particulares, se desemboca necesariamente en un

descuido por cuanto se refiere al deber de protección de derechos fundamentales, e imputándose entonces a los propios poderes públicos y, más en concreto, al juez que no ha tutelado adecuadamente el derecho vulnerado, la vulneración de aquél. Ante esta tesitura, ¿cabría hablar en puridad de eficacia privada de tales derechos? Razonable parece el punto de vista del autor, según el cual sea de modo directo, o indirecto (a través en tal caso de la imputación al juez de esa inadecuada tutela del derecho), parece venga a desembocarse en la admisión de esa eficacia privada.

El capítulo II se dedica a un tema asimismo nuclear: la conciliación entre, de un lado, las libertades relativas a los procesos de comunicación entre personas (expresión e información) y aquellos derechos fundamentales de la personalidad (en la terminología del autor) que más frecuentemente colisionan con aquellas. Es sabido que el carácter institucional de la libertad de expresión, como garantía de una opinión pública libre, ha servido al Tribunal Constitucional para argumentar la posición preferente de las libertades del art. 20.1 CE frente a otros derechos, especialmente frente a los derechos de la personalidad (María Salvador). No obstante, el autor lleva a cabo un detenido análisis, y del que infiere la que él llama "una nueva sensibilidad jurisprudencial", encaminada a una protección más enérgica de los derechos de la personalidad en los supuestos de colisión a que se ha hecho referencia. Cuidadoso en el uso de los términos, su indagación no le lleva a hablar de "nueva doctrina", sino más prudentemente de una "nueva sensibilidad".

Un carácter más tangencial, y consiguientemente menos nuclear, presenta, a mi juicio, el contenido del capítulo III ("Libertad de creación literaria y derecho a la intimidad"), y ello por cuanto la libertad de creación literaria no parece pueda, ni deba, ser considerada sino como una concreción de la libertad de expresión en ámbitos específicos.

El capítulo IV, dedicado a "La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares" (pp. 189-256), constituye sin duda una más que relevante aportación a un tema al que, quizá, cuadren tres calificativos: innegable importancia, complejidad suma, y escasa o nula elaboración en sede jurisprudencial y doctrinal.

Todavía para muchos la puesta en conexión de los términos "responsabilidad civil" y "familia"-"ámbito familiar"), resulta cuanto menos extraña, no faltando asimismo pareceres autorizados que directamente la niegan (Martín Casals). Decididamente me inclino por su admisibilidad. No parece quepan dudas en cuanto a que ese considerar compartimentos estancos familia y responsabilidad civil, tenga mucho que ver con el modelo de familia patriarcal, propio del Código napoleónico de 1804 (por no remontarnos más allá del siglo XIX), que en sus líneas maestras se acogió por nuestro Código civil (1889), y que con leves retoques (reformas del CC por las Leyes de 24 abril 1958, y 2 de mayo 1975), habría de subsistir en lo fundamental hasta la entrada en vigor de la CE de 1978, siquiera

la reforma no fuere operativa hasta que lo hizo la Ley de 13 de mayo 1981, que juntamente con la de 7 de julio del mismo año, modelaron el nuevo Derecho de familia español.

Ciertamente que habría de contrastar la envergadura del cambio con la rapidez con que se hizo (Bercovitz), pero la razón hay que hallarla en el choque frontal entre de un lado los preceptos del Código en materia de relaciones familiares, de un lado, y los valores, principios y normas del texto constitucional, de otro).

El autor aborda aquí, de forma encomiable, supuestos tan diversos entre sí como la ruptura de la promesa de matrimonio; la causación dolosa o negligente de la nulidad matrimonial; el incumplimiento de los deberes conyugales, y la obstaculización de las relaciones del otro progenitor con los hijos comunes. Su sola enunciación constituye ya, en mi opinión, el mejor de los alegatos a favor de la admisibilidad de ese "nexo" (que defiendo) entre "Derecho de daños" de un lado y "relaciones familiares" de otro. Con todo, quizá podrían haberse abordado algunos otros supuestos indudablemente generadores de responsabilidad en el marco de las relaciones familiares, como los constituidos por conductas como las agresiones sexuales dentro del matrimonio (violación de la propia esposa, abusos, empleo de amenazas o coacciones directa o indirectamente encaminadas al mantenimiento de relaciones sexuales), y asimismo (suprimida por la Ley 54/2007, la facultad de los padres de "corregir moderadamente" a los hijos), los hipotéticos excesos cometidos sobre la integridad física o mental de sus hijos por parte de algunos progenitores que, equivocadamente, crean todavía les asista esa facultad de corrección (y ello desde la causación de lesiones al simple "cachete").

La circunstancia de que tales hechos sean constitutivos de delito (grave o menos grave), y, consiguientemente, de responsabilidad civil proveniente del mismo, no parece que sea óbice para que asimismo una tal responsabilidad cupiera de algún modo encuadrarse también en el ámbito de las relaciones familiares, por ser este el marco convivencial en el que necesariamente se habrán desarrollado los hechos generadores de responsabilidad.

Su aportación tiene además un interés que, a lo que creo, vendría a unirse al fundamental o básico representado por el criterio de admisibilidad de la responsabilidad civil en el marco de las relaciones de familia. Me refiero a la toma de postura del autor por cuanto se refiere a la plena juridicidad de los deberes conyugales (en particular, los contenidos en el art. 68 del CC). Y es que la incoercibilidad de los mismos se ha venido dejando sentir, como una pesada losa, sobre su misma naturaleza: ¿cómo no recordar el aserto según el cual se trataba de deberes "morales" antes que "jurídicos"?, pero la exactitud del aserto, unida a la ya apuntada incoercibilidad de aquellos, quiérase o no, quizá haya terminado por desembocar prácticamente en la negación de la juridicidad de los mismos, o,

a lo más, y aun admitiéndola, concluir que ante tales incumplimientos, no quepa sino instar la disolución por divorcio o, en su caso, la separación, excluyendo así cualquier resarcimiento, dada la imposibilidad de considerar como tal la facultad del cónyuge agraviado en orden a instar la disolución de su matrimonio por divorcio (pero, ¿cómo negar, por ejemplo, la juridicidad del deber de mantenimiento de relaciones sexuales entre los cónyuges, siquiera ese deber venga contenido en los indudablemente más amplios de convivencia y fidelidad mutua?, ¿resultaría descabellado sostener que, ante un tal incumplimiento, el cónyuge agraviado carezca de derecho alguno a resarcimiento, al margen claro es de la posibilidad de solicitar la disolución por divorcio?, la calificación de *contrato*, predicada desde siempre para el matrimonio por los canonistas, siquiera claro es en el sentido de acuerdo de voluntades, que engendra derechos y deberes recíprocos entre los cónyuges, ¿acaso no haría posible sostener la posibilidad misma de ese resarcimiento, por (digamos) incumplimiento contractual?

El capítulo V se dedica a un análisis crítico de la experiencia jurídica española en materia de filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida, transcurridos ya treinta años de la aprobación de la primera de las leyes sobre la materia (la Ley 35/88).

Se adentra aquí el autor en una temática que, no por ser indudablemente jurídica, deja de ofrecerse frontera con la Bioética y el Bioderecho. En nuestro ordenamiento, se han venido sucediendo una serie de leyes referidas tanto a las técnicas reproductivas como a la utilización de embriones y fetos humanos. A su vez, la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ha ido acompañada por diferentes pronunciamientos jurisprudenciales. Por lo demás, la temática en este ámbito presenta dos notas indudables: amplia, de un lado, y polémica, de otro. Inseminación artificial, fecundación *in vitro*, con transferencia de embriones, transferencias intraubáricas de gametos, fecundación *post mortem*, gestación por sustitución… forman un amplio abanico, que el autor analiza (acertadamente, a mi juicio) desde la perspectiva estrictamente jurídica, lo que no significa desde luego ignorar sus implicaciones de conciencia, y ello tanto cuando la misma se basa en creencias religiosas como cuando venga apoyada en otro tipo de convicciones determinantes de la conducta humana (Ciáurriz Labiano).

En cualquier caso, el análisis que se lleva a cabo presenta, a mi juicio, dos características: exhaustividad en el tratamiento de las cuestiones, y una certera visión del panorama jurisprudencial tantas veces inseguro en este marco.

"El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", constituye el contenido del capítulo VI de la obra.

A fin de no extenderme demasiado, quizá baste una triple consideración, la primera es: la sola enunciación del título resultaría de suyo suficiente (tratándose, claro es, de un jurista) para poner de relieve la importancia misma del estudio. De otra parte, el derecho de uso (en cuanto derecho real de goce), pertenecía a esquemas económicos del pasado. Su vigencia práctica según los patrones del Código Civil venía siendo prácticamente nula. Su relativa "resurrección" (apropiándome de un término de Lasarte Álvarez) hay que atribuirla así, de un lado, al carácter gravísimo que presenta el problema de la vivienda familiar en los supuestos de separación y divorcio, y, en estrecha conexión con el anterior, el atinente a la liquidación de la sociedad de gananciales; y, finalmente, la tercera tiene que ver con la densidad misma del estudio, su aparato de citas y bibliográfico, que lo convierten así en aportación de indiscutible valor.

El capítulo VII lleva por título "Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española".

Resultaría ociosa cualquier consideración respecto del interés y actualidad, más que sobrada, acerca de la temática descrita en el capítulo al que acaba de hacerse referencia. La vigorosísima realidad jurídica constituida por las uniones de hecho en nuestro país es de todo punto innegable, y desde luego no parece aventurado suponer un incremento de tal fenómeno en un futuro inmediato.

No es este el momento ni el lugar de entrar en consideraciones de carácter sociológico ni jurídico acerca de esta realidad: junto al debilitamiento progresivo en las concepciones sociales actuales de la idea misma de *compromiso*, unida claro es a una dimensión en el tiempo de aquél, quizá haya que reparar asimismo en el posible "efecto reflejo" que, en orden al crecimiento de la unión de hecho, quepa atribuir a los cambios acontecidos en nuestra legislación matrimonial: reducida extraordinariamente la estabilidad y consistencia del vínculo matrimonial, disoluble a petición de cualquiera de los cónyuges pasados tres meses desde su celebración, sin más causa que la constituida por el *hecho mismo* de la presentación de la demanda, no cabe sino concluir que, de un lado, se hayan acortado sensiblemente las diferencias entre *matrimonio* y *unión de hecho* y, de otro, desde la óptica de obviar consecuencias jurídicas inconvenientes (caso de ruptura), quizá la opción por la unión de hecho llegue incluso a presentarse más ventajosa que la representada por una unión matrimonial con un tan mínimo grado de estabilidad.

Confluye además la circunstancia de la inexistencia en nuestro país de una legislación estatal sobre uniones de hecho, frente a las doce legislaciones autonómicas en la materia (tras la declaración de inconstitucionalidad de la Ley valenciana, y la inexistencia de leyes en las CC.AA de Castilla-La Mancha y Castilla-León, siquiera dispongan de registros autonómicos al respecto), lo que conforma

necesariamente un panorama plurilegislativo y consiguientemente heterogéneo que, no sólo ofrece soluciones divergentes sobre los mismos conflictos a ciudadanos/as de distinta vecindad civil, sino que además, dada la carencia de normas de conflicto aplicables en la materia, hace sumamente difícil la resolución de un conflicto de leyes sobre la situación de una pareja de hecho.

La relevancia que el panorama descrito haya de tener, necesariamente, en orden al juego de la autonomía privada, se impone por evidente. O dicho de otro modo, es precisamente esa misma diversidad la que determina, favorece, e intensifica el papel de los pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho.

El último de los capítulos de la obra se encabeza desde luego con un sugerente título, siquiera no desprovisto de un cierto grado de decepción, que quizá cupiera predicar incluso del propio autor, carente de la vecindad civil valenciana ("¿Qué es lo que queda del Derecho civil valenciano en materia de familia?").

En algún otro lugar mantuve, y ahora lo reitero, que la raíz misma de los problemas, frustraciones, desilusiones, que tienen que ver con el Derecho Civil Valenciano, arrancan de una gran inconsecuencia: la constituida por la circunstancia de que el vigente Estatuto de Autonomía de la CV pasara, sin problema alguno, los llamados en el argot jurídico "filtros" de constitucionalidad. Que, consecuentemente, se legislara por el Parlamento autonómico en sentido plenamente conforme al contenido del EA (tras la reforma de 2006), para posteriormente sufrir una cascada de declaraciones de inconstitucionalidad de esa misma legislación por parte del máximo intérprete de la Constitución.

El agravio comparativo respecto de otras CCAA del Estado español resulta, a lo que creo, innegable y patente.

Sea de ello lo que fuere, el autor lleva a cabo un minucioso y documentado análisis (con inclusión de los votos particulares) de las tres sentencias del Tribunal Constitucional respecto de las Leyes 10/2007, de Régimen económico matrimonial valenciano; 5/2012, de Uniones de hecho formalizadas, y 5/2011, de Relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, haciendo objeto de especial consideración el alcance de la expresión "situaciones jurídicas consolidadas".

Enhorabuena cordial al Prof. De Verda por esta obra.

Salvador Carrión, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia (Estudio General)

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 519 páginas.

El libro cuya recensión ocupa estas páginas es fruto de la tesis doctoral que tuve el placer de dirigir a Pedro Chaparro Matamoros, hoy Profesor Ayudante Dr. del Departamento de Derecho Civil de la Universitat de València.

Dicha obra constituye un concienzudo estudio doctrinal de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España, que se ve enriquecido, en la práctica, con el análisis de más de un millar de resoluciones judiciales, procedentes no sólo de España, sino también de Italia y de Portugal, países en los que el autor completó su trabajo durante el desarrollo de sendas estancias de investigación en las Universidades de Salerno y de Catania (Italia), y en la Universidad de Coimbra (Portugal).

La elección de dicho tema como cauce para el desarrollo de su tesis doctoral obedeció a razones de índole práctico, observadas tras un estudio de la capacidad económica de la familia una vez se producía la ruptura de la convivencia en común por parte de sus miembros. Así, el autor de la obra observó que, de un tiempo a esta parte, y como consecuencia de la crisis económica cuyas consecuencias se dejaron sentir en todo el mundo (y, especialmente, en España), el actual art. 96 CC resultaba manifiestamente incapaz para regular la totalidad de situaciones que pueden producirse en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar.

Por un lado, dicho precepto resulta insuficiente porque está pensado para el caso de concederse una custodia monoparental de los hijos menores de edad, por lo que carece de eficacia para regular los casos en que se conceden custodias compartidas. Además, en los casos de concesión de una custodia monoparental, la norma también se ha revelado insuficiente, si se tiene en cuenta el excesivo coste financiero que supone para el cónyuge titular de la vivienda que queda despojado de su uso, el cual tiene que hacer frente a numerosos gastos; entre ellos, las eventuales pensiones de alimentos y compensatoria que deba satisfacer, el arrendamiento de una nueva vivienda o el pago de las cuotas del préstamo hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda familiar, gastos a los que debe hacer frente, posiblemente, en una situación de precariedad laboral y económica, lo que complica sobremanera la satisfacción de todos ellos.

La importancia del tema ha llamado, como no podía ser de otra manera, la atención de la doctrina, existiendo obras recientes que ponen de manifiesto el interés de la materia, como son, entre otras, las dirigidas por los profs. Lasarte Álvarez y Cervilla Garzón (*Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018); la dirigida por el prof. Cerdeira Bravo de Mansilla (*Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar,* Reus, 2017), o la monografía de la prof. Ordás Alonso (*La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes,* Bosch, 2018).

Entrando ya de lleno en el análisis de la obra reseñada, cabe decir que la misma se compone de ocho capítulos. El capítulo primero consiste en una introducción a los conceptos que se irán desarrollando a lo largo de la obra, advirtiendo al lector, antes de nada, de la situación económico-social que justifica la realización de una

reflexión crítica de la utilidad del art. 96 CC, el cual, como hemos avanzado ya, no ofrece soluciones para regular la totalidad de situaciones que se pueden producir tras la crisis familiar.

Junto a lo anterior, el autor también realiza en el capítulo primero una observación a la clásica importancia del concepto de vivienda familiar en la materia. Desde esta perspectiva, propone una reinterpretación del mismo que abogue por la justicia material, manifestando la necesidad de ponderar todos los intereses en juego, y no sólo el interés superior del menor a seguir residiendo en la misma. Así, parece ilógico atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que posee otras viviendas que garanticen adecuadamente la necesidad habitativa de los menores, y privar del uso de aquélla al cónyuge titular de la misma. De esta circunstancia vienen dando cumplida cuenta algunas legislaciones autonómicas, como por ejemplo el art. 233-20.4 CCCat. o el art. 12.3 de la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

Una última cuestión destacable del capítulo primero es la reflexión crítica acerca del concepto de "interés superior del menor". Tradicionalmente, tanto doctrina como jurisprudencia han entendido que se ofrece mejor cobertura a dicho interés superior del menor si los hijos menores de edad continúan residiendo en la vivienda familiar, con exclusión de la valoración de cualquier otra circunstancia concurrente en el supuesto. En este sentido, el mantenimiento a toda costa del menor en su entorno habitual puede ocasionar perjuicios desmedidos al progenitor titular de la vivienda familiar, algo que se puede paliar con la atribución de otra vivienda de que disponga la familia, a pesar de suponer ésta un cambio de entorno del menor. Y es que la presunción de que el cambio de vivienda es perjudicial para los menores no puede sostenerse en diversas ocasiones: piénsese, por ejemplo, en el caso de que el hijo sea todavía un bebé, en cuyo caso no tiene aún conciencia del entorno espacio-temporal que le rodea; o que la vivienda alternativa en la que pudiera residir estuviera en una finca contigua o muy próxima a la de la vivienda familiar.

El capítulo segundo de la obra es un capítulo transversal y necesario para una mejor comprensión de los diversos problemas que se plantean a lo largo de la misma. Se trata de un estudio de carácter exhaustivo del derecho de uso de la vivienda familiar. Así, en un primer momento, el autor analiza su naturaleza, concluyendo que la misma no es inamovible, sino que, según los casos, y atendiendo al derecho del que dimana dicho derecho de uso, puede configurarse como un derecho real o personal. Sea como fuere, de lo que no cabe duda es de que se trata de un derecho susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad y, en consecuencia, oponible a terceros. Así lo han entendido tanto la doctrina, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Incluso, la posibilidad de inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar en el Registro de

la Propiedad ha sido contemplada legalmente (art. 233-22 CCCat.), y está prevista también en la redacción del nuevo art. 96.8 CC dada por el "Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia".

Otra cuestión relevante que se plantea en este capítulo segundo de la obra es la relativa a la eventual adjudicación del uso de la vivienda familiar al cónyuge no arrendatario. La cuestión que se plantea aquí consiste en determinar si la atribución del uso de la vivienda familiar arrendada al cónyuge no arrendatario consiste en una mera cesión del uso de la vivienda, o si, por el contrario, existe una auténtica subrogación en el contrato de arrendamiento. La cuestión, ya planteada a la luz de la LAU 1964, no fue resuelta en su día por la LAU 1994. Sin embargo, en la actualidad, la nueva redacción del art. 15.1 L.A.U., dada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, ha aclarado en parte la cuestión, si bien deja algún cabo todavía sin atar. Así, dicho precepto contempla la subrogación en el contrato de arrendamiento del cónyuge "a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento". Esta situación viene a salvar, desde luego, la posibilidad de no renovación del contrato por el cónyuge titular del arrendamiento no usuario de la vivienda.

En cualquier caso, y a pesar de lo deseable de la aclaración, la reforma del precepto no se puede calificar sin reparos de satisfactoria, pues no contempla el supuesto de que la atribución del uso de la vivienda arrendada se haga por un periodo inferior al periodo que resta para la finalización del contrato de arrendamiento, en cuyo caso, y como afirma el autor, habrá de concluirse, de una lectura *a sensu contrario* del precepto, que en dicho supuesto únicamente tendrá lugar una mera cesión del uso de la vivienda arrendada, y no, en cambio, una subrogación contractual.

En otro orden de ideas, el capítulo segundo de la obra contiene asimismo una referencia a un fenómeno que ha proliferado en la actualidad, habida cuenta la escasez de medios de los jóvenes para independizarse. Nos estamos refiriendo a la cesión por parte de los padres del uso de una vivienda a su hijo para que conviva en ella junto a su cónyuge e hijos (nietos, a su vez, de los cedentes). La cuestión nunca ha estado exenta de problemas y de interpretaciones dispares, prevaleciendo principalmente dos, a saber: entender que se trata de un contrato de comodato, o de un precario, siendo, desde luego, sus consecuencias muy distintas. En cualquier caso, la lógica jurídica ha acabado imponiéndose, y el Tribunal Supremo mantiene desde la STS núm. 910/2008, de 2 de octubre, si bien con alguna excepción, que "La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista".

Para concluir con el capítulo segundo, resta realizar una referencia a la cuestión de la temporalidad del derecho de uso de la vivienda familiar, en relación con la cual existen dos posiciones mayoritarias y, a la vez, contrapuestas; de una parte, entender que el derecho de uso se extiende hasta la mayoría de edad del último de los hijos; la segunda, por su parte, entiende que la mera mayoría de edad no es óbice para que pueda prolongarse dicho derecho de uso si sigue existiendo dependencia económica de los hijos respecto de los padres, siempre y cuando dicha dependencia no sea imputable al descuido y a la desidia de los hijos en su propia formación y/o búsqueda de empleo. En esta línea se pronuncian dos de los textos legislativos más recientes en la materia, como son el art. 12.5.II de la citada ley vasca de relaciones familiares y el art. 96.3.I CC redactado por el Anteproyecto.

Para el autor, la segunda postura es más acertada, lo que fundamenta de una manera impecable, tanto desde un punto de vista jurídico, como fáctico. Desde esta última perspectiva, el autor hace referencia a la tardía independencia de los jóvenes, lo que se traduce en que, hoy en día, la necesidad de vivienda no desaparezca con la adquisición de la mayoría de edad; al contrario, la situación de dependencia económica se suele prolongar durante varios años más, en los cuales los hijos finalizan su formación universitaria o profesional. Todo ello, desde luego, por contraposición a los estándares sociales de unas décadas atrás, tiempo caracterizado por una pronta incorporación al trabajo, lo que otorgaba la posibilidad de obtener la independencia económica respecto de los padres a unas edades más tempranas.

El siguiente capítulo de la obra es el capítulo tercero, dedicado a una aproximación a los Derechos italiano y portugués sobre la materia. Así, el autor compara la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España con Italia y Portugal, estableciendo las semejanzas y diferencias de la materia con los referidos países.

En concreto, en relación con Italia, no existen grandes diferencias en el régimen jurídico de atribución del uso de la vivienda familiar. Éstas, básicamente, se sustancian en dos: a) por una parte, las soluciones que ofrece el Derecho italiano resultan de mayor pobreza y rigidez que las que ofrece el Derecho patrio, y ello, como consecuencia de la ausencia en el país transalpino de legislación autonómica en materia de relaciones familiares; b) por otra parte, en Italia no existe una disposición similar al art. 96.III CC, de forma que no se protege al cónyuge no titular cuyo interés fuera el más necesitado de protección, habiendo entendido la doctrina mayoritaria que la atribución del uso de la vivienda familiar sólo puede obedecer a intereses de tutela de los hijos.

Por lo que respecta a Portugal, sí que existen diferencias más claras respecto al régimen jurídico de atribución del uso de la vivienda familiar en España. Así, el art. 1793.1 CCP faculta al juez a atribuir la casa en arrendamiento a cualquiera de los cónyuges, a requerimiento de éste, y con independencia del título de propiedad

de la misma, teniendo en cuenta las necesidades de ambos y los intereses de los hijos. Este precepto (art. 1793.1 CCP) debe ponerse en relación con el art. 1105.1 CCP, el cual permite la sucesión en el contrato de arrendamiento del cónyuge, originariamente no parte del mismo, que haya reclamado para sí la atribución del uso de la vivienda después de la crisis familiar.

Otra diferencia considerable respecto a España, como acertadamente pone de manifiesto el autor, es que el art. 1793 CCP no supedita la atribución del uso de la vivienda familiar a la custodia de los hijos menores de edad, si bien, desde luego que este elemento será especialmente considerado por el juez a la hora de tomar su decisión, por lo que desde el punto de vista práctico la solución que se alcance será, en la mayoría de los casos, coincidente con la prevista en el art. 96.1 CC.

Corresponde ahora abordar el capítulo cuarto de la obra, el cual hace referencia al fenómeno de las uniones de hecho, cuya consolidación en la sociedad como una forma de convivencia alternativa al matrimonio exige ofrecer soluciones a la atribución del uso de la vivienda familiar en estos supuestos. En general, se ha de partir, como magníficamente hace el autor, de la premisa de que no le es aplicable a la unión de hecho, en conjunto y en su totalidad, el régimen jurídico (derechos y obligaciones) derivado del matrimonio, sin perjuicio de que sí pueda resultar, en algún aspecto concreto, aplicable alguna norma, que no exija necesariamente el vínculo matrimonial previo, por atender a otros intereses superiores. Ello es lo que ocurre con el art. 96.1 CC, que resulta aplicable a las uniones de hecho debido a la no discriminación de la filiación por razón de nacimiento que impone el art. 14 CE; es decir, no se aplica por la semejanza que podría existir entre la ruptura matrimonial y la extramatrimonial, sino por la necesidad de protección de los hijos, que en ambos casos debe ser idéntica.

Sin embargo, lo que no cabe en esta sede es realizar una aplicación analógica del art. 96.III CC, el cual, en ausencia de hijos, permite la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular, siempre que las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. En este supuesto, habrá que acudir, bien a los posibles pactos que hayan celebrado los miembros de la unión (algo infrecuente en la práctica, por no querer regular estas parejas jurídicamente su relación, como lo demuestra el hecho de no contraer matrimonio); y, subsidiariamente, a lo que decidan los tribunales, quienes, a este respecto, en ocasiones han determinado que los convivientes habían pactado, de forma tácita, la constitución de una comunidad de bienes sobre la vivienda en la que tuvo lugar la convivencia, al objeto de proteger al conviviente no titular, desde un punto de vista registral, de la misma.

Los siguientes capítulos de la obra pretenden servir de guía al intérprete y a los aplicadores prácticos del Derecho, ofreciendo una serie de criterios alternativos de

atribución del uso de la vivienda familiar y remarcando, en cada caso, el contexto en el que pueden ser más útiles y los posibles inconvenientes de los mismos.

De esta forma, en el capítulo quinto de la obra el autor analiza la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos en que se concede una custodia compartida. Entre las diferentes soluciones posibles, en la jurisprudencia y en las legislaciones autonómicas sobre relaciones familiares se han usado principalmente dos: el uso alterno de la vivienda familiar y la atribución de ésta al cónyuge más necesitado de protección. Respecto al uso alterno, se trata de una medida que no convence al autor, pues, al margen de la dificultad para gestionar conjuntamente los avatares de la vivienda, se trata de una solución que puede resultar excesivamente onerosa para los progenitores, quienes, durante el periodo en que no habiten en la vivienda familiar, deberán procurarse otra; lo lógico será que lo hagan en concepto de arrendamiento, salvo que prefieran volver, si ello es posible, a casa de sus padres.

Mejor opinión le merece al autor la otra posibilidad referida, esto es, la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor que tenga más necesidad de ella. Desde luego, no se producirían conflictos entre los progenitores como consecuencia de compartir un mismo espacio en periodos distintos, y solamente uno de ellos tendría que afrontar el gasto consistente en el arrendamiento de una nueva vivienda, lo que generaría un ahorro en el total de la economía familiar que permitiría satisfacer mejor otros gastos (como, por ejemplo, el propio alquiler de otra vivienda, al que podría colaborar el cónyuge usuario de la vivienda familiar mediante la fórmula de la compensación).

En otro orden de ideas, y en caso de ser prescindible el uso de la vivienda familiar por tener ambos cónyuges ya cubierta la necesidad de vivienda propia y de sus hijos, el juez podría no atribuir el uso de la vivienda familiar, una solución que se presenta como especialmente idónea al objeto de una mayor celeridad en la liquidación de la sociedad de gananciales.

A continuación, en el capítulo sexto de la obra se analiza la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia monoparental. Como expuse al principio de esta recensión, una de las ideas de las que parte el autor es que el art. 96.I CC no sólo se ha revelado insuficiente para regular los supuestos de custodia compartida, sino también, desde el punto de vista de la justicia material, los supuestos de custodia monoparental, por el excesivo gravamen que supone, para el cónyuge propietario o copropietario de la vivienda, la pérdida del uso y las limitaciones a su facultad de disposición de la misma.

Desde esta perspectiva, en las legislaciones autonómicas sobre relaciones familiares y en la jurisprudencia se han ido contemplando soluciones alternativas al rigor inmovilista del art. 96.I CC. Así, en primer lugar, se ha optado por consagrar

en algunas normas autonómicas una solución que en ciertos casos había aplicado la jurisprudencia menor, y que había sido criticada por algún autor por ir contra el espíritu del precepto, esto es: la limitación temporal del uso de la vivienda familiar. Por otra parte, existen también algunas medidas correctoras del tenor literal del art. 96.I CC que van, si cabe, un poco más allá, al abogar, en ciertas circunstancias, por la atribución del uso de viviendas distintas a la familiar. Ello debería valorarse seriamente si la vivienda familiar había sido cedida en precario por los suegros del cónyuge custodio, ante la posibilidad de que éstos interpongan un juicio de desahucio por precario que pudiera suponer el desahucio de los menores y, en consecuencia, que no pudieran tener garantizada su necesidad de vivienda. Esta solución tendría cabida dentro de la dicción de los arts. 233-20.6 del CCCat. y 12.6 de la Ley vasca de relaciones familiares. De la misma manera, nada debiera obstar, a juicio del autor, para la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio cuando el cónyuge custodio disponga de medios suficientes para garantizar de forma satisfactoria la necesidad de vivienda propia y de sus hijos, una solución a que, igualmente, se refieren, bien expresamente, bien de forma más genérica, los textos de las distintas leyes autonómicas de relaciones familiares. También se encuentra contemplada en la redacción del nuevo art. 96.2.II CC dada por el Anteproyecto.

En el capítulo séptimo de la obra se hace referencia a la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos económicamente dependientes. En relación con la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos económicamente independientes, el autor parte de la discutible interpretación del art. 96.III CC llevada a cabo por los tribunales, los cuales, al objeto de proteger a la mujer de edad avanzada con dificultades para reintegrarse en el mundo laboral y procurarse su propia subsistencia, realizaban una aplicación "laxa" de la temporalidad consagrada en el precepto, estableciendo periodos de uso de la vivienda familiar dilatados, e, incluso, en algunas ocasiones indefinidos. A ello contribuía, sin duda, la falta de un plazo concreto de uso, que pudiera cercenar el arbitrio judicial. En este sentido, parece más acertado optar por una limitación temporal concreta, como así ocurre en la redacción del nuevo art. 96.3.II CC dada por el Anteproyecto, que prevé un plazo de uso de la vivienda familiar de dos años. Expirado dicho plazo, deberá comprobarse si permanece la situación de necesidad; de verificarse la persistencia de la necesidad, parece razonable (como prevé el referido texto) prorrogar el plazo de uso, siempre y cuando quede acreditado que el cónyuge necesitado haya realizado esfuerzos para superar tal situación, algo que, en muchos casos, resultará difícil de probar.

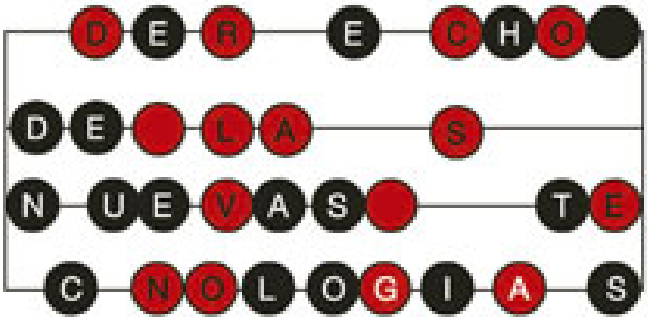
Para concluir, el capítulo octavo de la obra aborda cuestiones singulares que requieren, por su complejidad, de un tratamiento diferenciado, a saber: la atribución del uso de la vivienda familiar a hijos mayores de edad con discapacidad, y la posible atribución del uso de la vivienda familiar a otros parientes por razón de haberle sido atribuida, a éstos, la custodia de los hijos menores. Respecto del primero de

los casos, el autor entiende que no se puede equiparar el estatus del hijo mayor de edad con discapacidad (ya se encuentre ésta reconocida judicialmente, o no), al de la minoría de edad; básicamente, porque si la discapacidad no es reversible, el propietario de la vivienda familiar vería seriamente menoscabada su facultad de uso como consecuencia de la imposibilidad de usar la misma por un tiempo ciertamente prolongado. Ello no es óbice, sin embargo, para reconocer una mayor necesidad de asistencia al hijo mayor de edad con discapacidad que al hijo mayor de edad que no se ve afectado por ninguna discapacidad: para ello, habrá que atender a las circunstancias del caso concreto.

Por último, y respecto de la segunda cuestión que se aborda en este capítulo final, el autor considera que la atribución del uso de la vivienda familiar a los parientes a quienes se hubiese atribuido la custodia de los hijos menores, puede ser una solución a considerar si la vivienda de aquéllos no fuera apta para satisfacer las necesidades habitativas de éstos.

José Ramón de Verda y Beamonte, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia

Carlos Tur Faúndez, *Smart contract. Análisis jurídico,* Editorial Reus, Madrid, 2018.



SMART CONTRACTS
Análisis jurídico

Carlos Tur Faúndez
Abogado
Profesor Asociado en la Universidad de las Islas Baleares

El contrato constituye una de las instituciones más significativas de la sociedad moderna. Cuando la persona busca satisfacer sus necesidades, tanto de carácter individual como colectivo, para la adquisición de bienes y la prestación de servicios,

recurre al contrato. En efecto, la inmensa mayoría de las actividades que, en el día a día, realizamos son posibles gracias a un contrato, de mayor o menor complejidad, que, a su vez, puede ser de múltiples modalidades. Así, entre otros muchos, existen los de adhesión que son, para gran parte de la población, los más frecuentes. Se han escrito ríos de tinta en relación a la crisis que el principio de la autonomía de la voluntad ha padecido en el siglo XX y, más si cabe, en el actual. La capacidad de negociación de los particulares es cada vez más limitada. Las grandes empresas –en las que ocupan un lugar de preeminencia las suministradoras de servicios básicos- únicamente dan dos alternativas a los potenciales interesados: o contratar o no contratar, pero no se puede pactar el clausulado concreto. En otras palabras, este nos viene impuesto. Sin embargo, el día a día, pone de manifiesto que las nuevas tecnologías evolucionan a una velocidad de vértigo, llegando a espacios insospechados. Estas últimas resultan visibles en numerosos ámbitos de la realidad social como, por ejemplo, las criptomonedas o monedas virtuales. Como paradigma de las mismas podemos referirnos a Bitcoin que para operar hace uso del popular Blockchain o cadena de bloques. De hecho, son cada vez más las empresas que, para múltiples servicios, hacen uso del mismo. Una de las utilidades del Blockchain son los contratos electrónicos autoejecutables o Smart contratct (contratos inteligentes). A tal fenómeno se dedica la monografía que es objeto de reseña. El autor de la obra conjuga la docencia, como profesor asociado de las Islas Baleares, con el ejercicio privado de la profesión de abogado.

La sistemática de la obra presenta dos grandes bloques de carácter teórico: una primera parte se dedica al examen de diversas cuestiones de índole tecnológica, mientras que la segunda aborda los asuntos marcadamente jurídicos. No han de pasar desapercibidos los apartados que cierran la exposición de este sugerente libro. En concreto, se trata del anexo que incorpora un modelo de contrato legal inteligente con una indudable eficacia práctica.

El prólogo de la obra es objeto de redacción por parte del destacado catedrático de Derecho Civil D. Santiago Cabanillas Mugica. Este último, de manera acertada, señala, parafraseando al reputado profesor de Harvard LESSIG, que "el código no solamente es ley, en el sentido de norma con eficacia social reguladora, sino que también puede ser contractus lex, la ley entre las partes contratantes".

Estamos ante una materia en la que la simbiosis entre el Derecho y la Tecnología es muy significativa. Como bien apunta el autor "la disociación entre la Tecnología y el Derecho ni es simple ni es aconsejable, puesto que los contratos legales inteligentes requieren por su propia naturaleza un cambio de mentalidad jurídica". Los denominados contratos se construyen y se ejecutan mediante programas informáticos, aun cuando el usuario, no perciba dicho procedimiento.

El bloque I, dedicado a la tecnología analiza, de manera amena y rigurosa, el concepto y caracteres inherentes al Bitcoin y la cadena de bloques. En la actualidad, la única cadena de bloques pública que permite la creación de verdaderos smart contracts es Ethereum, mediante su integración en la Ethereum Virtual Machine. En este punto, procede efectuar un breve inciso a propósito de las criptomonedas cuyo arquetipo más notable es Bitcoin. Estamos frente a una práctica relativamente antigua. El intento de crear monedas virtuales, sin embargo, se remonta a los años noventa del siglo pasado, siendo sus resultados bastante limitados.

El bloque II, que versa sobre el análisis jurídico del fenómeno de los Smart contract, es el más amplio de los dos. Especialmente oportuna resulta la definición que el autor acuña de los contratos inteligentes. En este sentido, formula el concepto de que son secuencias de código y datos que se almacenan en una determinada dirección de la cadena de bloques. A juicio del autor, no son en sentido estricto, a pesar de su denominación, contratos. Son, a tenor de la definición transcrita, únicamente secuencias de código y datos.

Deben efectuarse algunas apreciaciones adicionales. Aunque el pacto o acuerdo que se celebra entre las partes puede ser escrito o redactado en lenguaje humano, al menos un porcentaje del mismo será transcrito a un código de programación que es un programa autoejecutable. En su contenido se incluyen las reglas y las consecuencias del contrato, si bien, a diferencia de los contratos decimonónicos, el mecanismo de ejecución no estará supeditado a la voluntad de las partes, sino a un programa que actuará, de forma automática, cuando identifique las reglas de ejecución. Para que pueda cursarse la orden de una respuesta automática, se debe poder programar un pago que se apoye en la cadena de bloques. Dicho abono normalmente se hará en criptomonedas. Asimismo, los contratos inteligentes presentan numerosas prerrogativas. En efecto, sus *scripts* pueden programarse en serie, de manera sencilla, al incorporarse en el Blockchain. Si se produce un evento desencadenante, presente en el contrato, se remite la transacción a una determinada dirección. Superada la complejidad inherente a la programación, actúan con celeridad, de forma sencilla, inmodificable y, sobre todo, existe una ejecución garantizada, ya que no permiten el arrepentimiento (que no debe confundirse con el desistimiento). Naturalmente, como aclara el autor, los contratos inteligentes se crean habitualmente con el objetivo de producir efectos jurídicos, siempre y cuando se den las condiciones necesarias para su ejecución automática.

Habida cuenta del principio de libertad de forma, que rige en el Derecho privado español –art. 51 del Código de Comercio-, y que en el caso concreto exista consentimiento, objeto y causa –art. 1261 Código Civil- que se plasmará en el espacio digital, concurrirán todos los elementos necesarios para que podamos reconocer la validez de un Smart contract. A mayor abundamiento, debemos

tener en consideración el principio de equivalencia funcional entre los medios de expresión escritos y los digitales.

Especialmente sugerente resulta el apartado destinado a la formación de los contratos inteligentes. En este sentido, el autor se detiene en diversos aspectos de interés como: los deberes de información previos y posteriores a la celebración del contrato; el momento de la perfección; el lugar donde se estima perfeccionado el contrato. Asimismo, analiza las particularidades que se plantean cuando el contrato se efectúa entre un empresario y un consumidor, con atención del derecho de desistimiento. En relación a este último, como dispone el autor, el derecho de desistimiento debe ser tomado en consideración por el desarrollador del programa ("contract") que se integra en la cadena de bloques e incluir en el mismo las instrucciones necesarias para que se haga efectivo.

En los contratos legales inteligentes, como en cualesquiera otros, las partes pueden pactar que la relación obligatoria esté sometida a una determinada condición. La valoración de la concurrencia de esta última se efetúa por parte de un tercero llamado oráculo. Se trata de empresas externas, respecto a la cadena de bloques, que pueden facilitar al programa cualquier tipo de información y que han creado un *software* propio que les permite interaccionar con el smart contract. Más adelante, el autor precisa que la actividad desarrollada por los oráculos en su interacción con la cadena de bloques es la de un tercero confiable e imparcial.

Uno de los aspectos más sugerentes de los contratos inteligentes son las prestaciones pecuniarias que los mismos incorporan. Esta modalidad de contratos, del mismo modo que los ordinarios, concentra, en efecto, un sinalagma en el que, al menos, una de las prestaciones puede ser calificada como económica. El problema estriba en que las diversas cadenas de bloques existentes exigen que las transacciones económicas se efectúen en su propia criptodivisa. La más conocida, como antes apuntamos, es Bitcoin (sin perjuicio de que existen otras muchas como Ethereum, Litecoin, Ripple y Dogecoin) que ha resultado no solo un medio de pago electrónico automatizable, sino también un instrumento de inversión especulativa, pero, además, de evasión fiscal y blanqueo de dinero. Gran parte de las operaciones de pago automatizado se efectúan por sistemas de criptodivisa. Aunque estas últimas carecen de estatus legal reconocido, con un mínimo de seguridad jurídica, son legales y admisibles.

Como bien determina el autor de esta interesante monografía, los Smart contract deben proporcionar a las partes información clara, precisa, exhaustiva y comprensible sobre los procedimientos mediante los que se va a desarrollar la ejecución automática de las prestaciones y su alcance patrimonial.

En definitiva, la aparición de los denominados contratos inteligentes obedece a la necesidad de dar respuesta a la progresiva búsqueda de eficacia en operaciones en masa, al aumento de micro operaciones digitales y la mayor demanda de estructuración de las operaciones en el Internet de las cosas. Los eventuales hándicap que para la expansión y normalización de esta modalidad de contratos pueden suscitarse, son de mera operativa y se reduce a la dificultad de articular sistemas de pago en red, automatizados y no susceptibles de arrepentimiento una vez que se cumplen y justifican por vía electrónica los desencadentes del pago.

David López Jiménez
EAE Business School

TÉRMINOS Y CONDICIONES DE USO DE **RBD**

1. Generalidades.

Este sitio web (www.revistabolivianadederecho.com), es propiedad de la "Fundación Iuris Tantum", entidad boliviana sin ánimo de lucro, con domicilio en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.

El uso de este sitio web implica la aceptación y el cumplimiento, por parte del usuario del sitio web, de todas y cada una de las presentes Condiciones de Uso, especialmente, del compromiso de no realizar aquellas conductas que más abajo se detallan como prohibidas. El mero acceso y/o utilización del sitio web, de todos o parte de sus contenidos y/o servicios significa la plena aceptación de las presentes condiciones generales de uso.

La "Fundación Iuris Tantum" podrá establecer limitaciones y/o condiciones adicionales para el uso y/o acceso al sitio web y/o a los contenidos, las cuales deberán ser observadas por los usuarios en todo caso.

2. Usos permitidos.

La utilización permitida del presente sitio web atiende a fines exclusivos de investigación y documentación jurídica, sin que se permita la explotación privada o comercial de ninguna de las obras que forman parte de los distintos números de la Revista Boliviana de Derecho, ya sean ordinarios o extraordinarios. Queda prohibido el uso de cualquier sistema o software automatizado para extraer datos de esta página web para fines comerciales (adquisición de datos o "screen scraping").

Ante el uso indebido y no autorizado de la presente página web, la Fundación Iuris Tantum se reserva el derecho a ejercitar las acciones que considere oportunas, incluso a instar procedimientos judiciales sin previa notificación.

3. Modificaciones de los términos y condiciones de uso.

La Fundación Iuris Tantum se reserva la facultad de modificar en cualquier momento, sin previo aviso, las condiciones generales de uso del sitio web.

4. Obligaciones del usuario.

El usuario deberá consultar y respetar en todo momento los términos y condiciones establecidos en las presentes condiciones generales de uso del sitio web. Asimismo, deberá cumplir las especiales advertencias o instrucciones contenidas en el sitio web y a obrar siempre conforme a la ley, a las buenas costumbres y a las exigencias de la buena fe, teniendo en cuenta la naturaleza gratuita del servicio del que disfruta.

5. Cláusula de limitación de responsabilidad.

La Fundación Iuris Tantum no asume responsabilidad alguna respecto a los posibles daños y perjuicios causados por el uso de este sitio web o de cualquier otro al cual se haya accedido a través de un enlace inserto en el presente sitio web.

6. Propiedad intelectual e industrial.

El presente sitio web se reserva todos los derechos sobre los contenidos, información, obras, textos, gráficos, diseños, logos, marcas, símbolos, signos distintivos, datos y servicios que ostente.

En ningún caso se entenderá que se concede licencia alguna o se efectúa renuncia, transmisión, cesión total o parcial de dichos derechos, ni se confiere ningún derecho de explotación sobre dichos elementos, sin la previa autorización expresa y por escrito de la Fundación Iuris Tantum o de los titulares de los derechos correspondientes.

7. Cláusula de legislación aplicable, jurisdicción competente y notificaciones.

Las presentes condiciones se rigen y se interpretan de acuerdo con la legislación boliviana.

Todas las controversias o diferencias con relación a la interpretación, aplicación, cumplimiento y ejecución del presente contrato, renunciando expresamente a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles, se resolverán en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial (CCAC) de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz (CAINCO), conforme a los siguientes medios: Como primer medio de solución se establece la Conciliación, la cual se regirá de acuerdo al Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO, vigente al momento de la presentación de la conciliación. Si la controversia no ha sido resuelta a través de la conciliación o persistiera parte de ella, como

segundo medio se aplicará el arbitraje institucional a efectuarse en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), al que se encomienda la administración del arbitraje conforme al Reglamento vigente a la fecha en que se presente la solicitud de arbitraje. El presente acuerdo implica la renuncia expresa a iniciar cualquier proceso judicial.

En materia penal se someten a los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia).

Todas las notificaciones, requerimientos, peticiones y otras comunicaciones que el usuario desee efectuar a la Fundación Iuris Tantum deberán realizarse por escrito y se entenderá que han sido correctamente realizadas cuando hayan sido recibidas en la siguiente **dirección.revistarbd@gmail.com**

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 Nº 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: 1°)

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.