

rBD 

REVISTA
BOLIVIANA
DE DERECHO

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

Editorial: Fundación Iuris Tantum

Santa Cruz de la Sierra - Bolivia

Pasaje Tumusla 77

Telf. +591 3 3375330

Correo Electrónico:

orlandoparada.vaca@gmail.com

info@revistabolivianadederecho.org

www.revistabolivianadederecho.org

también en **facebook**

Coordinación: Ximena Guzman Pinilla

Diseño Original: Claudia Justiniano Suárez

c_justiniano@cotas.com.bo

Indexada en:

- LATINDEX (Producido por la Universidad Nacional Autónoma de México).
- INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS (Producido por la Asociación Americana de Bibliotecas Jurídicas)
- SciELO (Scientific Electronic Library Online)

Depósito Legal: 4-3-18-06

ISSN: 2070-8157

© Derechos Reservados de los Autores

SUMARIO

14

- 01/ BREVE EXAMEN DE ALGUNOS TEMAS CONSTITUCIONALES. René Baldivieso Guzmán **(Bolivia)**
 - 02/ LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN. Pedro Chaparro Matamoros **(España)**
 - 03/ NUEVAS POSIBILIDADES DE MOVILIDAD SOCIETARIA INTERNACIONAL EN ESPAÑA. Paola N. Rodas Paredes **(España)**
 - 04/ LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA. Alan E. Vargas Lima **(Bolivia)**
 - 05/ BRANKO Y EL CASO SOSA. Otto Andrés Ritter Méndez. **(Bolivia)**
 - 06/ ADOPCIÓN, FAMILIA Y DERECHO. Rosa Moliner **(España)**
 - 07/ LA COLISIÓN ENTRE EL DERECHO AL HONOR Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN (DEBER DE VERACIDAD Y REPORTAJE NEUTRAL) José Ramón de Verda y Beamonte y Orlando Parada Vaca **(España)**
 - 08/ LA RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE Y EL SEGURO DE TRANSPORTE. Enrique Ortíz Herrera. **(España)**
- COMENTARIOS NORMATIVOS
- COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
- LA ESPADA DE DAMOCLES

Director:

Orlando Parada Vaca
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)

Consejo Editorial

Alex Parada Mendía
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)
Jerjes Justiniano Atalá
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)
José Ramón de Verda y Beamonte
Universidad de Valencia (España)
Pedro Talavera
Universidad de Valencia (España)
Rosa Moliner Navarro
Universidad de Valencia (España)
Virginia Pardo Irazo
Universidad de Valencia (España)



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.



“LAS DOS CARAS DE LA MEDALLA”

Cada ente contiene una propuesta y, al mismo tiempo, su propia negación. En todo acto social o jurídico, entonces, es posible apreciar dos caras de la medalla, la tesis que propone y la posición que la refuta, niega y contradice.

Estas dos caras de la medalla se traducen en dos visiones distintas y aparentemente dicotómicas que podemos percibir de los caminos que sigue la justicia en nuestro país, desde las instituciones educativas que coordinan, planifican y ejecutan la malla curricular académica; las aulas universitarias donde se forman los futuros juristas, juriconsultos y operadores jurídicos en general; pasando por los pocos investigadores y estudiosos del Derecho, productores de la incipiente doctrina jurídica nacional; hasta los abogados litigantes, jueces, tribunales y funcionarios judiciales.

De ese escenario se perciben las dos caras de la medalla a que hacemos referencia. Comenzaremos por la cara que nos provoca pesimismo y desaliento para terminar con la visión optimista que nos permite percibir los signos que despiertan en nosotros la esperanza que a través del ejercicio del Derecho, podemos cambiar el propio Derecho, contribuyendo a mejorar la sociedad y el funcionamiento del Estado.

Las instituciones educativas, públicas y privadas, son las principales responsables del pésimo sistema educativo diseñado para la formación de profesionales del Derecho y de los abogados en general. Las instituciones educativas, públicas y privadas, son las principales responsables del pésimo sistema educativo diseñado para la formación de profesionales del derecho y de abogados en general. Para comenzar no diferencian entre los que se gradúan como licenciados en derecho y aquellos que pretenden ejercer la profesión en estrados judiciales. Los que se forman en Derecho pueden ejercer la docencia, la carrera administrativa o el desempeño como funcionarios judiciales. Éstos profesionales no han recibido instrucción para desempeñarse como abogados litigantes, ni reciben orientación para lograr especialización o menciones especiales en las diferentes áreas del Derecho, que los habilite para un buen desempeño en la barra judicial.

Además, son tan bajos los sueldos ofrecidos a quienes ejercen la docencia que desaniman a quienes tienen vocación para ello además de formación post gradual y doctoral. En la universidad pública se califica mejor en el escalafón a quien ejerce la docencia durante 10 o 15 años, que al profesional que ha realizado trabajos de investigación y los ha publicado, y a los que han alcanzado el máximo grado académico hasta ahora reconocido: el doctorado. A los 15 años de antigüedad docente se les asigna mayor puntuación que al grado de Doctor y las publicaciones científicas. Son pocas las posibilidades de remoción de ideas y actualización académica con las nuevas corrientes doctrinarias del Derecho.

Gran parte de los profesores de la carrera de Derecho ejercen dicha actividad a tiempo residual, con escasísimo tiempo para el estudio y la investigación. Los alumnos están más preocupados por la nota y el título que por aprender. Necesitan el cartón que los habilite para “negociar” con el cliente, funcionarios y jueces. Piensan, y tal vez tengan razón, que no hace falta saber Derecho para ganar un juicio. Lo importante es saber negociar y para ello, el salvoconducto es el título de abogado.

Pero, frente a ese panorama aparentemente desolador, también percibimos con gran ilusión que existen profesionales del derecho, trabajando en instituciones de educación superior o fuera de ellas, que muestran gran entusiasmo con la investigación y la difusión de nuestra doctrina jurídica, realizando importantes aportes para ampliar el sentido interpretativo de normas sustantivas y adjetivas en aras de ensanchar los márgenes de protección y tutela de los derechos ciudadanos.

Existen también operadores jurídicos, llámense abogados, jueces o funcionarios judiciales, que se constituyen en los abanderados del romanticismo jurídico porque creen firmemente en el Derecho y buscan la aplicación de la ley al caso concreto, desde la perspectiva de los valores y principios supremos de la Constitución por encima del mandato contenido en la ley ordinaria y desterrando favorecer intereses subalternos a la primacía de la justicia.

Los pocos buenos pueden ir ampliándose en número de tal manera de poder provocar el rompimiento del círculo vicioso que está ahogando la credibilidad del ciudadano en todo el sistema judicial, pilar fundamental para conseguir y consolidar la paz y la armonía social. Recordemos que la injusticia, cuando es permanente y reiterativa, provoca reacciones insospechadas que pueden alterar el status quo y desbordarse por senderos de la repulsa y la rebelión.

Dios nos guarde que ello ocurra!

El Director



**BREVE EXAMEN DE ALGUNOS TEMAS
CONSTITUCIONALES**

BRIEF REVIEW OF SOME CONSTITUTIONAL ISSUES

Rev. boliv. de derecho n° 14, julio 2012, ISSN: 2070-8157, pp. 10-19



René
BALDIVIESO
GUZMÁN

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de diciembre de 2011

ARTÍCULO APROBADO: 19 de enero de 2012

RESUMEN: Se destaca la importancia de una Constitución; se considera fuera del texto mismo de la Constitución boliviana a su Preámbulo; óbices al ejercicio de los derechos fundamentales que ella tiene; interrogante sobre si Bolivia es un Estado o una República; Interpretación democrática del resultado de las pasadas elecciones judiciales.

PALABRAS CLAVE: Constitución, derechos fundamentales, reámbulo, estado, república, elecciones judiciales.

ABSTRACT: The importance of a constitution, is considered beyond the text of the Bolivian Constitution to its Preamble; óbices the exercise of fundamental rights that she has; question of whether Bolivia is a state or a republic.

KEY WORDS: Constitution, fundamental rights, preamble, state, republic, judicial elections.

SUMARIO.- Introducción. Preámbulo de la Constitución boliviana. Bolivia, ¿Estado o República? Derechos fundamentales. Otras limitaciones a los derechos fundamentales. Elecciones judiciales.

INTRODUCCIÓN.

A partir del 7 de febrero de 2009 entró en vigencia la Constitución Política del Estado (CPE), naturalmente con un texto nuevo, instituciones igualmente modificadas más un amplio catálogo de derechos fundamentales. Es cierto que hubo una reforma total de la Ley Fundamental, aunque no siempre ello puede significar cierto avance de la normativa jurídica en el país o un cambio positivo, o una perspectiva más promisorio en el sentido de que las instituciones jurídicas hubieran alcanzado mayor grado de perfeccionamiento en beneficio de las personas y de la colectividad.

Una Constitución condensa aspiraciones del pueblo, es la estructura básica de la organización jurídica y política del Estado y es la concreción irreversible e irrevisable – sobre todo en nuestros tiempos- de los derechos fundamentales de la persona humana, de manera que las leyes que de ella emerjan tendrán que configurar un marco jurídico-constitucional que no desvirtúe ni contradiga las garantías, medios y fines que una Constitución ha fijado para el desenvolvimiento democrático del país. Creemos por ello que la formulación de sus preceptos debe abrir una perspectiva histórica de realizaciones positivas para el individuo y la colectividad y prescindir de toda forma de radicalismo ideológico excluyente e incompatible con los derechos y libertades. Las personas, los ciudadanos, la población en general quieren tener en la Constitución, más que un documento, un instrumento que les sirva en la práctica, sin mayores complicaciones, a sus derechos e intereses legítimos y puedan utilizarla como eficaz medio de protección en cualquier circunstancia adversa. De nada serviría un texto que sólo atienda a conveniencias partidistas o a propósitos hegemónicos. La Constitución es –por otra parte- fuente generadora de leyes reguladoras del funcionamiento de las instituciones, señala patrones de conducta y, sobre todo, establece de manera precisa los derechos de las personas para su amplio ejercicio, de ahí que sus normas sean el soporte de todo el ordenamiento jurídico de un país.

• René Baldivieso Guzmán

Abogado. Hizo parte de la primera generación de magistrados titulares del Tribunal Constitucional, designado como tal por el Congreso Nacional, el 24 de julio de 1998. Renunció a la Presidencia del Tribunal el 7 de abril de 2004 y a la magistratura el 10 de enero de 2005, por razones de salud. Fue Decano del Tribunal en varios periodos. Anteriormente ejerció diversas funciones públicas, fue Diputado Nacional, Vicepresidente de la Cámara de Diputados, Miembro de la Asamblea Constituyente que sancionó la Constitución Política del Estado de 1967. Fue Fiscal General de la República, Conjuez de la Corte Suprema de Justicia y de las Cortes Superiores de Justicia de Santa Cruz y de Chuquisaca. Fue docente de la Universidad Mayor, Real y Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca y de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, de Santa Cruz. Fue Coordinador Nacional del Programa del Proceso Civil Comercial y Capacitación Judicial ejecutado por la Escuela Judicial de Costa Rica y el INALUD (ONU).

Esto que decimos, nos hace ver con alguna inquietud el nuevo texto de la Constitución boliviana que en varias de sus secciones, por su redacción y contenido, parecen más bien ser óbices a su adecuada aplicación, especialmente en el rubro de los derechos fundamentales, sobre todo si luego del 7 de febrero de 2009 fueron dictadas leyes destinadas a configurar el ordenamiento jurídico delineado por la nueva Constitución y conforme al esquema de separación de órganos que señala su art. 12: "El Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral. . ."- dice el párrafo I de este artículo a partir del cual ya no se hablará de separación de "poderes" sino de "órganos", imponiéndose el uso de este último denominativo. Además se añade el Órgano Electoral dentro de la estructura básica del Estado. En una disertación pública hicimos constar nuestra disconformidad con la sustitución del vocablo "poder" por el de "órgano"¹.

Luego de estos breves y preliminares comentarios, también de forma sucinta tocamos algunos temas constitucionales y de orden legal para ver el giro que están tomando las disposiciones dictadas en los últimos años que – según criterio nuestro- muestran cierta e inquietante prescindencia de los principios y garantías destinados a proteger los derechos fundamentales, cuestión de especial relevancia que no puede estar ausente de la preocupación de los órganos legislativos².

Preámbulo de la Constitución boliviana

Ya en el desarrollo de este corto trabajo encontramos en principio que el *Preámbulo* de la Constitución no es precisamente la introducción que justifique la instauración de un moderno Estado de Derecho con régimen democrático y objetivos claros que den un mensaje de unidad e integración de los bolivianos. Por el contrario hallamos en sus frases una mirada retrospectiva y propuestas ideológicas para explicar la refundación de Bolivia. Es cierto que constituciones de otros países han optado por tener un *Preámbulo* que al decir de los constitucionalistas chilenos Humberto Nogueira Alcalá y Francisco Cumplido Cereceda³ se lo considera "como un elemento orientador de la interpretación constitucional de carácter finalista, armónica y sistemática, además de un valor normativo limitador y vinculante respecto del desarrollo de las demás disposiciones integrantes de la Carta Fundamental". En

1 Varias constituciones, entre ellas la española, alemana, Costa Rica, mantienen la denominación de *poderes*, por ello nos mostramos partidarios de mantener el término *podería* que "jurídica y políticamente será siempre más fácil identificar en los ámbitos del legislativo, ejecutivo o judicial a quienes ejercen el poder, a quienes abusan de él, de manera que pueda tener más eficacia el control de constitucionalidad con relación a estos tres poderes..." (SUPREMACIA Y REFORMA CONSTITUCIONAL. Trabajo publicado en el libro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales: *ESTUDIOS SOBRE LA CONSTITUCION*. Aprobada el 10 de enero de 2008, pág. 331).

2 El conocido tratadista brasileño Cancado Trindade, en su libro *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, pág. 171 se refiere al punto expresando: "El derecho al orden constitucional, ligado a la realización de los derechos humanos, encuentra, pues, respaldo en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, aunque ese punto específico curiosamente haya sido poco estudiado".

3 *Instituciones Políticas y Teoría Constitucional*, Tomo II, pág. 171. Editorial Universidad de Talca. Noviembre 2001.

el caso nuestro, el *Preámbulo* de la Constitución, con una redacción alejada de estas características, al parecer no formaría parte del texto mismo por una falla técnica en su compaginación, omisión o descuido que no podrían ser subsanados fácilmente. Nos explicamos: en la publicación de la Gaceta Oficial de 7 de febrero de 2009 está la ley que promulga la nueva Constitución, pero a lo largo de su contenido no figura dicho *Preámbulo* sino en una página inicial independiente, al margen del texto mismo de la Constitución, lo que puede comprobarse desde el encabezamiento que tiene toda ley a tiempo de ser promulgada. No se inserta el *Preámbulo* de la Constitución luego de ese encabezamiento. Dice la redacción pertinente: “Por voluntad del soberano se proclama la siguiente CONSTITUCIÓN POLITICA DEL ESTADO...” y a continuación se transcribe su texto íntegro desde el art. I hasta el 411 sin incluir dicho *Preámbulo* precediendo al texto constitucional que era lo adecuado. Sostenemos, por ello, que no es parte del contenido de la Constitución. Una lectura de la Gaceta Oficial donde se la publica oficialmente nos da la razón, de manera que, en su momento, el *Preámbulo* no podría contribuir a una interpretación contextualizada de los preceptos constitucionales por estar al margen de ellos.

El *PREÁMBULO* de la Constitución de la República de Guatemala –para citar un caso dentro del derecho comparado- forma parte de su contenido y, además, se caracteriza por su elocuente tono de solemnidad⁴ y por supuesto que recoge todo el sentimiento democrático del pueblo guatemalteco. Esta comparación no sólo nos permite encontrar diferencias cualitativas sino que nos resulta ilustrativa.

Bolivia: ¿Estado o República?

La propia normativa constitucional nos lleva a formularnos esta interrogante que podría caer en lo prosaico pero que la Ley Fundamental la hace inevitable porque si bien en la práctica se ha desechado en cierto modo el uso del término *república* (Presidente del Estado Plurinacional, Fiscal General del Estado; Contralor General del Estado, etc.) sustituyéndolo por el de *estado plurinacional* para dejar “en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal”, en cambio el término *república* se encuentra escrito como precepto en nuestra Ley Fundamental, o sea que existiría la posibilidad de usar indistintamente cualquiera de los términos (*estado o república*) puesto que es en la norma suprema donde figuran ambos

4 Es muy ilustrativo para nuestro tema este preámbulo de la Constitución guatemalteca por lo que transcribimos sus partes destacadas: “Nosotros, los representantes del pueblo de Guatemala, electos libre y democráticamente, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, con el fin de organizar jurídica y políticamente al Estado, afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; reconociendo a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, al Estado como responsable de la promoción del bien común (...) inspirados en los ideales de nuestros antepasados y recogiendo nuestras tradiciones y herencia cultural; decididos a impulsar la plena vigencia de los derechos humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al Derecho. SOLEMENENTE DECRETAMOS, SANCIONAMOS Y PROMULGAMOS LA SIGUIENTE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA”. Una verdadera declaración de principios como auténtico soporte de las prácticas democráticas. (Publicación de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. 1999)

y no habría razón alguna para prescindir del término *república*. El enunciado del artículo I de la Constitución define a Bolivia como Estado Plurinacional y descarta toda identificación terminológica o conceptual con el modelo de "República". No obstante el artículo 11.I de la misma Constitución se refiere a la "República de Bolivia" a tiempo de señalar el sistema de gobierno que se adopta, o sea que la Constitución reconoce dos opciones igualmente válidas: "Estado Plurinacional" o "República de Bolivia", pues en la redacción del mencionado artículo 11.I, se proclama la "República de Bolivia" nada menos que a tiempo de referirse a la forma de gobierno. En las anteriores constituciones no se planteó alternativa de este carácter pues declarada Bolivia como República hubo siempre la posibilidad de mencionar paralelamente al Estado como organización política enmarcada dentro de la "República", sin incurrir en contradicción alguna. Así lo hace el art. 1º., párrafo I de la anterior Constitución cuando afirma que Bolivia se constituye en "República", y en el párrafo II que le sigue afirma que es un "Estado Social y Democrático de Derecho...", una secuencia lógica de este artículo para mostrar que dentro de la acepción general de "República" cabe la especial de "Estado". Tal cuestión, dentro de la nueva Ley Fundamental, significa empero algo más que señalar las características del "Estado Plurinacional..." porque en su artículo I se descarta definitivamente el uso del término "República". No obstante, lo repetimos, tenemos aquí otra alternativa planteada expresamente porque el término "República" se lo utiliza en el art. 11.I y en otros de la Constitución (arts. 146.I, 202.I; 238.3; 389.I) con las implicaciones que ello supone pues no habría por qué considerar error o escándalo invocar a la "República de Bolivia", si así está permitido por la norma suprema⁵.

Derechos fundamentales

Si bien en el texto de la Constitución encontramos un catálogo amplio de los derechos, hay preceptos que en la práctica podrían desvirtuar sus efectos y hacerlos vulnerables. Un ejemplo: dice el artículo 116 de la NCPE: "Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado". Con esta redacción se debilita el principio de presunción de inocencia al decir simplemente que se lo garantiza en el proceso si es que fuera vulnerado, añadiendo que para caso de duda se estará a lo favorable ¿Cuál el caso de duda? Aparentemente se da firmeza a este principio, pero no es así porque el condicionamiento al que se lo somete a tiempo de formularse tan invaluable garantía procesal, dará lugar a incidencias dilatorias que disminuirán notablemente la efectividad del derecho. Con la redacción del artículo, que aparentemente ratifica el principio de presunción de inocencia, se está más

5 El conocido columnista José Gramunt de Moragas, S.J. en su artículo titulado "Es la cleptocracia, estúpido", publicado en *El Día*, 5 de marzo de 2012, critica severamente una situación derivada de este problema a raíz de haber sido rechazada la inscripción de una niña a la escuela porque se le exigió al padre de familia llevar un certificado de nacimiento con el membrete de "Estado Plurinacional" y no el de "República de Bolivia" que ya no tenía valor. Interpretación abusiva porque el membrete de "República de Bolivia" tiene la validez que le confiere el texto constitucional. El columnista hizo pues una crítica correcta y justa.

bien poniendo en manos de los órganos jurisdiccionales un peligroso arbitrio que podrá ser manejado políticamente, más que con criterio jurídico, bajo la influencia o presión de los sectores oficiales en perjuicio de los derechos de las personas.

El artículo 16 de la Constitución abrogada, por el contrario, tenía una redacción más precisa y de mayor contundencia al establecer de manera incuestionable en su parágrafo I: “Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad”, entonces su aplicación no estaba reatada a condición alguna menos a un hipotético “caso de duda”.

Otras limitaciones a los derechos fundamentales

Con carácter excepcional se amplió la retroactividad de la ley en materia penal para casos especiales Mas, la nueva Constitución no lo hace para beneficiar al presunto delincuente sino a fin de investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado, en materia de corrupción; es decir que no se le da efectos favorables, más bien incurre en una flagrante contradicción dentro del mismo artículo si tenemos en cuenta que esa retroactividad, destinada a beneficiar casos excepcionales, ahora se la hace extensiva para agravarlos como lo hace el artículo 123 comentado pues incluye los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos contra los intereses del Estado⁶. Esta redacción parece inspirarse en un criterio punitivo con fines políticos antes que en uno de carácter técnico y jurídico que permita el manejo adecuado de la retroactividad dentro de la línea trazada desde antes por nuestra Constitución, en sentido de ampliar sus beneficios, de ninguna manera para agravar las situaciones, especialmente en el orden penal. De ser así resultarán desprotegidos varios derechos fundamentales si tenemos en cuenta, además, que el art. 112 de la Constitución establece la *imprescriptibilidad* de estos delitos de corrupción, de manera que tenemos dos normas constitucionales (123 y 112) con las que, en su caso y fácilmente, podrán justificarse represalias, arbitrariedades y excesos del poder político en perjuicio de los derechos fundamentales al haber incorporado a la Constitución preceptos que debilitan las garantías para el ejercicio de esos derechos en vez de hacerlas más sólidas y eficaces.

No tiene otro sentido el art. 123 de la NCPE cuando en su parte final amplia la retroactividad de la ley a los delitos de corrupción, más la imprescriptibilidad de los mismos que dispone el 112. Y esto es lo que llama la atención, porque se degrada la calidad de norma suprema que tiene la Constitución a la que debe sujetarse no solo todo el ordenamiento jurídico de un país sino la propia conducta de gobernantes y

6 Dice este artículo 123 en la parte pertinente: “La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado...”

gobernados, y ella no puede ser permisiva de actos que podrían vulnerar derechos fundamentales hasta el extremo inconcebible de que las garantías constitucionales estén restringidas por la propia Constitución.

El art. 124 – siguiendo con nuestro examen crítico de normas constitucionales – hace una tipificación más amplia del delito de traición a la patria haciéndola extensiva a otras situaciones. Recordemos que solo podía darse en caso de guerra extranjera, según la fórmula redactada en nuestras constituciones pasadas y que tuvo larga vigencia. Así lo establecía el art. 17 de la Constitución abrogada: “Se entiende por traición la complicidad con el enemigo durante el estado de guerra extranjera”. Ahora, en el citado art. 124 se añaden otros casos de dudosa y preocupante calificación como delitos de traición a la patria al indicar que comete este delito, la boliviana o el boliviano que viole el régimen constitucional de los recursos naturales o que atente contra la unidad del país, dos figuras penales abstractas de por sí que también ponen en riesgo, ni duda cabe, la seguridad y la libertad del individuo porque puede facilitar al Estado (más que todo al partido político gobernante) la imputación arbitraria de estos delitos cuando así convenga a los organismos gubernamentales, teniendo para ello la aquiescencia del Ministerio Público y de los órganos jurisdiccionales si para mayor desventura carecieran de independencia y deban dar paso a una política represiva o de persecución al adversario, por la vía judicial, algo que ciertamente no enaltece a la nueva Constitución o, mejor, a sus autores. Un verdadero retroceso en el sistema de garantías, aparte de que en el artículo comentado se percibe un tono intimidatorio. Pero no sólo eso, sino que este artículo puede resultar en el futuro un bumerán para sus mentores y para quienes actualmente están en función de gobierno o cuando dejen de ejercerla.

ELECCIONES JUDICIALES. Interpretación democrática de sus resultados.

Promulgada la nueva Constitución el 7 de febrero, la Asamblea Legislativa Plurinacional se preocupó de aprobar leyes orgánicas para regular el funcionamiento de los cuatro órganos mencionados en el art. 127. El comentario y análisis de estas leyes corresponde a otro estudio. En este trabajo sólo hacemos un examen sucinto de aquella cuestión relacionada con la conformación del Órgano Judicial que por disposición del artículo 182.I de la Constitución debe hacerse mediante sufragio universal.

Hacemos antes una breve reflexión en torno a la reforma de las leyes, tarea ineludible para ir perfeccionando las instituciones jurídicas cuya dinámica exige una constante preocupación legislativa que debe cuidar por un ordenamiento jurídico que responda a la realidad social, económica y política del país, empresa que, por

7 Dice este artículo: “El Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral. La organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos”. O sea que no están señalados los tres clásicos poderes del Estado sino cuatro órganos manteniendo la independencia y separación de éstos.

su magnitud, no es conveniente llevarla a cabo al ritmo de exigencias o caprichos políticos pues en este campo no cabe la improvisación. Recomendable, por lo mismo, que la reforma de leyes y códigos se la efectúe con el cuidado y responsabilidad adecuados, prescindiendo de la prisa, de la exigencia política o de la conveniencia personal o sectaria y cuidando que estén debidamente garantizados los derechos fundamentales de la persona.

Las elecciones judiciales que tuvieron lugar en el país el 16 de octubre de 2011 dejaron una experiencia no muy satisfactoria, sobre todo porque este proceso electoral se lo realizó dentro de un marco preestablecido dando poco margen a la libertad del votante. Su relevancia está en que el Órgano Judicial debe cumplir una delicada función en la administración de justicia, algo que es de interés superlativo para el pueblo porque constituye la garantía más sólida de la vigencia de un Estado de Derecho. Sus miembros son ahora elegidos, por mandato constitucional, mediante sufragio universal, una modalidad que no ha despertado mucho apoyo porque esta elección sirve en realidad para convalidar algo que ha sido ya definido por la Asamblea Legislativa Plurinacional la que previamente tiene que hacer la preselección de los postulantes a los cargos judiciales según lo dispone el artículo 182.II de la Constitución⁸.

Los resultados de este sufragio no favorecieron precisamente a los candidatos o postulantes porque el caudal de votos para distribuir entre ellos fue de un 42% de los electores, frente a un 55% que optaron por expresar, a través del voto, su rechazo a este proceso, algo inédito dentro de la práctica democrática que debió tomarse en cuenta porque el número de votos válidos fue superado por los votos nulos o en blanco, de manera que fue dentro de una minoría de electores que resultaron elegidas las autoridades judiciales, mientras que una mayoría se pronunció por la nulidad de este proceso.

Estas elecciones judiciales que se realizaron en la fecha señalada: domingo 16 de octubre, no dejarán de tener trascendencia aunque no precisamente por haber sido un auspicioso avance en la conformación del órgano judicial ni por constituir una forma de garantizar su idoneidad e independencia, menos para mostrar una imagen democrática del país, sino que este proceso electoral, calificado de "inédito" por sus mentores, sirvió más bien para que la ciudadanía tenga oportunidad de hacer conocer una posición de disconformidad con la política gubernamental en los diversos órdenes de la vida nacional, algo que no estaba previsto dentro del cálculo oficial. El hecho, además, tendrá que servir para que se haga una seria compulsión e interpretación de los resultados porque éstos correspondieron, más que a preferencias personales, a la voluntad ciudadana del país que se pronunció en contra

8 Dice el texto: "La asamblea Legislativa Plurinacional efectuará por dos tercios de sus miembros presentes la preselección de los postulantes y los postulantes por cada departamento y remitirá al órgano electoral la nómina de los precalificados para que éste proceda a la organización, única y exclusiva, del proceso electoral".

de las elecciones judiciales. Tendrá por ello que analizarse el tema específico de la conformación del Órgano Judicial con criterio institucional, y examinar si vale la pena correr riesgos en su conformación mediante un "sui generis" sufragio destinado sólo a convalidar una elección política ya hecha en el Parlamento.

Está demostrado que la elección de autoridades judiciales por sufragio universal, aunque se haya adoptado una forma "inédita" y con apariencia democrática, no sería el medio más aconsejable para conformar un órgano judicial, sobre todo independiente porque es desde el momento que se hace la preselección de candidatos en el Órgano Legislativo que empieza la injerencia político-partidista dando lugar a que luego el ciudadano esté obligado a votar por una nómina que anticipadamente ya fue aprobada con criterio de favoritismo político, dándole poca o ninguna opción de elegir de acuerdo con su libre decisión. De manera que se ha desnaturalizado, en este proceso, la esencia democrática de lo que el voto significa la expresión de la voluntad popular para llegar a resultados antidemocráticos como ocurrió el 16 de octubre de 2011, siendo así que nuestra Constitución al adoptar el sistema democrático (artículo 111) preserva la preeminencia de la voluntad mayoritaria, más aún tratándose de elecciones. La Ley del Régimen electoral (No. 026) recoge este principio en el inciso j), artículo 2 al señalar: "El régimen electoral boliviano se asienta en el principio de la mayoría con el reconocimiento y respeto de las minorías".

La Comisión Andina de Juristas da una importante opinión para tomar en cuenta cuando dice que "Las personas con derecho a voto deben ser libres de respaldar a cualquier candidato, o pronunciarse a favor o en contra de cualquier propuesta que se someta a referéndum o a plebiscito, sin influencia o coacción de ninguna clase que pueda desvirtuar o inhibir la libre expresión de la voluntad de los electores"⁹.

De las elecciones judiciales del año 2011 habrá que sacar enseñanzas necesarias como aquella de que no puede ser desconocida la voluntad mayoritaria ciudadana expresada en un proceso electoral si ella se decidió, a través del voto, por la nulidad de las elecciones del 16 de octubre de 2011. De ahí que haber marginado, contra toda regla democrática, más del 55% de los electores que tuvieron participación activa en este proceso con la agravante de que – por esta omisión- tal porcentaje mayoritario resultó con la pérdida injusta de su calidad ciudadana es algo insostenible en un Estado democrático. En realidad se ha sentado un precedente de hecho en las elecciones judiciales para que se tome en cuenta en otras contiendas a resolverse en proceso electoral, que una minoría de votantes no puede definir resultados frente a otra mayoría cuya voluntad se pronunció por la nulidad de dicho proceso.

9 Esta importante opinión está publicada en el libro *PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. Definiciones operativas*. Comisión Andina de Juristas. Lima, Perú, 1997. Pág. 255.

LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN

THE EUROPEAN ORDER OF PROTECTION

Rev. boliv. de derecho n° 14, julio 2012, ISSN: 2070-8157, pp. 20-37



Pedro
CHAPARRO
MATAMOROS

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de febrero de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 30 de marzo de 2012

RESUMEN: La Unión Europea ha aprobado recientemente la Directiva que regula la Orden Europea de Protección. Se trata de un instrumento que tiene por objetivo extender la efectividad de una medida de protección adoptada en un Estado miembro al resto de Estados miembros. La principal dificultad que se observa en su aplicación es la heterogeneidad de la regulación de la violencia de género en los distintos Estados miembros.

PALABRAS CLAVE: Violencia de género, Orden Europea Protección, víctima, agresor, medida de protección.

ABSTRACT: The European Union has recently approved the Directive of the European Protection Order. It is an instrument which aim is to ensure that any protection provided by the law to a victim in one Member State continues if he or she moves to another Member State. The main difficulty is seen in its application is the heterogeneity of the regulation of gender violence in the various Member States.

KEY WORDS: Gender violence, European Protection Order, victim, aggressor, protection measure.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Antecedentes.- III. La Directiva 2011/99/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo.- 1. Objetivos.- 2. Concepto de 'Orden Europea de Protección'.- 3. Ámbito de aplicación.- 4. Requisitos de aplicabilidad.- 5. Procedimiento.- A) Iniciación.- B) Transmisión de la Orden Europea de Protección al Estado de ejecución.- C) Adopción de las medidas correspondientes en el Estado de ejecución.- D) Motivos de denegación del reconocimiento de la Orden Europea de Protección.- E) Competencia para la ejecución de las medidas adoptadas.- F) Competencia para las vicisitudes de la Orden Europea de Protección.- G) Motivos de suspensión de las medidas adoptadas por el Estado de ejecución al amparo de una Orden Europea de Protección.- 6. Efectividad de la Orden Europea de Protección.- IV. Problemas de aplicación en la práctica que presenta la Orden Europea de Protección.- V. La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil.

I. INTRODUCCIÓN.

La Unión Europea adoptó el pasado 13 de diciembre de 2011 la Directiva 2011/99/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la Orden Europea de Protección. Impulsada bajo la presidencia española, la Directiva constituye un instrumento destinado a extender, en los países de la Unión Europea, la protección que las víctimas de la violencia de género hubieran obtenido en el país en que residieran.

Su objetivo no es otro que dar virtualidad en todos los países de la Unión Europea a las eventuales medidas de protección de carácter penal obtenidas por la víctima en el país en que residiera (que puede coincidir, o no, con su país de origen). Para ello se ha dispuesto un mecanismo de reconocimiento y ejecución de las resoluciones en que se contengan dichas medidas.

En su origen, se trata de una medida pensada para las mujeres maltratadas, en tanto en cuanto estadísticamente suponen el mayor porcentaje de las víctimas de la violencia doméstica¹; pero ello no excluye, sin embargo, que la protección brindada por la Directiva se predique respecto de ambos sexos, de forma que los varones maltratados pueden obtener la protección en idénticas condiciones².

- 1 A este concepto se refiere, acertadamente a mi juicio, PÉREZ GINÉS, C.A.: "La mediación penal en el ámbito de la violencia de género (o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento)", *La Ley Penal*, núm. 71, mayo 2010, cuando señala que "La violencia de género en general, y la doméstica en particular, es la manifestación más brutal de la 'desigualdad existente' en nuestra sociedad, y también es un grave problema a nivel internacional".
- 2 A esta cuestión hace referencia, de modo muy ilustrativo, PÉREZ GINÉS, C.A.: "La mediación penal en el ámbito de la violencia de género (o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento)", cit., quien, respecto

• Pedro Chaparro Matamoros

Licenciado en Derecho (2011) y Administración y Dirección de Empresas (2011) por la Universidad de Valencia. Actualmente cursa el Máster en Derecho, Empresa y Justicia de dicha universidad. Ha publicado hasta la fecha 6 artículos científicos en revistas indexadas, entre otras, Diario La Ley y la Revista de Derecho Patrimonial de Aranzadi. Ha participado, además, en 2 obras colectivas (una de ellas publicada en Aranzadi) y en el manual de Derecho Civil II (Tirant lo Blanch).

Con todo, la Orden Europea de Protección no constituye una medida exenta de problemas de aplicación. Como se verá, la diversidad de ordenamientos jurídicos en la Unión Europea y las peculiaridades de cada uno de ellos supone una gran limitación a la hora de establecer un instrumento supraestatal como el aquí tratado, pues la violencia de género es un fenómeno que no ha sido contemplado por todos los ordenamientos de los Estados que forman parte de la Unión Europea, y, en los que ha sido previsto, su configuración se ha producido de forma distinta.

El objeto de este estudio es analizar la Directiva, poniendo especial énfasis en el procedimiento para la obtención de la protección en otro país y las consecuencias que se derivan de un eventual incumplimiento de la Orden Europea de Protección. Asimismo, se tratará de explicar las limitaciones de la misma, que pueden limitar sobremanera su aplicación.

II. ANTECEDENTES.

La lucha contra la violencia de género en la Unión Europea es relativamente reciente, lo que ha propiciado la tardanza de un instrumento cuya necesidad se había puesto de manifiesto tiempo atrás.

Así, los primeros pasos significativos en orden a instaurar un instrumento común que permitiera extender la protección obtenida por la víctima en un Estado al resto de Estados miembros se dieron en la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2009, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. En el art. 1 de dicha Resolución se instaba a los Estados miembros a que mejoraran "sus legislaciones y políticas nacionales destinadas a combatir todas las formas de violencia contra la mujer", mientras que, de modo más concreto, el art. 20 señala que el Parlamento Europeo "Reclama el establecimiento de mecanismos para facilitar el acceso de las mujeres víctimas de la violencia de género y de las redes de tráfico de seres humanos a una asistencia jurídica gratuita que les permita hacer valer sus derechos en toda la Unión; insiste en la necesidad de mejorar la cooperación entre los profesionales de la justicia y el intercambio de buenas prácticas en la lucha contra las discriminaciones y la violencia de género, y de movilizar los medios para suprimir los obstáculos al reconocimiento de los actos jurídicos en otros Estados miembros, incluidas las condenas por violencia de género y las órdenes de alejamiento dictadas contra los maltratadores".

de la Orden de Protección española (aunque extrapolable a la Orden Europea), señala que "[...] también esta orden se dicta contra la mujer y tiene como víctima al hombre, que por la vinculación normal de que el agresivo siempre es el hombre no se le presta la atención debida, y de esto muy poco se habla y se trata a veces de ocultar la violencia sufrida por el hombre a manos de su mujer, porque este tipo de violencia no importa por ser mínima, pero la realidad es que hay muchos hombres que sufren la violencia de mujeres agresivas y que a veces les chantajean con los hijos, si los tienen, o ya una vez separados son acosados por las mismas".

La necesidad de establecer una orden europea de protección vuelve a mencionarse en la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de febrero de 2010, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea. El art. 34 dispone expresamente que el Parlamento “Apoya las propuestas de la Presidencia española para el lanzamiento de la orden de protección europea de las víctimas y la creación de un número de teléfono de ayuda a las víctimas común para toda la Unión Europea”.

En fin, el considerando 3 de la Resolución del Consejo de 10 de junio de 2011 sobre un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, dispone que “Esta situación requiere actuaciones específicas a fin de establecer una norma mínima común de protección de las víctimas de delitos y de sus derechos en los procesos penales que tengan lugar en toda la Unión”. La virtualidad de dicha norma de protección requiere, como señala el considerando 9, la creación de “un mecanismo encaminado a asegurar el reconocimiento mutuo entre los Estados miembros de las decisiones en relación con las medidas de protección”.

III. LA DIRECTIVA 2011/99/UE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO.

I. Objetivos.

Los objetivos de la Directiva 2011/99/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, son muy claros: como señala el art. 1, la Orden Europea de Protección persigue “mantener la protección de la persona en el territorio de [...] otro Estado miembro, a raíz de una infracción penal o una presunta infracción penal con arreglo al Derecho nacional del Estado de emisión” (*vid.* en el mismo sentido el considerando 7).

El fin de la Directiva, por tanto, no es otro que extender la protección que la víctima hubiera obtenido en el territorio de un Estado miembro (denominado Estado de emisión), a otro Estado miembro (denominado Estado de ejecución) al que la víctima se desplazara³, bien temporal o permanentemente.

Aunque *a priori* pudiera parecer únicamente un medio para cumplir el fin principal, existe también otro objetivo, que no es sino contribuir a mejorar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales entre los Estados miembros.

3 Señala a este respecto Sanz Hermida, A.: “Víctimas de violencia de género: el reconocimiento y protección de sus derechos”, en Lameiras Fernández, M. e Iglesias Canle, I. (coords.): *Violencia de género. La violencia sexual a debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 265, que “En efecto, si hasta la fecha el marco jurídico internacional establecía algunas medidas y recomendaciones en relación a cómo prevenir, castigar y proteger –antes, durante y después– a las víctimas de la violencia de género, con la [Orden] se persigue un cambio cualitativo, un salto de nivel –del interno al transnacional– al posibilitar el reconocimiento y ejecución de las medidas de protección adoptadas en un Estado miembro en el resto de Estados miembros”.

2. Concepto de 'Orden Europea de Protección'.

Al concepto de 'Orden Europea de Protección' se refiere el art. 2 de la Directiva, definiéndola como "una resolución adoptada por una autoridad judicial o autoridad equivalente de un Estado miembro en relación con una medida de protección, en virtud de la cual una autoridad judicial o equivalente de otro Estado miembro adopta la medida o medidas oportunas con arreglo a su propio Derecho nacional a fin de mantener la protección de la persona protegida".

Como se observa, en la definición hay un concepto jurídico indeterminado que, sin ser una solución nueva en materia de Derecho Comunitario, no deja de suscitar reparos. Me estoy refiriendo al término 'autoridad equivalente'. Dado el amplio espectro de órganos estatales con funciones judiciales que existen en los (por ahora) 27 Estados miembros, otorgar la condición de 'Orden Europea de Protección' a una resolución adoptada por cualquiera de ellos parece abrir el camino a la inseguridad jurídica.

En efecto, en un contexto en el que exigimos del legislador (no sólo del europeo), cada vez más, una mayor regulación y un mayor detalle para solventar los posibles problemas de interpretación de las leyes, no parece razonable abrir un pórtico a que cualquier órgano con facultades judiciales pueda dictar una Orden Europea de Protección⁴.

Por tanto, sin desconocer las ventajas que ello supone (la más evidente es que cuantos más órganos estén facultados para dictar una Orden Europea de Protección mayor será la posibilidad de la víctima de recabar la protección solicitada en otro país), la falta de seguridad jurídica⁵ que se genera parece desautorizar una interpretación extensiva del término 'autoridad judicial' como la que propugna el precepto.

Asimismo, razones de eficiencia pura y dura y de economicismo apoyan la crítica de la interpretación extensiva. En este sentido, parece lógico atribuir la eventual emisión de una Orden Europea de Protección a la autoridad judicial que ha conocido del expediente; en concreto, al juez que dictó la medida de protección de la que traiga causa la eventual Orden Europea de Protección solicitada. Si se atribuye esta función a otro órgano (ya sea unipersonal o colegiado), se le está obligando a conocer de un asunto en el que no ha intervenido. Parece lo lógico, por tanto, que

4 En este sentido, Martín Martínez, M. M.: "Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa", en Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 39, Madrid, mayo/agosto 2011, p. 425, pone de manifiesto la diversidad de órganos que podrían emitir o ejecutar una Orden Europea de Protección, señalando en este sentido que "Por consiguiente, según lo previsto en las legislaciones nacionales, tanto el órgano emisor como el de ejecución pueden ser bien un juez, magistrado, fiscal, o bien una autoridad judicial o cualquier otro ente público, ya sea administrativo o policial".

5 La falta de seguridad jurídica se acentúa si se tiene en cuenta que los diferentes órganos a los que se puede facultar para dictar una Orden Europea de Protección, pueden ser de muy distinta naturaleza (penal, civil, e incluso administrativa). En este sentido son muy ilustrativas las siguientes palabras de Sanz Hermida, A.: "Víctimas de violencia de género: el reconocimiento y protección de sus derechos", cit., p. 266: "la diferencia origina desconfianza y ésta a su vez dificulta, cuando no impide, el reconocimiento mutuo".

conozca de la emisión de la Orden Europea de Protección solicitada el juez que dictó la medida de protección, pues es el que tiene más elementos de juicio para pronunciarse sobre la procedencia de aquélla.

En fin, y sin perjuicio de la crítica expuesta, para que un órgano pueda dictar una Orden Europea de Protección han de concurrir los siguientes presupuestos: a) en primer lugar, que se trate de un órgano del Estado que la emite, con independencia de su pertenencia al poder ejecutivo, legislativo o judicial, y de su adscripción a la administración central o periférica; y b) en segundo lugar, que el meritado órgano tenga atribuidas funciones propias del poder público (*imperium*) para adoptar o ejecutar medidas cautelares tendentes a la protección de la vida, la libertad o la integridad física, psicológica o sexual de las personas⁶.

3. Ámbito de aplicación.

Desde un punto de vista *territorial*, la Orden Europea de Protección se puede solicitar y hacer valer en cualquier Estado miembro de la Unión Europea. Mejor dicho, es únicamente en los desplazamientos a otro Estado miembro donde adquiere su verdadero sentido, su razón de ser: una orden europea de protección no se puede dictar si no hay previsto un desplazamiento a otro Estado miembro. La mera posibilidad de plantearse en el futuro un desplazamiento a otro Estado no habilita a la víctima para solicitar una Orden Europea de Protección.

Por su parte, desde una perspectiva *personal*, como ya se dejó constancia en la introducción, la Orden Europea de Protección puede ser solicitada también por varones⁷. La protección, asimismo, alcanza a la violencia ejercida sobre los niños.

Por otro lado, la protección brindada por la Directiva se extiende al Estado de ejecución con independencia de la nacionalidad de la víctima. La persona beneficiaria de la medida será la víctima (persona física) que pretenda desplazarse o se haya desplazado a otro Estado miembro, mientras que, por el contrario, la medida afectará negativamente, en cuanto supone una cierta restricción de su libertad de circulación por la Unión Europea, a la persona causante del peligro.

4. Requisitos de aplicabilidad.

Para que pueda dictarse una Orden Europea de Protección han de darse, cumulativamente, los siguientes requisitos:

6 Martín Martínez, M. M.: "Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa", cit., p. 425.

7 Así, en este sentido, el término 'violencia de género', entendida como aquella ejercida por el hombre sobre la mujer, no es quizás el más adecuado. Debería hablarse, con más propiedad, de 'violencia doméstica', que, aunque suele entenderse referida a los casos de maltrato de mujeres, engloba también los casos en los que quien sufre la violencia es un varón. No obstante, el término 'violencia de género' es el que más se ha popularizado para designar al fenómeno y será el utilizado aquí.

1º) En primer lugar, debe haberse adoptado en el Estado de emisión una medida de protección que imponga a la persona causante del peligro una o varias de las siguientes prohibiciones o restricciones: a) prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas en las que la persona protegida reside o que frecuenta; b) prohibición o reglamentación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, incluidos los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio, o c) prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la indicada en la medida (art. 5 de la Directiva).

2º) En segundo lugar, la víctima: a) debe tener la intención de desplazarse (con carácter más o menos inmediato) a otro Estado miembro, para residir o permanecer allí temporalmente; o b) debe estar en otro Estado miembro, bien residiendo o permaneciendo de forma temporal (art. 6.1 de la Directiva).

5. Procedimiento.

A) *Iniciación.*

El procedimiento comenzaría con la decisión de la víctima de desplazarse a otro Estado miembro (bien temporalmente o bien para residir allí), momento en el cual se puede dictar una Orden Europea de Protección, que será solicitada en el Estado de emisión (art. 6.1 de la Directiva). No obstante, cabe también la posibilidad de que la Orden Europea de Protección se dicte estando ya la víctima en el Estado miembro de destino, para lo cual deberá solicitarse su emisión a la autoridad competente del Estado de ejecución, quien la transmitirá, lo antes posible, a la autoridad competente del Estado de emisión (art. 6.3 de la Directiva), que es, en todo caso, quien la dicta.

A efectos de la emisión de una Orden Europea de Protección, la autoridad judicial o equivalente del Estado de emisión que sea competente comprobará que la medida de protección de la que traiga causa la Orden Europea de Protección solicitada cumpla los requisitos previstos en el art. 5 (art. 6.2 de la Directiva).

Hay que precisar, sin embargo, que la emisión de una Orden Europea de Protección no es un trámite automático que se produzca ante toda solicitud de la misma que cumpla los requisitos previstos. En efecto, como prevé el art. 6.1 de la Directiva, la autoridad competente del Estado de emisión tendrá en cuenta para dictar una Orden Europea de Protección, entre otros criterios: a) la duración del período o períodos en que la persona protegida tiene intención de permanecer en el Estado de ejecución, y b) la importancia de la necesidad de protección. Evidentemente, la Orden Europea de Protección carece de sentido en el supuesto de desplazamientos temporales brevísimos, así como cuando el peligro para la víctima sea remoto.

B) Transmisión de la Orden Europea de Protección al Estado de ejecución.

Una vez dictada la Orden Europea de Protección, debe transmitirse a la autoridad competente del Estado de ejecución por cualquier medio que deje constancia escrita y en condiciones que le permitan determinar su autenticidad (art. 8.1 de la Directiva).

Si se transmite a un órgano que no sea competente para reconocerla, éste la transmitirá de oficio a la autoridad competente, e informará de ello, sin demora, a la autoridad competente del Estado de emisión por cualquier medio que deje constancia escrita, a efectos de comunicaciones posteriores (art. 8.3 de la Directiva).

C) Adopción de las medidas correspondientes en el Estado de ejecución.

Recibida la Orden por el Estado de ejecución, éste la reconocerá sin demora indebida y adoptará una resolución en la que dicte cualquiera de las medidas que serían aplicables con arreglo a su Derecho nacional en un caso análogo, a fin de garantizar la protección de la persona protegida, salvo el supuesto de que decida invocar alguno de los motivos de denegación del reconocimiento contemplados en el art. 10 (art. 9.1 de la Directiva).

La medida de protección dictada por la autoridad competente del Estado de ejecución, así como cualquier otra medida que se adopte en virtud de una resolución posterior, conforme a lo dispuesto en el art. 11, corresponderá en la mayor medida posible a la medida de protección ordenada por el Estado de emisión⁸ (art. 9.2 de la Directiva).

Por otra parte, la autoridad competente del Estado de ejecución informará a la persona causante del peligro, a la autoridad competente del Estado de emisión y a la persona protegida, de las medidas que haya adoptado, así como de las posibles consecuencias jurídicas de la infracción de tales medidas, con arreglo a lo dispuesto en el Derecho nacional y en el art. 11, apartado 2. No se darán a conocer a la persona causante del peligro la dirección ni otros datos de contacto de la persona protegida, a menos que ello sea necesario para la ejecución de la medida adoptada (art. 9.3 de la Directiva), lo que sucederá en el caso de que el domicilio u otro dato de contacto esté incluido en la prohibición o restricción impuestas a la persona causante del peligro en calidad de medidas de ejecución.

8 Hay que precisar, no obstante, que “la emisión o ejecución de una orden europea de protección no implica transferencia alguna al Estado de ejecución de competencias en cuanto a las penas principales, en suspenso, sustitutivas, condicionales o accesorias, o en cuanto a las medidas de seguridad impuestas a la persona causante del peligro, siempre que esta persona siga residiendo en el Estado que haya adoptado la medida de protección” (considerando 24 de la Directiva).

Aunque *prima facie* resulte chocante, es lógico este último extremo, esto es, informar al agresor del nuevo paradero de la víctima, pues podría darse el improbable, pero posible, supuesto de que alguien incumpliese la Orden sin saberlo, y fuera condenado por ello. Así pues, en los casos en que la medida consista en una orden de alejamiento del domicilio y/o lugar de trabajo de la víctima, deberá informarse de la misma al causante del peligro. Si la víctima no quiere que el agresor conozca su nueva ubicación, le bastará con no pedir el mantenimiento de la protección en el país al que se desplaza.

D) Motivos de denegación del reconocimiento de la Orden Europea de Protección.

El art. 10.1 de la Directiva hace referencia a una serie de causas de denegación del reconocimiento de una Orden Europea de Protección. Su configuración parece responder a un esquema de *numerus clausus*, de manera que sólo se podría denegar el reconocimiento de una Orden con base en alguno de los motivos tasados⁹. Sostener otra interpretación no sería más que perjudicar a quien se intenta proteger; es decir, a la víctima de la violencia.

De los distintos motivos de denegación del reconocimiento de la Orden Europea de Protección, existe uno que pone de manifiesto que la heterogeneidad de las legislaciones de los ordenamientos europeos supone una barrera todavía insalvable para la correcta aplicación de normas supraestatales. En este sentido, la autoridad competente del Estado de ejecución puede denegar el reconocimiento de la Orden cuando la medida de protección de que dimana se refiera a un hecho que no constituye infracción penal en su ordenamiento jurídico. Es decir, si la medida de protección de la que trae causa la Orden Europea de Protección está dictada con base en un hecho que no constituya delito o falta en el ordenamiento jurídico del Estado de ejecución, éste podrá denegar el reconocimiento. Esta cuestión será tratada con profundidad más adelante.

Por otro lado, cuando la autoridad competente del Estado de ejecución deniegue el reconocimiento de una Orden Europea de Protección: a) informará sin dilación

9 Los motivos son los siguientes: a) cuando la Orden Europea de Protección esté incompleta o no se haya completado en el plazo fijado por la autoridad competente del Estado de ejecución; b) cuando no se hayan cumplido los requisitos previstos en el art. 5; c) cuando la medida de protección se refiera a un hecho que no constituye infracción penal en el Derecho del Estado de ejecución; d) cuando la protección derive de la ejecución de una pena o medida que, conforme al Derecho del Estado de ejecución, haya sido objeto de amnistía y corresponda a un hecho o conducta sobre el que tenga competencia con arreglo a dicho Derecho; e) cuando la persona causante del peligro goce de inmunidad conforme al Derecho del Estado de ejecución, y ello imposibilite la adopción de medidas fundadas en una orden europea de protección; f) cuando, conforme al Derecho del Estado de ejecución, exista prescripción de la actuación penal contra la persona causante del peligro respecto del hecho o conducta que haya dado lugar a la adopción de la medida de protección, si tal hecho o conducta es de su competencia de conformidad con su Derecho nacional; g) cuando el reconocimiento de la Orden Europea de Protección vulnere el principio *non bis in idem*; h) cuando, conforme al Derecho del Estado de ejecución, la persona causante del peligro no pueda considerarse penalmente responsable del hecho o conducta que haya dado lugar a la adopción de la medida de protección, por razón de su edad; e i) cuando la medida de protección se refiera a una infracción penal que, según el Derecho del Estado de ejecución, se considere cometida totalmente, en su mayor parte o fundamentalmente dentro del territorio de su jurisdicción.

al Estado de emisión y a la persona protegida de la denegación y de los motivos de la misma; b) informará, cuando proceda, a la persona protegida de la posibilidad de solicitar la adopción de una medida de protección de conformidad con su Derecho nacional; e c) informará a la persona protegida de todas las posibles vías de recurso que sean de aplicación en el Derecho nacional para oponerse a dicha decisión (art. 10.2 de la Directiva).

E) Competencia para la ejecución de las medidas adoptadas.

En otro orden de ideas, el art. 11.1 de la Directiva reitera que el Estado de ejecución es competente para la adopción de las medidas correspondientes para garantizar la protección de la víctima, añadiendo, asimismo, que también será competente para la ejecución de dichas medidas. En ambos casos (para la adopción y la ejecución de las medidas) deberá aplicarse el Derecho del Estado de ejecución.

En concreto, respecto de la ejecución, señala el art. 11.2 de la Directiva que, para el supuesto de que se incumpla alguna de las medidas adoptadas por el Estado de ejecución como consecuencia del reconocimiento de una Orden Europea de Protección, la autoridad competente de éste podrá: a) imponer sanciones penales y adoptar cualquier otra medida como consecuencia del incumplimiento de esa medida, cuando tal incumplimiento constituya una infracción penal con arreglo al Derecho del Estado de ejecución; b) adoptar cualesquiera otras resoluciones relacionadas con el incumplimiento; y c) adoptar las oportunas medidas provisionales urgentes para poner fin al incumplimiento, a la espera, en su caso, de una ulterior resolución del Estado de emisión¹⁰.

Puede ocurrir, no obstante, que el Derecho nacional del Estado de ejecución no recoja medidas aplicables a casos análogos. En estos casos, la autoridad competente del Estado de ejecución notificará a la autoridad competente del Estado de emisión todo incumplimiento de la medida de protección descrita en la Orden Europea de Protección que llegue a su conocimiento (art. 11.3 de la Directiva).

F) Competencia para las vicisitudes de la Orden Europea de Protección.

La autoridad competente del Estado de emisión tiene competencia exclusiva respecto a las vicisitudes propias de la Orden Europea de Protección. En este sentido, el art. 13.1 de la Directiva le atribuye, en exclusiva, la adopción de resoluciones relacionadas con: a) la prórroga, revisión, modificación, revocación y anulación de la medida de protección y, por consiguiente, de la Orden Europea de Protección;

10 Esta ulterior resolución puede implicar, como pone de manifiesto el considerando 26 de la Directiva, "la aplicación de una medida privativa de libertad en sustitución de una medida no privativa de libertad inicialmente adoptada como alternativa, por ejemplo, a la prisión preventiva o como consecuencia de la suspensión condicional de una pena".

y con b) la imposición de una medida privativa de libertad como consecuencia de la revocación de la medida de protección, siempre que la medida de protección se haya aplicado con motivo de una sentencia, según la definición del art. 2 de la Decisión marco 2008/947/JAI, o de una resolución sobre medidas de vigilancia, según la definición del art. 4 de la Decisión marco 2009/829/JAI.

En efecto, es la autoridad competente del Estado de emisión a quien le corresponde valorar si la medida de protección (y, en consecuencia, la Orden Europea de Protección que se dictó con causa en aquélla) sigue teniendo sentido o, por el contrario, carece del mismo. En los casos en que se llegue a la conclusión de que no sea necesaria la medida de protección adoptada, es evidente que decaerá la eventual Orden que se hubiera dictado al amparo de aquélla. Todas estas cuestiones se atribuyen a la autoridad competente del Estado de emisión, por ser la que más de cerca ha tratado el conflicto, de forma que se le supone la posesión de los elementos de juicio necesarios para determinar los cambios que deban sufrir la medida de protección y la Orden que, en su caso, hubiera sido dictada.

En la adopción de tales resoluciones deberá aplicarse el Derecho nacional del Estado de emisión (art. 13.2 de la Directiva).

G) Motivos de suspensión de las medidas adoptadas por el Estado de ejecución al amparo de una Orden Europea de Protección.

La Orden Europea de Protección adquiere su sentido, como ya se ha dicho, en la medida en que haya un desplazamiento de la víctima a otro país, que puede ser, ora por un tiempo determinado, ora permanentemente. Si se constata que la víctima no se encuentra en el Estado miembro de destino, la Orden Europea de Protección perderá toda justificación y devendrá inútil. A este respecto, afirma el art. 14.1.a) de la Directiva que la autoridad competente del Estado de ejecución podrá poner fin a las medidas adoptadas en ejecución de una Orden Europea de Protección cuando existan indicios claros de que la persona protegida no reside ni permanece en el territorio del Estado de ejecución, o de que ha abandonado definitivamente dicho territorio.

Igualmente, la autoridad competente del Estado de ejecución podrá poner fin a las medidas adoptadas en ejecución de una Orden Europea de Protección cuando expire, con arreglo a su Derecho nacional, el plazo máximo de vigencia de aquéllas¹¹ (art. 14.1.b) de la Directiva).

¹¹ En este supuesto, con carácter previo a la resolución por la que se ponga fin a las medidas adoptadas en ejecución de una Orden Europea de Protección en el Estado de ejecución, la autoridad competente de éste podrá invitar a la autoridad competente del Estado de emisión a que facilite información en cuanto a la necesidad de mantener la protección otorgada por la Orden en las circunstancias del caso concreto de que se trate, debiendo la autoridad competente del Estado de emisión responder sin demora a tal invitación (art. 14.3 de la Directiva).

El Estado de ejecución puede suspender también las medidas adoptadas en ejecución de una Orden Europea de Protección en los casos en que el Estado de emisión haya modificado ésta, de forma que: a) la modificación producida no lleve aparejada uno de los tres tipos de prohibiciones a los que se refiere el art. 5 (*vid. epígrafe 'Requisitos de aplicabilidad'*); o b) la información transmitida con la Orden Europea de Protección con arreglo al art. 7 sea incompleta y no se haya completado dentro del plazo fijado por la autoridad competente del Estado de ejecución con arreglo a lo dispuesto en el art. 9.4 (art. 14.1.c) de la Directiva).

Por último, el Estado de ejecución puede poner fin a las medidas adoptadas en ejecución de una Orden Europea de Protección cuando, tras el reconocimiento de ésta, se haya transmitido al Estado de ejecución una sentencia, según la definición del art. 2 de la Decisión marco 2008/947/JAI¹², o una resolución sobre medidas de vigilancia, según la definición del art. 4 de la Decisión marco 2009/829/JAI¹³ (art. 14.1.d) de la Directiva).

La autoridad competente del Estado de ejecución informará inmediatamente de la resolución que ponga fin a las medidas adoptadas en ejecución de una Orden Europea de Protección a la autoridad competente del Estado de emisión y, cuando sea posible, a la persona protegida (art. 14.2 de la Directiva).

6. Efectividad de la Orden Europea de Protección.

Por lo demás, la Orden Europea de Protección gozará de la misma prioridad que sería aplicable en un caso nacional similar; teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, incluida su urgencia, la fecha prevista de llegada de la persona protegida al territorio del Estado de ejecución y, en la medida de lo posible, la gravedad del riesgo que corre la persona protegida (art. 15 de la Directiva), pudiendo consultarse, cuando sea necesario, las autoridades competentes del Estado de emisión y del de ejecución para facilitar la aplicación armoniosa y eficaz de la Directiva (art. 16).

Hay que precisar, en fin, que la Directiva no excluye la aplicación de convenios bilaterales o multilaterales, o la celebración posterior a la entrada en vigor de la Directiva de dichos convenios, cuando permitan ir más allá de los objetivos de aquélla y contribuyan a simplificar o a facilitar los procedimientos de adopción de medidas de protección (arts. 19.1 y 19.2 de la Directiva). Es decir, la Directiva no

12 'Sentencia' es, de conformidad con el art. 2 de la Decisión marco 2008/947/JAI, "la resolución u orden firme de un órgano judicial del Estado de emisión por la que se establece que una persona física ha cometido una infracción penal y se le impone: a) una pena privativa de libertad o cualquier medida privativa de libertad, si se ha concedido la puesta en libertad condicional sobre la base de dicha sentencia o mediante una resolución ulterior de libertad vigilada; b) una pena suspendida; c) una condena condicional, o d) una pena sustitutiva".

13 Son 'medidas de vigilancia', a efectos del art. 4 de la Decisión marco 2009/829/JAI, "las obligaciones impuestas e instrucciones dictadas a una persona física con arreglo al Derecho nacional y a los procedimientos del Estado de emisión".

impide que se sigan aplicando (o, en su caso, se celebren) convenios entre varios Estados que supongan una protección mayor para las víctimas, ya sea brindando unas mayores garantías para éstas o agilizando el procedimiento de concesión de la protección solicitada.

IV. PROBLEMAS DE APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA QUE PRESENTA LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN.

El primer problema que se plantea aquí es que el país receptor mantiene la protección a la víctima conforme a su legislación nacional (arts. 9.1 y 11.1 de la Directiva), siendo que no todos los Estados tratan de la misma manera la violencia de género. En este sentido, hay que señalar que la violencia de género se juzga por el orden jurisdiccional civil (o incluso administrativo) en algunos Estados miembros, a diferencia del ordenamiento español, en que se juzga por el orden penal¹⁴.

En consecuencia, si el agresor reincide en alguno de esos Estados que juzgan la violencia de género por el orden civil o administrativo, únicamente deberá pagar la reparación económica que estipule la legislación del Estado en cuestión, mientras que en España podría responder, por el contrario, con una pena de cárcel.

Este problema de aplicación uniforme de la Directiva lleva consigo otro de fondo. Como se observa, uno de los principales problemas que plantea la Orden de Protección Europea es que el orden jurisdiccional no siempre es el mismo. Dado que el concepto de justicia puede variar de un país a otro, podría ocurrir que el agresor localizase a su víctima en el Estado de ejecución y, como pena por incumplir las medidas adoptadas por éste en ejecución de una Orden de Protección Europea, únicamente se le impusiera una reparación de carácter económico. Así pues, el contenido de la sanción es distinto según el país de que se trate. No existe por tanto una sanción común a todos los Estados miembros, sino que ésta dependerá del concepto de 'violencia de género' que se tenga en cada uno de ellos.

Es evidente que esta dualidad de sanciones tiene un notorio carácter disuasorio de la Orden Europea de Protección en los Estados que contemplen sanciones de carácter económico, pues la represión que conlleva la sanción puede no ser lo suficientemente dura como para amedrentar al agresor. En otras palabras, amenazar al agresor con una reparación económica no es lo mismo que amenazarlo con una pena privativa de libertad. Antes al contrario, la Orden Europea de Protección

14 A este respecto, es significativo el considerando 10 de la Directiva, que paso a transcribir: "La presente Directiva se aplica a las medidas de protección adoptadas en asuntos penales, y no cubre por tanto las medidas del mismo tipo adoptadas en materia civil. Para que una medida de protección pueda ejecutarse de conformidad con la presente Directiva, no es necesario que se haya declarado mediante resolución firme la existencia de un delito penal. También carece de importancia la naturaleza penal, civil o administrativa de la autoridad que adopte la medida de protección. La presente Directiva no obliga a los Estados miembros a modificar su legislación nacional de modo que les permita adoptar medidas de protección en el contexto de los procesos penales".

puede incluso fomentar el desacato de las medidas adoptadas, pues el agresor que tenga la intención de reincidir preferirá hacerlo de la forma más impune posible.

Junto a la cuestión de la heterogeneidad de las legislaciones, que implica la posibilidad de que la sanción que se imponga al agresor sea menor que la que recibiría en el Estado de emisión, hay que aludir a otro problema, que más que un problema práctico de aplicación, supone una limitación a la aplicación de la Directiva.

En este sentido, hay que señalar que la víctima puede preferir, en los casos en que la legislación del Estado de ejecución contemple sanciones de carácter económico, que el agresor no sepa dónde se encuentra, en cuyo caso no solicitaría la Orden Europea de Protección. En efecto, puede suceder que la víctima, a quien se comunique que las medidas que se adopten en el Estado de ejecución no contemplan, en ningún caso, penas privativas de libertad, prefiera no mantener la protección en otros Estados miembros, de forma que el agresor, en principio, no sabría dónde se halla la víctima, ya que no se le comunicará el nuevo paradero de ésta. Esto puede suponerle una mayor sensación de seguridad a la víctima, limitando, por consiguiente, las solicitudes de Órdenes Europeas de Protección.

V. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, RELATIVO AL RECONOCIMIENTO MUTUO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN MATERIA CIVIL.

La Orden Europea de Protección se enmarca dentro de un 'paquete' integral de medidas contra la violencia de género. En este sentido, queda aún pendiente la aprobación de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Este Reglamento (que complementa a la Orden Europea de Protección) consiste en un instrumento jurídico sobre reconocimiento mutuo de las medidas de protección adoptadas en materia penal para garantizar que todas las medidas adoptadas en un Estado miembro gocen de un mecanismo eficaz que asegure su libre circulación en todo el territorio de la UE.

En cuanto a su ámbito de aplicación, el art. 1 de la Propuesta de Reglamento señala que éste "se refiere a las medidas de protección adoptadas en materia civil cualquiera que sea la naturaleza de la autoridad", excluyendo, en cambio, las medidas de protección reguladas por el Reglamento (CE) n° 2201/2003.

El art. 2, por su parte, incorpora una serie de definiciones, de las que hay que destacar la relativa al concepto de 'medida de protección', que comprende "cualquier decisión, cualquiera que sea su denominación, de naturaleza cautelar y temporal adoptada por una autoridad en un Estado miembro de conformidad con su Derecho nacional con el fin de proteger a una persona cuando existen razones

graves de considerar que la integridad física y/o psicológica o la libertad de la misma está en peligro”.

Añade el precepto que tendrán la consideración de ‘medidas de protección’, particularmente, las siguientes: a) la prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o áreas definidas en las que la persona protegida reside, trabaja o que esa persona frecuenta; b) la prohibición de ponerse en contacto con la persona protegida, por el medio que sea, bien por teléfono, correo electrónico u ordinario o cualquier otro medio; c) la prohibición de aproximarse a la persona protegida a una distancia menor de la prescrita; y d) la decisión por la que se atribuye el uso exclusivo de la vivienda común de dos personas a la persona protegida.

En cuanto al resto de definiciones, interesa hacer notar que aquí ya no se habla de ‘Estado de emisión’ y de ‘Estado de ejecución’, sino de ‘Estado miembro de origen’ y ‘Estado miembro de reconocimiento’, respectivamente.

Por otra parte, hay que hacer constar que el procedimiento de reconocimiento de las medidas de protección se simplifica en relación con el previsto en la Orden Europea de Protección, pues, como pone de manifiesto el art. 4, “Las medidas de protección adoptadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin que sea necesario recurrir a procedimiento especial alguno y sin posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento si la decisión ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el artículo 5”.

El certificado al que se refiere el art. 4 no es sino un formalismo que acredita que se ha dictado una medida de protección en el Estado miembro de origen, debiendo la víctima presentarlo a las autoridades del Estado miembro en el que pretenda hacer valer la medida de protección (art. 5.1). El certificado debe incluir, al menos, la descripción de la medida formulada de manera que facilite el reconocimiento y, en su caso, la ejecución en el segundo Estado miembro (art. 5.2). En fin, las autoridades competentes del Estado miembro de origen expedirán el certificado de oficio o previa petición de la persona protegida de acuerdo con el formulario normalizado establecido en el anexo de la Propuesta de Reglamento (art. 5.3); debiendo expedirlo, únicamente, cuando se hayan salvaguardado los derechos fundamentales a que se refiere el art. 10 (art. 10.1).

En este sentido, la persona causante del riesgo que no haya comparecido en el Estado miembro de origen podrá solicitar el reexamen de la medida de protección ante las autoridades competentes de aquél cuando: a) el escrito de demanda o documento equivalente no se le hubiere notificado con antelación suficiente y de manera tal que hubiera podido organizar su defensa; o b) no hubiere podido impugnar la demanda por causa de fuerza mayor o debido a circunstancias

extraordinarias, ajenas a su responsabilidad, a menos que no hubiere impugnado la medida de protección, cuando hubiera podido hacerlo (art. 10.2).

Igualmente, “Cuando la medida de protección fuere ordenada sin que se cite a la persona causante del riesgo a comparecer y debiere ser reconocida y/o ejecutada sin notificación previa a ésta, la persona causante del riesgo tiene derecho a impugnar la medida en virtud del Derecho del Estado miembro de origen” (art. 10.3).

En cambio, las medidas de protección adoptadas en el Estado miembro de origen no podrán ser objeto de revisión en cuanto al fondo en el Estado en que se solicite su reconocimiento y/o ejecución (art. 11).

En otro orden de ideas, tal y como ocurría en el caso de las medidas contenidas en una Orden Europea de Protección, puede suceder que el Estado miembro de reconocimiento no contemple en su legislación la medida de protección que se pretende hacer valer en su territorio, ante lo cual “la autoridad competente en ese Estado miembro adaptará la medida, en lo que sea posible, a una conocida conforme a su propio Derecho, que tenga efectos equivalentes y persiga objetivos e intereses similares” (art. 8).

Por otro lado, es posible que algunas medidas de protección requieran que las autoridades competentes del Estado miembro de reconocimiento intervengan de forma activa para darles eficacia (art. 9.1). Cuando ello ocurra, la autoridad competente del Estado miembro de reconocimiento aplicará las normas previstas en su propio Derecho para medidas de protección similares, sin necesidad de ningún procedimiento especial (art. 9.2).

El art. 12, por su parte, se refiere a los casos de denegación, suspensión o retirada del reconocimiento o de la ejecución. Así, la autoridad competente del Estado miembro de reconocimiento podrá, previa petición de la persona causante del riesgo, “denegar el reconocimiento de la medida de protección adoptada por el órgano jurisdiccional de origen si fuere inconciliable con una decisión adoptada en el Estado miembro de reconocimiento” (art. 12.1).

Supuesto distinto al anterior es que la medida de protección se suspenda o retire en el Estado miembro de origen, en cuyo caso la autoridad competente del Estado miembro de reconocimiento, previa petición de la persona causante del riesgo, “suspenderá o retirará el reconocimiento y, en su caso, la ejecución de la medida de protección”, debiendo presentarse la solicitud cumplimentando el modelo de formulario que figura en el anexo II (art. 12.2).

No es posible, en cambio, denegar el reconocimiento de la medida de protección porque el Derecho del Estado miembro de reconocimiento no permita una medida de este tipo fundada en los mismos hechos (art. 12.3).

Por lo demás, la autoridad competente del Estado miembro de origen notificará de inmediato a la persona causante del riesgo y a la persona protegida de conformidad con su propio Derecho: a) la adopción de la medida de protección; b) si procede, las medidas de ejecución correspondientes; c) si procede, las sanciones en caso de incumplimiento de la medida de protección; y d) cualquier suspensión o retirada de la medida de protección (art. 13.1).

Del mismo modo, una vez recibido el certificado al que se refiere el art. 5, las autoridades competentes del Estado miembro de reconocimiento notificarán de inmediato cuando sea necesario a la persona causante del riesgo y a la persona protegida de conformidad con las normas del Reglamento (CE) n° 1393/2007: a) el reconocimiento de la medida de protección; b) si procede, las medidas de ejecución correspondientes; c) si procede, las sanciones en caso de incumplimiento de la medida de protección; y d) cualquier suspensión o retirada de la medida de protección (art. 13.2).

**NUEVAS POSIBILIDADES DE MOVILIDAD SOCIETARIA
INTERNACIONAL EN ESPAÑA.**

***NEW POSSIBILITIES FOR INTERNATIONAL CORPORATE
MOBILITY IN SPAIN***

Rev. boliv. de derecho n° 14, julio 2012, ISSN: 2070-8157, pp. 38-63



Paola N.
RODAS
PAREDES

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de febrero de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 3 de marzo de 2012

RESUMEN: El presente trabajo analiza la viabilidad que el recientemente modificado régimen legal del traslado internacional del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas, puede tener, a la hora de garantizar la movilidad societaria internacional. Con este fin, se analiza no sólo el procedimiento de salida, sino también el procedimiento previsto para que sociedades extranjeras puedan trasladarse definitivamente a España.

PALABRAS CLAVE: Derecho mercantil, Derecho de sociedades, domicilio social, modificaciones estructurales, movilidad internacional, sociedades extranjeras..

ABSTRACT: This paper analyzes the feasibility of the newly amended Spanish legal regulation of the international transfer of registered office of Spain's business companies, in order to ensure international corporate mobility for them. To this end, we analyze not only the emigration procedure, but also the procedure provided for foreign companies to move permanently to Spain.

KEY WORDS: Business Law; Corporation Law, Registered Office, Structural Amendments; International Mobility, Foreign Corporations.

SUMARIO: I. INTRODUCCION II. LA NUEVA REGULACIÓN DEL TRASLADO INTERNACIONAL DEL DOMICILIO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESPAÑOLAS, I. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE TRASLADO 2. PRESUPUESTOS PARA EL TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL DE SOCIEDADES ESPAÑOLAS AL EXTRANJERO (PRESUPUESTOS DE “SALIDA”) 3. PROYECTO DE TRASLADO A. Obligaciones de publicidad del proyecto de traslado B. Informe de los administradores 4. ACUERDO DE TRASLADO A. Requisitos para la aprobación del proyecto de traslado en Junta General B. Impugnación por nulidad o anulabilidad del acuerdo de traslado 5. PROTECCIÓN DE SOCIOS CONTRARIOS AL TRASLADO A. Derecho de separación a. Régimen jurídico general b. Problemas de adaptación en cuanto al ejercicio del derecho de separación c. Problemas en cuanto a los efectos 6. DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES SOCIALES A. Presupuestos del derecho de oposición B. Ejercicio del derecho de oposición C. Efectos de la oposición 7. EFICACIA DEL TRASLADO III. REGULACIÓN DEL TRASLADO INTERNACIONAL DEL DOMICILIO ESTATUTARIO DE SOCIEDADES EXTRANJERAS A ESPAÑA 1. LEGISLACIÓN ANTERIOR 2. NUEVA ORDENACIÓN (PRESUPUESTOS DE “ENTRADA”) A. Sociedades constituidas dentro de la UE B. Sociedades constituidas fuera de la UE.

I. INTRODUCCION

La movilidad societaria internacional, entendida como la capacidad de una sociedad mercantil de transferir a un Estado distinto del de su constitución, su domicilio social estatutario, ha experimentado en los últimos años un gran debate merced al desarrollo, en el seno del Derecho comunitario, de la libertad de establecimiento¹.

En efecto, la delimitación del alcance de la movilidad internacional de una sociedad mercantil significaba, hasta hace no muy poco tiempo, plantearse grandes incógnitas respecto a su viabilidad tanto a nivel europeo, como internacional². El particular desarrollo del Derecho europeo en este ámbito, tanto a nivel normativo³ como jurisprudencial⁴, ha sido determinante a la hora de propiciar la actualización del régimen legal del traslado internacional de domicilio social en España⁵.

1 Al respecto, EMBID, IRUJO, J. M., “Aproximación al Derecho de Sociedades de la Unión Europea: de las Directivas al Plan de Acción”; NUE, Núm. 252, 2006.

2 Véase por todos, BLANCO FERNÁNDEZ, J. M., “La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas”, RDM, 1992, Vol. 203-204, pág. 245 y sigs.

3 Reglamento (CE) 2157/2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

4 Respecto al desarrollo de la libertad de establecimiento primaria véase MUCCIARELLI, F.; “Company “emigration” and EC freedom of establishment: *Daily Mail* revisited” EBOR, Vol. 9, 2008, pg. 277 y sig., y también RODAS PAREDES, P., “Alcance del derecho de establecimiento primario en la Unión Europea: Comentario a la STJCE de 16 de diciembre de 2008, C-210/06, *Cartesio*”, RDM, Núm. 271, 2009, pg. 261 y sigs.

5 Tal y como señala la Exposición de Motivos de la Ley 3/2009, la inclusión de un régimen de traslado de domicilio estatutario en el Reglamento (CE) 2157/2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad anónima europea, ha propiciado su regulación en nuestra legislación.

• Paola N. Rodas Paredes

Prof.ª Lectora de Derecho Mercantil
Universitat Rovira i Virgili

II. LA NUEVA REGULACIÓN DEL TRASLADO INTERNACIONAL DEL DOMICILIO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESPAÑOLAS

El traslado de domicilio social al tener dos ámbitos de aplicación práctica distintos – el nacional y el internacional – es a su vez, según se trate de uno u otro, una modificación estatutaria y estructural. En efecto, en relación al estudio de nuestro interés, el traslado internacional del domicilio social estatutario, debe considerarse una *modificación estructural*⁶, en razón de la alteración que su modificación significa en el contenido objetivo de los estatutos sociales⁷. De esta manera, se entiende la extensión de este concepto al régimen del traslado del domicilio social al extranjero, ya que el mismo supone una alteración de la ley aplicable al contrato de sociedad, de manera que se modifica la configuración básica de la sociedad, siendo esta la razón por la que el legislador reconoce a los socios minoritarios y a los acreedores sociales, la posibilidad de proteger sus derechos a través del derecho de separación para unos, y del derecho de oposición para los otros.

Por otra parte, la tradicional falta de coordinación en cuanto a la regulación del domicilio social como elemento para determinar la *nacionalidad* española de las sociedades mercantiles, ha dificultado en gran medida el desarrollo de la institución del traslado de domicilio social al extranjero.

Efectivamente, con anterioridad, en materia de modificaciones estructurales, la regulación del traslado internacional de domicilio social se centraba principalmente, en sede de anónimas en el Art. 149 LSA, y en sede de limitadas en el Art. 72.2 LSL. Estos preceptos eran considerados *una norma para el futuro*⁸ puesto que, doctrinalmente, se había llegado a la conclusión de que no era posible su aplicación práctica dada la falta de Convenios internacionales vigentes en España que permitieran la transferencia del domicilio social al extranjero garantizando el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad⁹.

6 Definidas por EMBID IRUJO, J. M., "Principios de tratamiento de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en el Derecho español", CDC Núm. 28, 1999, pág. 33, como el "conjunto heterogéneo de operaciones relativas a las sociedades mercantiles caracterizadas por alterar decisivamente el marco jurídico, organizativo y patrimonial derivado del negocio de fundación de la sociedad". Sobre la consideración del traslado internacional de domicilio social como modificación estructural, véase SEQUEIRA MARTÍN, A.; "Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: V. Traslado internacional del domicilio social"; RdS Núm. 31, 2008, pág. 83, y también SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., "Traslado a España de sociedad extranjera. Traslado al extranjero de sociedad española", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 58.

7 BENAVIDES VELASCO, P.; *El domicilio de las sociedades mercantiles de capital*; Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 168.

8 BLANCO-MORALES, P.; *La transferencia internacional de Sede Social*, Pamplona, 1997, pg. 133.

9 También en este sentido, BLANCO FERNÁNDEZ, J. M.; "La nacionalidad..." ; op. cit., pg. 273, PRETEL SERRANO, J.; "Nacionalidad y domicilio de la sociedad anónima;" AAMN, Tomo XXX; 1991; pg. 243; OLIVENCIA, M.; "Nacionalidad y domicilio de las sociedades anónimas" en *Academia Sevillana del Notariado*; Edersa; Madrid, 1993, pg. 506., MARTÍNEZ SANZ, F.; *La separación del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*; McGraw-Hill; Madrid 1997, pg. 64, SÁNCHEZ CALERO, F.; "La nacionalidad de la sociedad anónima"; RdS Núm. 1; 1993, pg. 57; 59

Sin embargo, los avances en relación con la armonización del Derecho comunitario de sociedades, así como la jurisprudencia comunitaria en la materia¹⁰, finalmente han conseguido que el legislador español vea la necesidad de completar y ampliar el régimen jurídico del traslado de domicilio. Dicha ampliación se ha llevado a cabo a través del Título V (art. 92 al 103) de la Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Esta reforma, no puede ser sino bienvenida, aunque se hecha en falta una regulación más completa en el ámbito del régimen legal de la nacionalidad de las sociedades mercantiles que, como acabamos de analizar, carece en estos momentos, de una regulación sistemática¹¹.

En relación a los objetivos que se pretenden alcanzar a través de la regulación del traslado de domicilio, a nuestro entender son tantos como tipos societarios a los que va dirigido¹². En relación con las fuentes que han servido de fundamento para esta reforma legislativa es innegable, como ya ha sido señalado¹³, la influencia que el Reglamento de la Sociedad Anónima Europea y la propuesta de 14ª Directiva sobre la transferencia de sede estatutaria de una sociedad de un Estado miembro a otro con cambio de ley aplicable, han tenido en relación con la ordenación de este instituto.

1. Ámbito Subjetivo de aplicación de la normativa de traslado

La nueva normativa del traslado de domicilio, en relación con las sociedades españolas, se aplica a un ámbito subjetivo más restringido que aquel previsto con carácter general por la LMESM¹⁴. En efecto, la aplicación de la normativa del traslado internacional de domicilio establece dos requisitos adicionales. En primer lugar, se requiere que la sociedad mercantil sujeto de traslado sea considerada española¹⁵. En

10 Ver de manera general sobre el proceso de armonización de la legislación comunitaria, EMBID Irujo, J. M.; "Aproximación al Derecho de Sociedades..." , op. cit., pág. 5 y sig., y también RODAS PAREDES, P., "La libertad de establecimiento de las personas jurídicas en el TJCE" en VITOLO/EMBIID (coords.) III Congreso Argentino-Español de Derecho mercantil: El Derecho de sociedades en un marco supranacional: Unión Europea y Mercosur, Comares, Granada, 2007, pág. 119 y sigs.

11 También debe tomarse en cuenta, aunque excede del ámbito de nuestro análisis, que el mayor o menor éxito de esta nueva regulación sobre el traslado de domicilio dependerá, no solo de los factores que a continuación estudiaremos, sino también del trato en materia fiscal que la transferencia de los activos de la sociedad reciban por parte de la Agencia Tributaria española. Al respecto será decisiva, sin duda, la transposición de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro.

12 Un listado más o menos exhaustivo puede encontrarse en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., "Traslado a España de sociedad extranjera..." , op. cit., pág. 57

13 SEQUEIRA MARTÍN, A.; "Comentario al Proyecto de Ley..." ; op. cit., pg. 84.

14 Art. 2. *La presente Ley es aplicable a todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución (...)*

15 Esta aseveración puede parecer superflua a primera vista; sin embargo, debemos tener en cuenta que la atribución de la nacionalidad española a las sociedades mercantiles no es un tema pacífico, de manera que es posible que en el futuro surjan problemas en esta sede. A pesar de los esfuerzos del legislador – véase la reciente reformulación que los antiguos Art. 5 y Art. 6 de la LSA y Art. 4 y Art. 5 de la LSL han sufrido en el RDL 1/2010 que aprueba el Texto refundido de la Ley de sociedades de capital, en concreto los nuevos Art. 8, 9 y 10 – los más recientes comentarios (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "Disposiciones Generales (Título I artículos 1 a 18)", RdS núm. 36, 2011, pág. 54 y sigs.) dan cuenta de la necesidad que aún persiste, de interpretar la legislación

un contexto de integración dentro del Mercado Interior Europeo, esta limitación es, por una parte, lógica, y además acertada, puesto que de esta manera se evitaría el “uso” de nuestra normativa para regular el traslado que una sociedad extranjera (y precisamos, aunque la misma actuara exclusivamente en territorio español) pudiera hacer con la esperanza de evitar la aplicación de su normativa societaria de origen.

Otro requisito a cumplir establece que la sociedad que se traslada este previamente inscrita en el Registro Mercantil. Y ello porque el nuevo régimen legal establece determinadas garantías de publicidad a favor tanto de socios, como de los acreedores sociales y de los trabajadores de la sociedad. Estas garantías estarían vacías de contenido si no se garantizara, a través de la inscripción registral, la publicidad de los aspectos más relevantes de la vida social, así como también un cierto grado de control formal dado que la misma esta sometida al escrutinio y posterior calificación del registrador mercantil en su función de garante de la legalidad de los actos societarios que son sometidos a su calificación.

2. Presupuestos para el traslado del domicilio social de sociedades españolas al extranjero (Presupuestos de “salida”)

La principal preocupación del legislador en cuanto al traslado al extranjero de las sociedades españolas es la de garantizar el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad. Para ello como requisito previo al inicio del procedimiento de traslado se exige que el Estado receptor garantice la continuidad de la existencia societaria¹⁶.

Por otra parte, también se prohíbe el traslado al extranjero a todas aquellas sociedades que hayan entrado en fase de liquidación o concurso. Aunque la LMESM no establezca una regla al respecto, debe entenderse en nuestra opinión que esta prohibición opera desde la disolución de la sociedad (pues, recordemos, la disolución

en materia de atribución de nacionalidad, con un criterio constructivo y *exegético*, que no hace si no resaltar la necesidad de una verdadera sistematización del tratamiento legislativo en la materia.

16 Art. 93.1 LMESM. Por otra parte, la nueva normativa no ha establecido un control administrativo previo al traslado de sociedades españolas al extranjero, ni ha establecido requisitos de naturaleza económica relativos al tipo de actividad desarrollada por la sociedad que desee trasladarse o a la importancia económica de las mismas. En ello, la LMESM se aparta del legislador comunitario que, en el caso del traslado de domicilio de la SE, ha conferido a los Estados miembros la potestad de, a través de sus regulaciones nacionales en esta materia, y si así lo estiman conveniente, conceder a la autoridad respectiva del Estado donde tenga su domicilio estatutario la SE, una *cuasi* potestad de veto a la hora de autorizar el traslado de domicilio de las SE (Art. 8.14 del Reglamento (CE) 2157/2001). Debemos recordar, además, que el legislador español ha hecho uso de esta potestad en relación con las SEs domiciliadas en España a través del Art. 316 LSA, precepto que establece a favor del Ministerio de Justicia, Comunidad Autónoma y la autoridad supervisora competente del lugar en el que se encuentre domiciliada la SE española, un derecho de oposición al traslado de la sociedad a otro Estado miembro en el caso de que el mismo vulnere el *interés público* (Al respecto, GÓRRIZ LÓPEZ, C., “Art. 316”, en ARROYO, I., EMBID, J. M., GÓRRIZ, C., (Coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª. Ed., Vol. III, Tecnos, Madrid, 2009, pág. 3041 y sigs. Con independencia del mayor o menor acierto, o de las críticas que pudieran señalarse sobre la existencia de esta *cuasi* potestad de veto en el marco de la SE (tema que no puede desarrollarse en esta sede), sí que nos parece relevante señalar aquí la incongruencia de mantener dos criterios diferentes para SE y para LMESM, y ello máxime cuando la SE, por ser un tipo societario primordialmente concebido para sociedades de dimensión europea, deberían tener un mayor acceso a la movilidad societaria.

abre la fase de liquidación de la misma) o, respectivamente, desde la fecha del auto de declaración de concurso al que hace referencia el Art. 21 de la Ley Concursal, pues el mismo tiene, y según lo prevenido en el apartado 2 de dicho artículo, efectos inmediatos.

3. Proyecto de traslado

Como en toda modificación estatutaria, el traslado de domicilio de una sociedad española al extranjero se desarrolla a través de un procedimiento en el que surgen distintos deberes u obligaciones y derechos.

La LMESM prevé la obligatoriedad de la elaboración de un proyecto de traslado para el caso de traslado de sociedades españolas al extranjero. Dicho proyecto constituye la piedra angular sobre la que deberán cumplirse los deberes de las partes interesadas en el traslado y reflejarse la modificación en los intereses de los afectados por el mismo. Este documento deberá ser redactado por los administradores de la sociedad que pretende trasladarse con un contenido mínimo fijado por ley¹⁷ cuyo objetivo principal es el de establecer de manera inequívoca, todas las previsibles consecuencias que el traslado conllevará, en el ámbito organizativo interno de la sociedad, como en relación a los derechos y deberes de los socios.

A. Obligaciones de publicidad del proyecto de traslado

Una vez redactado el proyecto, este deberá cumplir una serie de requisitos de publicidad en orden a garantizar a los posibles afectados por el traslado, el suficiente tiempo e información para que ejerzan los derechos que les otorga la ley para salvaguardar sus intereses. Al efecto la LMESM prevé la obligatoriedad de depositar el proyecto de traslado en el Registro Mercantil correspondiente, de manera que el mismo sea calificado conforme a Derecho por parte de la autoridad competente – en este caso el Registrador mercantil del lugar donde la sociedad estuviera inscrita. Posteriormente, este último fedatario deberá remitir el proyecto de traslado al Registrador mercantil central para su publicación en el BORME.

Dicha publicación deberá incluir la denominación, tipo social y domicilio de la sociedad que desea trasladarse, así como los datos de inscripción del Registro y, sobre todo, deberá hacer constar cuales serán las condiciones de ejercicio de los

17 Denominación y domicilio de la sociedad; que deberá incluir los datos identificadores de la misma en el Registro Mercantil; el lugar adonde se propone trasladar el nuevo domicilio social; la propuesta de nuevos estatutos que regirán a partir del traslado a la nueva ubicación (Debe tomarse en cuenta en este punto que el traslado del domicilio social al extranjero puede conllevar una transformación del tipo social, puesto que incluso dentro del ámbito de la CE es posible que nos encontremos con la falta de un tipo social equivalente en el Estado receptor, o incluso que la misma sociedad desee aprovechar la oportunidad para cambiar su tipo social). También es obligatorio incluir la nueva denominación social, ya sea simplemente en cuanto a la identificación del nuevo tipo social, o a una modificación total de la denominación social; el calendario previsto para el traslado, y los derechos previstos para la protección de socios, acreedores sociales y trabajadores.

derechos de los socios y de los acreedores sociales para que puedan ejercer tanto el derecho de separación, en el caso de los primeros, como el de oposición al traslado, en el caso de los segundos. Por último también deberá incluirse la ubicación del sitio donde podrá obtenerse mayor información sobre estos dos últimos aspectos¹⁸.

Sobre este último punto, debe resaltarse nuevamente la influencia del Derecho comunitario en cuanto a la ampliación de los sujetos tutelados por los derechos de información, puesto que no solamente se incluye entre sus beneficiarios a los socios¹⁹, sino también a los acreedores sociales²⁰.

B. Informe de los administradores

Al igual que en el caso de otras modificaciones estructurales, el legislador ha estimado conveniente incluir, para el traslado internacional de domicilio, la obligación, por parte de los administradores, de *explicar* el proyecto de traslado a través de un informe, pues se pretende que los accionistas puedan conocer, de manera anticipada, la razón de ser, el fundamento y la justificación de la propuesta que se somete a su aprobación²¹.

En relación con la información que debería contener este informe, los administradores además de explicar y justificar los aspectos jurídicos y económicos del proyecto, deberán aportar datos suficientes para dotar a los socios de elementos

18 Acorde con los tiempos actuales no podemos dejar de pensar que esta previsión tiene en mente la publicación del proyecto de traslado en la página web de la sociedad que desea trasladarse.

19 El derecho de información ha sido de siempre una prerrogativa integrada en los derechos que integran la condición de socio. Considerado como uno de los derechos consustanciales de la condición de socio-accionista. Si bien es cierto que, de acuerdo con URÍA, R.; *La información del accionista en Derecho español*; Civitas, Madrid, 1976, pg. 15 – 53, en un momento dado la LSA 1951 dio mayor relevancia a los derechos de información del accionista que otros ordenamientos jurídicos de la época, poco a poco la legislación en la materia a nivel europeo fue desarrollándose, no solo a nivel de los ordenamientos jurídicos particulares, sino especialmente a nivel de Directivas europeas, las cuales además procuraron garantizar, sobre todo, la veracidad de la información puesta al alcance del socio. De esta manera reflejan URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; MUÑOZ PLANAS, J.M.; “La junta general de accionistas”, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M.; *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*; T.V; Civitas, Madrid, 1992, pg. 242, dicho cambio, al señalar que “del derecho de información del accionista, que puede o no ejercitar, se ha pasado al deber de información de la sociedad; y del interés del accionista actual, como base de aquel derecho, al interés del accionista potencial y del público en general, como fundamento de la protección”.

20 La aplicación del derecho de información a los acreedores sociales fue adoptada por nuestra legislación con la LSA de 1951 en relación a la reducción de capital. Al respecto ESCRIBANO GÁMIR, R.; *La protección de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social y a las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas*; Aranzadi, Pamplona, 1998, pág 199, destaca, acerca del sistema adoptado por la legislación española, que el mismo configura una protección *a priori* de los derechos de crédito, ya que la LSA no permitía la inscripción de la reducción durante el plazo de oposición, con el fin de supeditar la eficacia y la ejecución de la operación al hecho de que la sociedad deudora atendiera los derechos de crédito de sus acreedores. En relación al derecho de información como instrumento esencial de protección del socio en la escisión, ver GUASCH MARTORELL, R.; *La escisión de sociedades en el derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*; Civitas, Madrid, 1993, pg. 128.

21 IGLESIAS PRADA, J. L.; BELTRÁN, E.; “A propósito de la propuesta y del informe justificativo relativos a las modificaciones estatutarias: viejas y nuevas ideas”, en A.A.V.V.; “*Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*”; Vol. II, McGraw-Hill; Madrid, 2002, pg. 2272, o como señalan BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.; “Fusión y escisión”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.(coord.); *La sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, 2ª Ed.; Cizur Menor, 2006, pg. 746, y PEREZ TROYA, A., *La tutela del accionista en la fusión de sociedades*, Civitas, Madrid, 1998, pg. 163, manifestar y acreditar “el buen fundamento y razonabilidad de la propuesta, desde el prisma del interés social”.

de juicio adecuados con los que poder apreciar la bondad de la operación, explicando la motivación, en este caso del traslado, desde un prisma económico²². Por otra parte, en relación con los límites de esta función informativa, consideramos que debería buscarse un equilibrio entre los intereses de los accionistas – protegidos a través del acceso a la información de los aspectos esenciales del traslado – y el posible daño al interés social que el acceso a la información particular pudiera ocasionar, aunque en caso de conflicto creemos justificado la extensión de este derecho dado que no existe, como en el caso de la fusión o la escisión, una segunda sociedad beneficiaria.

En relación con el plazo para su publicación, la nueva normativa no establece un plazo determinado para la publicación del informe; sin embargo, dado que deberá estar a disposición de quienes tengan derecho a examinar la documentación pertinente antes de la junta convocada para decidir sobre el proyecto de traslado, estimamos que el informe deba estar elaborado con antelación a la publicación de la convocatoria de junta general²³.

4. Acuerdo de traslado

A. Requisitos para la aprobación del proyecto de traslado en Junta General

La LMESM regula con detalle determinados aspectos de la convocatoria de la junta general llamada a aprobar el proyecto de traslado de domicilio. De esta manera se busca potenciar la tutela de los intereses en conflicto a través del establecimiento de la fecha del depósito del proyecto de traslado en el Registro mercantil correspondiente, como punto de referencia para el inicio del plazo mínimo de dos meses que deben transcurrir entre la convocatoria de la Junta general que debe aprobar el proyecto, y su efectiva realización²⁴. También se prevé la publicación, junto con la convocatoria de junta, de datos puntuales encaminados a asegurar que los asistentes a la misma conozcan, sobre todo, el lugar adonde se pretende trasladar el domicilio, así como los derechos de las partes interesadas en el traslado.

Por otra parte, se prevé que el procedimiento de convocatoria para la adopción del acuerdo de traslado, las mayorías necesarias para obtenerlo y los requisitos para la posterior publicación del mismo, serán distintas, según de que sociedad se trate, puesto que la LMESM establece que todos estos aspectos se realizarán de acuerdo con *los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se traslada*²⁵.

22 GUASCH MARTORELL, R.; *La escisión de sociedades...*, cit., pg. 185 y sig.

23 En este sentido también CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.; y PÉREZ TROYA, A.; *Artículo 237*, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M.; *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo IX, vol. 2, Civitas, Pamplona, 2008, pg. 215

24 Al mismo tiempo, como veremos a continuación, también marca la fecha hasta la cual se extiende la tutela de los intereses de los acreedores sociales, puesto que solo nacerá el derecho de oposición para aquellos anteriores a la fecha de depósito del proyecto de traslado.

25 Art. 97 LMESM. Para un análisis más pormenorizado de los posibles problemas que este artículo plantea, véase

B. Impugnación por nulidad o anulabilidad del acuerdo de traslado

De acuerdo con la legislación vigente, si el acuerdo de traslado incurriera en causa de impugnación, correspondería remitirse al régimen de impugnación de acuerdos sociales previsto en el capítulo IX de la Ley de sociedades de capital. Sobre este particular, la aplicación del principio de mayoría como requisito de validez viene a exigir el cumplimiento de las normas legales imperativas y estatutarias, las cuales, a su vez, tienen por objetivo ejercer algún medio de control sobre los acuerdos alcanzados por la mayoría²⁶. De otra manera, podrían llegar a imponerse a la sociedad acuerdos que perjudiquen a la sociedad en beneficio de algunos socios o de terceros²⁷. Si bien es cierto que la previsión de una calificación registral previa al traslado (Art. 101 LME SM), antes de cerrar el registro de la sociedad, es previsible que contribuya a disminuir el recurso al procedimiento de impugnación de acuerdos sociales, no es menos cierto que, previa conclusión del procedimiento de traslado, y antes de dicho control registral, pueden darse casos en los cuales, los socios de la sociedad emigrante puedan sentirse legitimados a impulsar tal procedimiento de impugnación. De acuerdo con la legislación vigente, el acuerdo de traslado internacional podría ser impugnado, de conformidad con las normas establecidas en el Art. 204 LSC, ya sea en el caso de acuerdos nulos²⁸, o anulables²⁹.

ECHEBARRIA SANZ, J. A., "Fase decisoria. Tutela de los intereses de socios y acreedores" en RODRIGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 95.

- 26 EMBID IRUJO, J.M.; "Notas sobre la impugnación de acuerdos sociales en la Ley española de Sociedades Anónimas"; NÚE, Núm. 121, 1995, pg. 49, por otra parte BOQUERA MATARREDONA, J.; *La junta general de las sociedades capitalistas*; Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pg. 188; IGLESIAS PRADA, J. L.; GARCÍA DE ENTERRÍA, J.; "Los órganos sociales de las sociedades anónima y limitada", en MENÉNDEZ, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Civitas 3ª Ed., Cizur Menor, 2005, pg. 370, destacan el papel de la impugnación de acuerdos sociales en asegurar un control judicial sobre los mismos, de manera que se pueda garantizar su conformidad con el interés social.
- 27 BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.; "Impugnación de acuerdos sociales (Acuerdos impugnables)", en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (coord.); *La sociedad de responsabilidad...*, cit., pg. 414.
- 28 Si el acuerdo de traslado de alguna manera fuera en contra del "orden público", la acción de nulidad estaría exenta del plazo de caducidad establecido en la LSA y sería por tanto imprescriptible. La doctrina ha discutido el contenido de la expresión "orden público" en este contexto (EMBI ID IRUJO, J.M.; "Notas sobre la impugnación..."; cit., pg. 52), por nuestra parte, creemos correcta la tesis que considera como tal la contravención de los principios esenciales del ordenamiento, puesto que éstos no pueden ser desconocidos en modo alguno – en el sentido del Art. 1255 del CC –, planteándose la restricción del significado de esta expresión a la protección exclusiva de los principios y derechos protegidos por la Constitución, tomando como criterio interpretativo a los "principios configuradores" del tipo social (véase BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.; "Impugnación de acuerdos...", cit., pág. 434, y ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A.; *Impugnación de acuerdos...*, cit., pág. 59. Una interpretación más abierta por parte de JIMÉNEZ DE PARGA, R., "La impugnación de los acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima", en AA.VV.; "Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont", Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 1805, que extiende la sanción de nulidad a preceptos legales dispositivos. Sobre el mismo tema, la jurisprudencia ha establecido ciertos parámetros interpretativos de la aplicación del "orden público" a la nulidad de la junta, en particular la STS de 5 de febrero de 2002 [R] 2002\1600], que a su vez se remite a la definición de este concepto establecido por la STS de 5 de abril de 1966 y de 31 de diciembre de 1979 [R] 1979\4499]).
- 29 La exigencia básica para legitimar esta acción es la contravención de los estatutos sociales, o la lesión de los intereses de la sociedad a favor de uno o varios socios o terceros. Respecto del primer punto, debe tenerse en cuenta que si una norma imperativa es reproducida en los estatutos, su incumplimiento conllevaría nulidad y no anulabilidad. Por otra parte si en los mismos se reflejara alguna exigencia superior a la determinada por ley (por ejemplo exigencia de mayor quórum), su incumplimiento daría lugar a un acuerdo anulable, pero no nulo, como ha señalado la STS de 17 de junio de 1994 [R] 1994\4930]. En cuanto a la lesión de los intereses de la sociedad por favorecer a uno o varios socios, deberá tenerse en cuenta la exigencia del requisito del nexo de causalidad entre la lesión del interés social y el beneficio para uno o varios socios (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.; "Impugnación de acuerdos..."; cit., pág. 436). Además, con respecto al interés social que se protege, deberá considerarse como tal "el interés conjunto de los socios" (en este sentido, EMBID IRUJO, J.M.; "Notas

5. Protección de socios contrarios al traslado

A. Derecho de separación

A efectos de establecer medidas protectivas en favor de aquellos socios que no estuvieran de acuerdo con el traslado de domicilio al extranjero, la LMESM ha establecido como alternativa a favor de aquellos que hubieran votado en contra del acuerdo de traslado, el derecho de separación, sirviéndose al efecto, de una remisión a lo dispuesto en el título IX de la Ley de Sociedades de Capital³⁰. De esta manera se renuncia a establecer un régimen propio en cuanto a la aplicación de este derecho en el caso del traslado de sede³¹.

a. Régimen jurídico general

En general, el derecho de separación se justifica por el cambio que una modificación estatutaria supone³². De esta manera, la alteración del contrato de sociedad establecida como una desviación sustancial respecto de alguno de los elementos de la estructura social que el legislador considera presupuesto esencial de adhesión a la sociedad³³, da lugar al nacimiento de este derecho³⁴.

Entre los elementos que configuran el derecho de separación se ha distinguido entre aquellos elementos que configuran el derecho de separación en sí, y las características relacionadas con su ejercicio, siendo parte de los primeros el reconocimiento legal o estatutario del mismo, y la irrenunciabilidad e inderogabilidad

-
- sobre la impugnación...”; cit., pág. 52, JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de los acuerdos...”, cit., pág. 1897, jurisprudencialmente, STS de 12 de julio de 1983 [R] 1983\611 I]. Por último, se establece además el requisito de que la lesión produzca beneficios económicos, véase STS de 7 de octubre 1991 [R] 1991\7444], STS de 17 de mayo de 1979 [R] 1979\1886], STS de 7 de mayo de 2004 [R] 2004\2155].
- 30 Reciente modificación del legislador; véase el Art. 2.13 del Real Decreto Ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.
- 31 SEQUEIRA MARTÍN, A.; “Comentario al Proyecto...”; cit., pg. 89.
- 32 Como señala PERALES VISCASILLAS, M. P.; *La separación de socios y partícipes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 37 y sig., el derecho de separación ha sido adoptado en nuestro Derecho a través de distintas fases originadas desde que la regla de la unanimidad para la modificación del contrato de sociedad, establecida a través del Art. 289 del CCom 1829, fuera reemplazada, para las sociedades de capital, por la de la mayoría a través del Art. 168 CCom de 1886. El posterior abandono de dicha interpretación por la LSA de 1951 propicio cualquier modificación estatutaria a la vez que concedió el derecho de separación a los accionistas con respecto a la modificación del objeto social, (Art. 85), para la transformación (Art. 135), y en caso de fusión (Art. 144), en compensación por la pérdida del poder de veto, respecto a este último punto, también FARRANDO MIGUEL; I.; *El derecho de separación del socio en la ley de sociedades anónimas y la ley de sociedades de responsabilidad limitada*; Civitas, Madrid, 1998, pg. 55-56. En relación con el derecho de separación en la LSA 1951, PÉREZ TROYA, A., *La tutela del accionista...*, cit., pg. 505 y sig., y sobre la LSL 1953, BONARDELL LENZANO, R., “Separación y exclusión de socios”, en BONARDELL LENZANO, R., MEJÍAS GÓMEZ, J., NIETO CAROL, U., (coord.) *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994, pg. 787 y sig.; Sobre el origen de este derecho en otros ordenamientos jurídicos GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, T. I, Madrid, 1976, pg. 684, y también FAJARDO GARCÍA, I. G.; *El derecho de separación del socio en la sociedad limitada*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1996, pg. 14. Estos dos últimos destacan la inclusión del derecho de separación en el Art. 225 del CCom de 1886, a fin de contribuir a la conservación de la sociedad, asimilándolo al pacto de continuación de la sociedad entre los herederos del socio fallecido.
- 33 MARTÍNEZ SANZ, F.; *La separación...*, cit., pg. 5.
- 34 Al respecto, se ha analizado la adopción de este derecho desde la contraposición de la sociedad como contrato y como institución, explicando en síntesis ambas teorías DUQUE DOMÍNGUEZ, J.; “Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría”; RdS, Núm. 1, 1993, pg. 66 y sig.

de este derecho. Dado que su atribución se sustenta sobre la base de una excepción a la regla general de la mayoría en relación con una alteración esencial del contrato de sociedad, se considera lógico que no se pueda renunciar al mismo ni que pueda ser derogado por los socios, ya que de otra manera la excepción a la regla de la mayoría estaría vacía de contenido³⁵.

En relación con las características de su ejercicio, la separación de la sociedad ha de ser voluntaria³⁶, unilateral³⁷, y sobre todo debe permitir que la sociedad continúe su existencia³⁸, procediéndose a la cancelación del registro del socio que se separa y a la reducción del capital social³⁹ para adaptarse a la nueva configuración de la misma.

El traslado de domicilio social al extranjero ha sido, desde su inclusión en el Art. 95 LSRL, una de las causas legales del derecho de separación de los socios que no hubieran votado a favor del traslado⁴⁰. De acuerdo con la evolución de este derecho, en un principio, solo se admitían causas establecidas por ley como conductas que daban lugar al nacimiento del derecho de separación, sin embargo, desde la reforma de 1995, el régimen jurídico de este derecho ha visto ampliada su tutela protectora a través de la posibilidad de incluir en los estatutos sociales otras causas que den lugar al nacimiento de este derecho. Con la LMESM, este derecho también se ha extendido a los socios de todos los tipos sociales habilitados por la nueva normativa para trasladar su domicilio social al extranjero.

La principal justificación a la hora de garantizar al socio discordante una salida de la sociedad, en el caso del traslado, es la tutela que merece el interés que dicho socio podría tener en no quedar sometido a la jurisdicción y ordenamiento jurídico de otro Estado. Esta tutela está igualmente vinculada a los costes que le podría

35 En el mismo sentido FAJARDO GARCÍA, I. G.; *El derecho de separación...*, cit., pg. 75, GIRÓN, MARTÍNEZ SANZ, F.; *La separación...*, cit., pg. 23, PERALES VISCASILLAS, M. P.; *La separación...*, cit., pg. 305, VELASCO ALONSO, A., *El derecho de separación del accionista*, Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 1976, pg. 99 y sig.

36 De esta manera se distingue la separación de la exclusión forzosa del socio, la transmisión, y la baja voluntaria, FAJARDO GARCÍA, I. G.; *El derecho...* cit., pg. 39, PERALES VISCASILLAS, M. P.; *La separación...*, cit., pg. 312.

37 Al causar baja, el socio no necesita el consentimiento del resto de socios, sino que una vez cumplido el requisito legal o estatutario, el derecho nace sin que haya necesidad de cumplir otra obligación previa salvo la comunicación por escrito a la sociedad de que se ejercita este derecho.

38 De acuerdo con VELASCO ALONSO, A., *El derecho de separación...*, cit., pg. 21, la separación del accionista no conduce a la disolución de la sociedad, porque "tanto la separación como la exclusión de socios son dos instituciones con las que se persigue salvar la subsistencia de la sociedad".

39 Respecto a este tema, ha sido muy discutido por la doctrina si el derecho de separación puede dar lugar a la mera sustitución en la titularidad de la participación social FAJARDO GARCÍA, I. G.; *El derecho...*, cit., pg. 44, distingue entre la separación en la que se reduce el número de socios con cancelación de la participación del mismo en la sociedad, y su desvinculación con posterior transmisión de las mismas a la sociedad, a terceros o a los demás socios; de este modo puede producirse la disminución en el número de socios, pero las participaciones sociales del socio saliente no se anulan, sino que en todos los casos pasan a titularidad de otra persona, no llegando a reducirse tampoco el capital social. A pesar de esta afirmación, la autora afirma la obligatoriedad, en nuestra legislación, de reducir el capital por mandato del Art. 147.3 LSA y 102 LSRL, en contra PERALES VISCASILLAS, M. P.; *La separación...*, cit., pg. 312-313.

40 De acuerdo con PERALES VISCASILLAS, M. P.; *La separación...*, cit., pg. 300 y sig., las causas legales son aquellas que el legislador considera responden a una modificación de importancia en el contrato de sociedad, y las estatutarias aquellas que procuran dirimir un conflicto societario entre minorías y mayorías.

suponer al socio el trasladarse allí donde la sociedad fije su nuevo domicilio para ejercer sus derechos de socio. En efecto, por una parte, la modificación de la ley aplicable al contrato de sociedad podría modificar diversos aspectos – entre ellos derechos y obligaciones de los socios – del funcionamiento interno de la sociedad. De esta manera, el reconocimiento del derecho de separación vendría justificado porque la posición del socio en la sociedad, y las características de ésta, no vienen dadas exclusivamente por lo dispuesto en los estatutos sociales, sino también, y principalmente, por lo señalado en la legislación aplicable a la sociedad. Una variación en dicha legislación supone pues, la variación de los elementos societarios característicos que han determinado el consentimiento inicial del socio de devenir socio de dicha sociedad.

Pero, incluso en el supuesto de que el traslado de domicilio no significara un cambio de *nacionalidad* para la sociedad – caso este que no contempla nuestra legislación – y solamente implicara el traslado de la inscripción registral de la sociedad española como tal en un registro extranjero⁴¹, debería reconocerse a los socios que así lo manifiesten, el derecho a separarse de la sociedad, puesto que el ejercicio de muchos derechos de la vida social dependen o están, en cuanto al lugar de su ejercicio, ligados al lugar del domicilio social inscrito en el Registro Mercantil. Puesto que el traslado del domicilio implica un alejamiento del socio respecto del centro de ejercicio de sus derechos políticos, los costes que podría suponerle al socio tal alejamiento, ya sea de forma temporal o permanente, suponen igualmente una variación en las consideraciones económicas que el socio ha tenido en cuenta la hora de valorar su entrada en la sociedad trasladada⁴².

De manera que el fundamento del derecho de separación en el caso del traslado del domicilio, se encuentra en la protección cumulativa que merece el socio tanto en el caso del sometimiento de la sociedad a un diferente ordenamiento⁴³, como en el de la modificación de los derechos ligados al domicilio social en sí⁴⁴.

b. Problemas de adaptación en cuanto al ejercicio del derecho de separación

Un problema nuevo que surge en el caso de la aplicación de este derecho para el traslado de la sociedad es que el mismo al no establecer una regla especial puede resultar dilatoria, puesto que no queda claro si el plazo para efectuar la posterior

41 A estos efectos, el único precedente que tenemos de una propuesta de este tipo es el KPMG, *Study on the transfer of the Head office of a company from one member state to another*, Brussels, 1993, que proponía un sistema de este tipo para solucionar el problema del traslado del domicilio a nivel europeo.

42 También podría entenderse estas variaciones como “una alteración sustancial de las condiciones de riesgo que fueron tenidas en cuenta por el socio en el momento de su ingreso en la sociedad”, MARTÍNEZ SANZ, F.; *La separación...*, cit., pg. 8.

43 FAJARDO GARCÍA, I. G.; *El derecho de separación...*, cit., pg. 61, FARRANDO MIGUEL, I.; *El derecho de separación...*, cit., pg. 98.

44 En este sentido BRENES CORTÉS, J.; *El derecho de separación del accionista*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pg. 227, por su parte, BONARDELL LENZANO, R.; CABANAS TREJO, R.; *Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pg. 48, estiman como fundamento de este derecho, el simple traslado de la sede social al extranjero, señalando que de esta manera la Ley reconoce a este suceso, la relevancia suficiente para ligar a ella la concesión de la facultad resolutoria.

reducción del capital social, deberá transcurrir, y este llevarse a cabo, antes de que la sociedad pueda obtener la certificación registral que le permita iniciar los trámites necesarios para registrarse en el Estado al que traslade su domicilio.

Por otra parte, con respecto a la legitimidad para separarse de los titulares de acciones sin voto, queda por dilucidar si el derecho reconocido en el Art. 293.1 LSC – en relación a las modificaciones estatutarias que lesionen directa o indirectamente los derechos de una clase de acciones, en este caso la de las acciones sin voto – otorga a sus titulares el derecho a separarse de la sociedad que se traslada⁴⁵. La legislación anterior⁴⁶ preveía la legitimación de los accionistas sin voto para ejercer el derecho de separación en el caso de traslado de domicilio social al extranjero. Sin embargo, dada su reciente derogación y, salvo futuras modificaciones⁴⁷, deberá aplicarse a esta clase de acciones la protección general prevista en el ya mencionado Art. 293 LSC, según la cual se prevé para estos accionistas un *derecho especial de voto*⁴⁸ dado que el traslado podría significar la desaparición de esta clase de acciones⁴⁹, o una modificación en sus derechos.

Si bien es cierto que la doctrina había llegado a la conclusión de que la protección prevista por el Art. 293 LSC, se refiere en general a la lesión de los derechos diversos propios de una determinada clase de acciones⁵⁰, también lo es que, de otra manera se deja a estos accionistas sin protección frente a la posible desaparición de la clase o la modificación perjudicial de sus derechos especiales⁵¹ fruto del cambio de *lex societatis* a consecuencia del traslado internacional de domicilio.

45 Al respecto, SAGASTI AURREKOETXEA, J.; El régimen jurídico de las acciones sin voto en el Derecho español y comparado de sociedades y valores; Civitas, Madrid, 1997, pg. 451, plantea una respuesta positiva en el caso de la transformación de la sociedad en una sociedad colectiva o comanditaria, simple o por acciones. El fundamento de esta legitimidad no es otro que la alteración de los derechos de los titulares de estas acciones, en cuanto que la transformación derivará en una modificación irreversible de sus derechos en la sociedad, en particular en el caso de la transformación a sociedad colectiva.

46 En particular, el Art. 149.2 LSA, derogado por la Disposición Derogatoria de la LMESM.

47 Por ejemplo en el siempre esperado Código de sociedades mercantiles.

48 MENÉNDEZ, A.; BELTRÁN, E.; "Las acciones sin voto (Art. 92 LSA)" en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M. (dir.); *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*; Civitas, Madrid, 1994, pg. 441.

49 Podría plantearse una situación de este tipo, si la sociedad que se traslada decide adquirir un tipo social distinto en el Estado de destino. No podemos olvidar, desde luego, que la sociedad que se traslada solo podrá elegir entre los tipos sociales vigentes en la legislación que la recibe, aunque esto no debería representar ningún problema, dado que en la mayoría de los Estados existe un tipo social equivalente a nuestra sociedad anónima, es cierto que en el caso de que, ya sea por voluntad de la sociedad que se traslada o porque la legislación del Estado receptor no prevé un tipo social equivalente a nuestra sociedad anónima, o lo prevé pero no le atribuye la posibilidad de emitir acciones sin derecho a voto, los titulares de estas acciones pueden encontrar lesionados sus derechos como socios, de manera que deberá celebrarse una junta especial, a fin de que éstos puedan decidir si están o no de acuerdo con el trasladado. Es en este supuesto en el que creemos que los socios que se declaren en contra del traslado, deberían estar legitimados a separarse de la sociedad.

50 Protegiéndose de esta manera la diversidad que caracteriza a este tipo de acciones, CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.; *Las clases de acciones en la sociedad anónima*; Civitas, Madrid, 2000, pg., 298; SÁNCHEZ ANDRÉS, A.; *El derecho de suscripción preferente*, Civitas, 2ª. Ed.; Madrid, 1990, pg. 293;

51 CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.; *Las clases de acciones...*, cit. pg. 301; MENÉNDEZ, A.; BELTRÁN, E.; "Las acciones sin voto...", cit., pg. 443

c. Problemas en cuanto a los efectos

El principal problema que plantea la nueva normativa en la materia en relación a los efectos para la sociedad del ejercicio del derecho de separación, se da en el caso de que a consecuencia del traslado, la sociedad se vea obligada a reducir el capital social, previo traslado del domicilio social al extranjero. Con anterioridad a la reforma del régimen de traslado, se había llegado a la conclusión de que efectivamente los acreedores sociales, en este caso en particular debían ver protegidos sus intereses por el derecho de oposición⁵².

El aspecto que nos plantea incógnitas, no es este, sino uno de índole más práctica. Dado que con anterioridad a la LMESM no existía posibilidad de comprobar la efectividad práctica de esta norma, no se presentaba ocasión de que se plante la aplicación real del supuesto. Sin embargo, en estos momentos la LMESM sí permitirá el traslado de domicilio, por lo tanto, si al derecho de oposición que se plantea surja como consecuencia de la reducción de capital fruto de la devolución de aportaciones por separación de los socios que no estén de acuerdo con el traslado al extranjero, se le suma el derecho de oposición previsto en el Art. 100 LMESM⁵³ ¿no debería plantearse un mecanismo unificado, de manera que el ejercicio del derecho de oposición, tanto en un caso como en el otro, pueda tramitarse al mismo tiempo o por un procedimiento abreviado?

Al respecto, se ha sugerido en estos casos la adquisición de las participaciones del socio saliente por los demás socios⁵⁴, aunque creemos resultaría más efectivo la aplicación de lo establecido por el Art. 166 LSA en relación con la presentación de garantía suficiente a satisfacción del acreedor o fianza solidaria a favor de la sociedad por entidad de crédito por la cuantía del crédito del que fuera titular el acreedor.

6. Derecho de oposición de los acreedores sociales

El derecho de oposición a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, ha venido siendo reconocido en nuestro Derecho a favor de los acreedores sociales, basándose en la necesidad de proteger a quienes han entablado intercambios comerciales con la sociedad, dada la posibilidad de que estas modificaciones supongan el nacimiento de un riesgo de impago que el acreedor no tendría por que asumir⁵⁵.

52 MACHADO PLAZAS, J., "Arts. 166-167", en ARROYO MARTÍNEZ, I.; EMBID IRUJO, J. M. (coord.); *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 1736, PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., Art. 166, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M.; *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo VII, Vol. 3, Civitas, Madrid, 1995, pág. 280.

53 Véase *infra* 6.

54 MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M. I.; "Art. 102", en ARROYO MARTÍNEZ, I.; EMBID IRUJO, J. M. (coord.); *Comentarios a la Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 994.

55 De forma parecida al derecho de separación del socio con motivo de modificaciones estructurales de la sociedad, el derecho de oposición se ha venido reconociendo en nuestro Derecho desde el CCom de 1885, que en su artículo 188, párrafo dos establecía en relación con la fusión de las sociedades del sector ferroviario y

El fundamento de este derecho es la *tutela de la garantía patrimonial* de que disfrutaban los acreedores, la cual no puede verse disminuida o anulada a consecuencia, en este caso, del traslado de domicilio⁵⁶, en aplicación del principio general que impide la disposición sobre derechos de terceros y obliga a respetar la intangibilidad o integridad de su esfera jurídica⁵⁷. La inclusión de este derecho en beneficio de los acreedores sociales en el caso del traslado de domicilio, encuentra su justificación en las cargas a que puede dar lugar dicho traslado, si los acreedores deben mantener sus vínculos con la sociedad que se traslada en su nuevo domicilio y principalmente, bajo la nueva normativa que será aplicable a la sociedad trasladada.

El régimen legal de la oposición de acreedores en la fusión aplicable, en este caso, al traslado de domicilio, reconoce como personas legitimadas para ejercer el mismo tanto a los acreedores sociales como a los obligacionistas. De esta manera, se reconoce el derecho de estos últimos en cuando acreedores de la sociedad a pedir garantía de su inversión⁵⁸. A pesar de ello, éstos podrán en junta de obligacionistas aprobar el traslado, en cuyo caso no se les reconoce el derecho a oponerse al mismo, puesto que de acuerdo con el Art. 301. I LSA, la aprobación por parte de la asamblea de obligacionistas vincula a todos sus miembros⁵⁹.

En el caso de nuestro estudio, la LMESM no prevé, a favor de los obligacionistas que no hubieran estado de acuerdo con la mayoría, en relación con la aprobación del proyecto de traslado, la existencia de algún derecho en particular:

empresas públicas, la obligación de obtener el consentimiento de los acreedores de las mismas. A pesar de ello, como ha señalado ESTEBAN RAMOS, L. M^o; *Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección*; Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pg. 153, puesto que el CCom sólo regulaba una situación particular, la protección de los acreedores en los demás casos exigía la aplicación de las normas generales de tutela previstas en el CC. Recién con la LSA de 1951 se articula la protección *a priori* de los intereses de los acreedores mediante la concesión a estos, de un plazo de tres meses desde la última publicación del acuerdo de fusión, para que se opongan a la fusión, estableciéndose dos maneras de satisfacer la oposición: pago del crédito o constitución de garantía suficiente (Art. 145).

56 DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.; *Estudios de Derecho Mercantil. Parte I*; vol. 2, Edersa; Jaén, 1972; pg. 405

57 ESCRIBANO GÁMIR, R. C.; *La protección de los acreedores sociales...*, cit., pg. 287. La naturaleza jurídica del derecho de oposición consiste en un *derecho potestativo* por virtud del cual su titular queda facultado para influir sobre una situación jurídica preexistente, y cuyo ejercicio produce la consecuencia de suspender su ejecución, evitando en consecuencia la producción de sus efectos, CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.; y PÉREZ TROYA, A.; *Artículo 243*, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M.; *Comentario al régimen legal...*, cit., pg. 352. De esta manera se concede al acreedor la facultad de intervenir en la gestión patrimonial del deudor en aras de la defensa de su derecho, DIEZ PICAZO, L.; *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*; Tecnos, 5^a Ed., Madrid, 1996, pg. 105

58 Al respecto, ESCRIBANO GÁMIR, R. C.; *La protección de los acreedores...*, cit., pg. 462, se plantea la problemática de las obligaciones convertibles en acciones, en cuanto que los efectos de las modificaciones estructurales – la autora aborda el tema desde la perspectiva de la reducción de capital, sin embargo creemos que los cambios que pueden producirse en la sociedad que se traslada, tienen la suficiente entidad como para permitirnos extrapolar sus efectos de un caso a otro – plantea dificultades a la hora de predecir sus consecuencias en la viabilidad de aquellas.

59 Por otra parte, se reconoce la legitimación del obligacionista individual a buscar la protección de su derecho de crédito en el caso de inactividad de la asamblea (DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.; *Estudios de Derecho Mercantil. Parte II*, Edersa; Jaén, 1978; pg. 410, GUASCH MARTORELL, R.; *La escisión de sociedades...*, cit., pg. 301), o en caso de que ésta no se haya celebrado aún pero el obligacionista tenga pensado oponerse aunque posteriormente la asamblea decida a favor del traslado, en cuyo caso el obligacionista disidente estará vinculado al acuerdo alcanzado por la mayoría (VARA DE PAZ, N.; “La protección de los acreedores...”, cit., pg. 1120), salvo en el caso de que decida impugnar dicho acuerdo bajo el sistema general de impugnación de acuerdos sociales –que también legitima para ello a los obligacionistas ausentes – si estimara que “el interés común se ha pospuesto o sacrificado en beneficio de alguno de sus miembros”.

A. Presupuestos del derecho de oposición

En primer lugar, se presupone la existencia de un derecho de crédito frente a la sociedad, de manera que su atribución recae sobre quienes fueran titulares de créditos pecuniarios o dinerarios y también sobre aquellos acreedores⁶⁰ de cualquier otra prestación económicamente evaluable en dinero⁶¹. El análisis de la doctrina en cuanto al tipo de derecho de crédito susceptible de generar este derecho en el caso de la fusión, ha considerado susceptible de extender su tutela a los titulares de derecho de crédito sometidos a condición, tanto suspensiva como resolutoria. Por otra parte también se ha considerado acreedores legitimados para oponerse, en este caso al traslado, a los titulares de créditos sometidos a término (art. 1125 CC y sig.) ya que se les reconoce la capacidad de ejercitar las acciones necesarias para la conservación de su derecho, incluyéndose en este caso, la facultad de oponerse al traslado⁶².

Por otra parte, una de las limitaciones establecidas por ley en relación a los legitimados para ejercer este derecho señala que solamente podrán hacer uso del mismo aquellos acreedores cuyos créditos no este suficientemente asegurados frente al riesgo que, en este caso, el traslado pudiera ocasionar. Al respecto, la doctrina especializada en este tema en cuanto a la oposición a la fusión ha planteado dudas con respecto a la interpretación que debe darse a la frase *créditos que se encuentren ya suficientemente garantizados* puede dar lugar. La anterior legislación ya había planteado dudas acerca de este *término jurídico indeterminado* sobre si el mismo se refería a la inexistencia previa de garantía o a su falta de suficiencia. Puesto que la LMESM utiliza una terminología similar, el análisis ya realizado con respecto a este problema puede resultarnos de utilidad⁶³.

La "garantía suficiente", no debería evaluarse antes de que se realice, en este caso, el traslado, sino que debe considerarse *en la situación resultante*⁶⁴, ya que la intención del legislador es que tras la fusión, el crédito pueda considerarse *adecuadamente garantizado*, por lo tanto el análisis técnico de la situación patrimonial, financiera y económica de los estados contables en relación a la solvencia, rentabilidad, o liquidez del patrimonio societario, se impone como la principal herramienta a la hora de conocer, o estimar la variación del riesgo que el traslado supone para los acreedores

60 Se incluye entre éstos a quienes añadan a tal condición otra distinta, como puede ser la de socio o administrador de la sociedad. En el primer caso estos pueden oponerse a la fusión hayan votado a favor o en contra del acuerdo correspondiente. La justificación en este último caso, se encuentra en el hecho de que el socio acreedor puede juzgar conveniente, en este caso el traslado, pero establecer la voluntad de asegurar la protección de un interés legítimo compatible con el traslado.

61 GÓMEZ PORRÚA, J. M.; ILLESCAS ORTIZ, R.; *La fusión de sociedades anónimas en el Derecho español y comunitario*, La Ley, Madrid, 1991, pg. 241; ESCRIBANO GÁMIR, R. C.; *La protección de los acreedores...*, cit., pg. 350 y sig.

62 ESCRIBANO GÁMIR, R. C.; *La protección de los acreedores...*, cit., pg. 381.

63 Ver, ESCRIBANO GÁMIR, R. C.; *La protección de los acreedores...*, cit., pg. 388.

64 CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.; PÉREZ TROYA, A.; *Artículo 243...*, cit., pg. 357 analizaron este tema en relación al antiguo régimen de la fusión.

sociales. De manera que, en último caso, deberá estudiarse cada caso concreto para determinar la existencia o no de legitimación para hacer uso de este derecho⁶⁵.

Al respecto la LMESM ha decidido ir un paso adelante en el proceso de facilitar las modificaciones estructurales, puesto que el régimen anterior había llegado a solucionar el tema de la demostración por parte del acreedor de la adecuación o no de la garantía de su crédito, a través de la vía judicial⁶⁶. El párrafo 3 del Art. 44, LMESM ha establecido, probablemente como medida destinada a evitar la paralización del traslado con sus posibles consecuencias negativas, que si el acreedor que se cree legitimado a oponerse ha ejercido este derecho, la sociedad podrá continuar con el traslado. A tal efecto habrá de notificar al acreedor; la prestación de fianza solidaria a favor de la sociedad, por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito del que fuera titular el acreedor y mientras no prescriba la acción para exigir el cumplimiento de su derecho.

Otro presupuesto que debe cumplir el derecho de crédito exigible a la sociedad, se establece en relación al momento a partir del cual adquiere esa calidad. Este deberá ser exigible, con anterioridad a la publicación del anuncio del acuerdo de traslado. Al respecto la LMESM introduce una modificación en relación al antiguo Art. 166 LSA, puesto que este señalaba como momento máximo de extensión de la tutela los créditos nacidos antes del *último anuncio* del acuerdo de reducción de capital. La doctrina había llegado a la conclusión de que si el crédito naciera antes de que se culmine el juego publicitario, pero posterior al momento de adoptarse el acuerdo, teniendo noticia de él, no estaba legitimado, su titular, para formular su oposición, dado que el principio de buena fe debería tener una aplicación extensiva en este caso⁶⁷. De esta manera, entendemos que el legislador ha querido eliminar una interpretación distinta, anticipando, al de la primera publicación del acuerdo de traslado, el momento en que la tutela de los derechos de crédito pueda resultar aplicable⁶⁸.

Por último, la ley exige que, en el momento de publicación del acuerdo de traslado, el crédito no haya vencido. Esta exigencia encuentra su justificación en la finalidad última del derecho de oposición que es la de mantener las expectativas de

65 En relación al derecho de oposición en la fusión, EMBID IRUJO, J. M.; Art. 243, en ARROYO MARTÍNEZ, I.; EMBID IRUJO, J. M. (coord.); *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, Vol. III, Tecnos, Madrid, 2001, pg. 2324., en el caso de reducción de capital, ESCRIBANO GÁMIR, R. C.; *La protección de los acreedores...*, cit., pg. 388, y en cuanto a la fusión y escisión, ESTEBAN RAMOS, L. Mª; *Los acreedores sociales...*, cit., pg. 277.

66 Apuntan a esta solución, entre otros ESCRIBANO GÁMIR, R. C.; *La protección de los acreedores...*, cit., pg. 309, ESTEBAN RAMOS, L. Mª; *Los acreedores sociales...*, cit., pg. 278.

67 Al respecto, ESCRIBANO GÁMIR, R. C.; *La protección de los acreedores...*, cit., pg. 357, PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., Art. 166, en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M.; *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo VII, Vol. 3, Civitas, Madrid, 1995, pg. 96.

68 De ello parece prueba clara el Art. 334 LSC que mantiene el texto anterior a la reforma suscitada por la LMESM y que preveía la remisión al Art. 161. LSA, y que continúa exigiendo como fecha límite para la legitimación del derecho a oponerse, que el crédito haya nacido antes de la fecha del último anuncio del acuerdo de reducción de capital.

cobro⁶⁹, ya que si el crédito hubiera vencido, lo lógico es exigir el pago, de manera que la oposición resulta innecesaria⁷⁰. Por otra parte, también se ha sugerido⁷¹, que la articulación de este sistema parece encaminada a asegurar la defensa de los intereses de los acreedores financieros, de manera que es posible que, de no extender la protección del derecho de oposición a los acreedores cuyos créditos hubieran vencido, se dejara indefensos a aquellos acreedores desprovistos de garantías.

B. Ejercicio del derecho de oposición

La declaración de oposición al traslado, no encuentra un procedimiento particular en la LMESM. Aún así, entendemos que dadas las consecuencias que el ejercicio de este derecho plantea para el proceso societario en curso, deberá exteriorizarse mediante la formulación de una declaración de voluntad de carácter recepticio⁷² que contenga los medios necesarios para facilitar su capacidad probatoria.

La nueva normativa tampoco se pronuncia directamente sobre el contenido de la declaración de oposición, pero legitima a los administradores de la sociedad que se traslada, a determinar *la forma de ejercitar estos derechos*⁷³, de manera que pueden esperarse exigencias de tipo formal y de contenidos mínimos⁷⁴.

Por último, el plazo fijado para la formalización del ejercicio del derecho de oposición, en consonancia con el objetivo de agilizar los procesos de modificaciones estructurales, se ha establecido en un mes a contar desde la fecha de publicación del último anuncio por el que se aprueba el proyecto de traslado⁷⁵.

C. Efectos de la oposición

Consecuencia principal del ejercicio del derecho de oposición es, sin duda, la suspensión del procedimiento de traslado hasta que el acreedor afectado obtenga garantía suficiente sobre su derecho de crédito. Al respecto la LMESM no deja lugar a dudas sobre el efecto suspensivo que causa el derecho de oposición, dado que el siguiente paso para la continuación del proceso de traslado, requiere la previa

69 ESCRIBANO GAMIR, R. C.; *La protección de los acreedores...*, cit., pág. 358.

70 VARA DE PAZ, N.; "La protección de los acreedores...", cit., pág. 1117.

71 PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., *Art. 166...*, cit., pág. 98 y 99.

72 Crítica con la aplicación del principio de libertad de forma se muestra ESTEBAN RAMOS, L. M^a; *Los acreedores sociales...*, cit., pg. 284, con quien coincidimos en señalar que habría sido importante que el legislador estableciera algún requisito formal dadas las posibles complicaciones en materia probatoria.

73 Art. 98, 2, 3°, LMESM.

74 La legislación anterior no establecía nada al respecto, CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.; PÉREZ TROYA, A.; *Artículo 243...*, cit., pg. 363, señalaban que un documento de esta importancia debería identificar claramente, el derecho de crédito a través de la mención del contenido esencial de sus términos, así como de cuanto se considerase conveniente para justificar la existencia del crédito en que se fundamentaba la oposición.

75 Señalan PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., *Art. 166...*, cit., pg. 105, y CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.; PÉREZ TROYA, A.; *Artículo 243...*, cit., pg. 364, que deberá considerarse como fecha de caducidad la correspondiente según el Art. 5.I del CC y Art. 60 del CCom, es decir de fecha a fecha, y si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente al del anuncio, se entenderá que el plazo expira el último día del mes.

certificación registral de haber cumplido los actos y trámites previstos antes del traslado. Evidentemente, en caso de que la sociedad no pueda llegar a un acuerdo con respecto a las garantías al acreedor oponente, siempre podrá recurrir a la fianza solidaria por entidad de crédito, prevista en el Art. 44.3 LMESM, lo cual traería como consecuencia el inmediato levantamiento de la suspensión del proceso de traslado por aseguramiento del derecho de crédito⁷⁶.

Respecto a este punto, y dado que el legislador ha establecido la constitución de la fianza como una carga para la sociedad⁷⁷, encontramos dificultades a la hora de determinar las posibles consecuencias que la continuación del proceso de traslado podría generar para un acreedor que hubiera hecho uso de este derecho, pero que – sin haber llegado a un acuerdo en relación con la garantía de su crédito – ve que la sociedad obtiene una fianza solidaria por la cuantía del crédito que desea proteger, no estando satisfecho inicia un procedimiento judicial en contra de la sociedad que se traslada, y dado que el proceso de traslado continúa y culmina, si la sociedad que se traslada no deja en nuestro país una sucursal, agencia, o establecimiento comercial, resultará oneroso para el acreedor insatisfecho, continuar con su reclamación por la vía judicial en España para asegurar el cobro de su crédito.

7. Eficacia del traslado

La nueva normativa, condiciona la eficacia del traslado de domicilio, a la inscripción en el Registro del nuevo domicilio social., fijándose la fecha de inscripción, como momento de efectividad del mismo. A consecuencia de esta exigencia, se establece una regla tácita según la cual las sociedades mercantiles españolas susceptibles de trasladar al extranjero su domicilio social, sólo podrán hacerlo a países que controlen la actividad societaria a través de un Registro Mercantil⁷⁸, y además deberán elegir como forma social alguna que tenga la capacidad u obligación de inscribirse como tal en dicho Registro mercantil, pues de otra manera no se podrá acreditar la inscripción, requisito *sine qua non* para proceder a la cancelación de la inscripción en nuestro Registro Mercantil.

76 Ya se expresaba en este sentido con respecto a la fusión, VARA DE PAZ, N.; “La protección de los acreedores...”, cit., pg. 1114, aunque posteriormente, señala el mismo autor su extrañeza respecto de la falta de mención, por parte del legislador de la posibilidad de obviar la suspensión de la fusión previo pago del crédito al acreedor oponente, caso que tampoco se ha incluido en la reciente LMESM.

77 Puesto que la sociedad que se traslada deberá encontrar una entidad financiera que quiera asumir la obligación fideiussoria hasta tanto no prescriba la acción para exigir el cumplimiento del derecho de oposición si desea continuar con el proceso de traslado – lo cual añade al traslado un coste financiero más – y además conseguir la aprobación del acreedor con respecto al fiador, estableciéndose de esta manera un contrato atípico de fianza, según señala DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*; Tecnos, 5ª Ed., Madrid, 1996, pg. 425

78 De esta manera debiera establecerse algún parámetro que permita conocer cual es el criterio por el cual se clasifican como “Registro Mercantil” a las entidades creadas por la legislación extranjera que recepcione a la sociedad que emigra.

III. REGULACIÓN DEL TRASLADO INTERNACIONAL DEL DOMICILIO ESTATUTARIO DE SOCIEDADES EXTRANJERAS A ESPAÑA

I. Legislación anterior

Sobre la recepción de sociedades extranjeras en nuestro ordenamiento jurídico anterior a la Ley 3/2009, poco o nada se puede deducir de la legislación aplicable a sociedades anónimas o limitadas. Fue a través del Art. 89 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, que por primera vez se establecieron requisitos para constatar la validez del traslado a España de una sociedad extranjera. En este caso, el mencionado artículo exigía para la legal inscripción de la sociedad en el Registro, se adjuntase el *balance del día anterior al acuerdo de cambio de nacionalidad*, y se hiciera constar en el documento de inscripción, además del domicilio social en España, el capital social, y el valor del patrimonio líquido que resulte del balance, expresados en moneda española al tipo de cotización oficial⁷⁹.

Herederas de esta normativa es, sin duda, la regulación vigente del Registro Mercantil que establece la obligatoriedad de inscripción en este registro de *las sociedades extranjeras que trasladen su domicilio a territorio español*⁸⁰, aunque dicha normativa ya no establecía requisitos de información adicional a momento de inscribir a la sociedad extranjera, sino que se remite a la Ley para establecer que actos o circunstancias debían ser susceptibles de inscripción. Es en el marco de este desarrollo legislativo que se encuadra la nueva normativa de traslado a España de sociedades extranjeras prevista por la LMESM.

2. Nueva ordenación (Presupuestos de “entrada”)

Un aspecto notable a resaltar respecto de la nueva configuración del régimen del traslado de domicilio, es la diferenciación que el legislador ha establecido en relación a los presupuestos de “entrada” – es decir los que deben concurrir para que sea posible un traslado de domicilio a España por parte de una sociedad extranjera –, respecto a los presupuestos de “salida” – estos son, los que deben concurrir para permitir el traslado de domicilio de una sociedad española al extranjero. Además, y en contraste con el régimen normativo previo a la LMESM, y pese a que éste había sido revisado con ocasión de nuestra integración en la Comunidad Europea,

79 Debe hacerse notar que estos preceptos partían de la base de que la sociedad extranjera muy probablemente ya hubiera estado registrada en España a efectos de apertura de sucursales en nuestro país. Por otra parte, la redacción del texto no es muy clara en este punto, pero se puede entender de la misma, y esto nos parece lo más lógico, que se esperaba de la sociedad extranjera que se traslada a territorio nacional, además del cumplimiento de estos requisitos particulares, que cumpliera con *las demás circunstancias precisas para la inscripción primera de Sociedad, según su clase*, es decir con los requisitos que el tipo social – ya fuera sociedad anónima, limitada o cualquiera de los otros tipos sociales previstos en el CCom – que la sociedad extranjera adoptaría al trasladarse a España.

80 Art. 81.1.I), RD 1784/1996, de 19 de Julio, que aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

se establece actualmente una normativa específica a favor de los otros Estados miembros de la UE⁸¹.

Por otra parte, en relación con las sociedades extranjeras a las que se permitirá trasladar su domicilio, y por ende sus actividades, a territorio español⁸², el legislador no establece limitación alguna. Así, no existe una exigencia de que las actividades realizadas fueran de naturaleza mercantil, ni en cuanto a la exigencia de que las mismas estén, en su país de origen, sometidas a ningún tipo de control administrativo⁸³.

A. Sociedades constituidas dentro de la UE

Con relación a las sociedades “comunitarias” el Art. 94.I párrafo 1º LMESM, establece, que las sociedades procedentes de cualquier Estado miembro, podrán trasladar a España su domicilio social. Con esta formulación, la LMESM está aplicando implícitamente el principio de reconocimiento automático de la personalidad jurídica, en cumplimiento de lo señalado por el Art. 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [*anteriormente Art. 43 Tratado UE*] (que prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro) y del Art. 54 TFUE [*anteriormente Art. 48 Tratado UE*] (que equipara la libertad de establecimiento de las personas físicas con las jurídicas).

Al respecto, no debemos olvidar que el desarrollo del principio de libertad de establecimiento primario de las sociedades mercantiles a correspondido, en relación con las sociedades constituidas bajo la legislación de los Estados miembros, a la jurisprudencia del TJCE⁸⁴. El Alto Tribunal ha reconocido la posibilidad de una sociedad constituida conforme a la legislación de un Estado miembro de trasladar su domicilio social, estatutario o efectivo, a otro Estado miembro sin perder la personalidad jurídica que ostenta en el ordenamiento jurídico del Estado miembro de constitución, señalando igualmente que los procedimientos de dicho traslado están

- 81 En efecto, el anterior Art. 149.2 LSA simplemente exigía con carácter general la existencia de un Tratado que permitiese específicamente el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad española que quisiera trasladarse al extranjero, mientras que la LMESM establece un régimen específico para sociedades “comunitarias”, que analizaremos a continuación, y que se contrapone al señalado para sociedades “extracomunitarias”.
- 82 Aunque es cierto que, llegados a la conclusión de que la única sanción prevista en nuestro ordenamiento para el caso de la contravención de la obligación de fijar, en el lugar del domicilio social de cualquier sociedad española, su centro principal de actividades, es el de que los terceros puedan considerar como domicilio cualquiera de ellos (BENAVIDES VELASCO, P.; *El domicilio...*, cit., pág. 86) no deja de ser menos cierto que la regulación del domicilio social exige la plena coincidencia entre domicilio registral y centro principal de actividades o administración central. De manera que es de esperar que a la sociedad extranjera que pretende trasladarse a nuestro país se le exija el cumplimiento de dicha normativa.
- 83 Queremos entender que esta actitud liberal en cuanto a la acogida de las sociedades extranjeras, se deba a que se considera suficiente que, dado que dicha sociedad extranjera pretende trasladarse a nuestro país, lo hará eligiendo como forma social alguna de nuestras sociedades mercantiles, y que para su inscripción como tal en nuestro Registro Mercantil, el registrador verificará el cumplimiento de nuestra normativa en cuanto a las exigencias del tipo social que la sociedad extranjera desee adoptar al trasladarse a España, al respecto véase el comentario de OLIVENCIA RUIZ, M.; NUÑEZ LOZANO, P.L. “Art. 5”, en URÍA, MENÉNDEZ, OLIVENCIA, (dirs.), *Comentario al Régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo III, Civitas, Madrid, 2007, pág. 385.
- 84 Al respecto, ROTH, W.-H., “From Centros to Ueberseering: free movement of companies, private international law, and community law”, *Int. & Comp. Law Q.*, Vol. 52, 2003, pg. 198 y sig.

determinados por la legislación nacional conforme a la cual se haya constituido⁸⁵. En este sentido, debemos de tener en cuenta que para el TJCE, la ley que determina si una sociedad puede o no trasladar su sede domicilio social estatutario a otro Estado miembro, es la ley que rige a la sociedad en el momento inmediatamente anterior al traslado⁸⁶.

La interpretación jurisprudencial de los Art. 49 y 54 TFUE [*anteriormente 43 y 48 TCE*] legitima, por tanto, a un Estado miembro para imponer a una sociedad constituida en virtud de su ordenamiento jurídico restricciones al traslado de su domicilio social efectivo fuera de su territorio, dándole la posibilidad de negar o limitar la posibilidad de conservar la personalidad jurídica que poseía en virtud del Derecho de ese Estado miembro de origen⁸⁷. Sin embargo, como hemos señalado anteriormente, en el caso de la legislación española, la única exigencia prevista, con carácter general, es que se garantice la continuidad de la existencia societaria en el Estado miembro de destino.

Otro requisito que exige la nueva normativa de traslado de domicilio, como no podía ser de otra manera, es el cumplimiento de la normativa societaria vigente en España para las sociedades que quieran trasladar a nuestro territorio su domicilio social. Al respecto, la indeterminación de los términos que emplea el legislador puede dar lugar a confusión a la hora de interpretar su alcance. Así, el Art. 94.I LMESM exige a la sociedad extranjera comunitaria *cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente*. La dicción de este artículo se nos antoja confusa, en el sentido de que la misma nos plantea una triple problemática. En primer lugar, el precepto puede plantear un problema de aplicación práctica de determinación de la normativa española que resulta exigible cumplir. Téngase en cuenta que la sociedad extranjera puede ostentar un tipo social similar a nuestros tipos societarios (sociedades anónimas, limitadas, etc.), en cuyo caso el precepto resultará de fácil aplicación: una sociedad extranjera que ostente, por ejemplo, el tipo societario propio de la sociedad anónima, deberá cumplir con los requisitos exigidos en España para la constitución de sociedades anónimas. Pero puede también darse el caso de que la sociedad extranjera ostente un tipo societario afín a uno de nuestro ordenamiento, pero no del todo coincidente⁸⁸. Inclusive, puede

85 *Apartado 70, STJCE 05.11.2002, Überseering (TJCE\2002\320)*, al respecto WOODRIDGE, F.; "Überseering: freedom of establishment of companies affirmed", EBLR, Vol. 14, Issue 3, 2003, pg. 227, y más recientemente *apartado 110, STJCE 16.12.2008, Cartesio, (TJCE\2008\311)*, sobre esta última véase también nuestro análisis "Alcance del derecho de establecimiento primario...", cit., pg. 261.

86 Véase, CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.; "Sociedades mercantiles, libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea"; RdS, 2007 (28), 64; los autores sostienen que el sistema utilizado por el TJCE es la "regla de reconocimiento comunitario de situaciones jurídicas" (*anerkennungsprinzip*), basada en la tesis de la "extensión de los efectos" que permite que la situación legal creada en un Estado miembro deba producir en otro Estado miembro los efectos legales previstos en la Ley del Estado miembro de origen

87 Crítico con esta postura, ente otros ROTH, W.-H., "From Centros to Ueberseering..., etc.", pág. 197.

88 Pensamos, por ejemplo, en una SAS francesa, que es una sociedad anónima, pero cuenta con elementos propios lo suficientemente particulares como para ser catalogada como un tipo societario propio.

que la sociedad extranjera no ostente ningún tipo societario como tal en particular, por no existir por ejemplo los mismos en el ordenamiento jurídico de origen⁸⁹.

Una interpretación estricta de este precepto podría avocarnos a dejar fuera a todas las sociedades extranjeras que no coincidan totalmente con nuestros tipos sociales, cosa que creemos harto improbable dado que en ninguna otra parte de la LMESM se establece ningún tipo de limitación en cuanto a los tipos sociales extranjeros a los que se reconoce la capacidad de trasladar su domicilio social a España. Más al contrario, al no especificar nada al respecto el Título V de la ley a estudio, se aplicaría con carácter general el Art. 2 de la misma, de manera que se reconoce la capacidad de trasladar a España su domicilio a todas las sociedades extranjeras **que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución.**

El segundo problema se plantea sobre el momento en el que debe cumplirse con la normativa española. Tal y como está redactado el precepto, parece que el mismo estuviera exigiendo que la sociedad extranjera cumpliera, **pre**-traslado, con los requisitos del tipo social español equivalente al tipo originario. Esta interpretación no nos parece correcta y ello por dos motivos. En primer lugar, porque al legislador español poco puede importarle, y poca capacidad tiene para normar sobre las características legales que deba tener una sociedad **pre** traslado, esto es, antes de que sea española⁹⁰.

Este precepto debería, en definitiva, interpretarse en el sentido de que **en** el momento en que el traslado tenga efectos jurídicos (y no con carácter previo al mismo), la sociedad extranjera debe cumplir con los requisitos del tipo societario español que ha adoptado. Lo cual es, por otra parte, evidente, pues producidos los efectos jurídicos del traslado la sociedad extranjera ya no será extranjera, sino española, y quedará por tanto sometida a la normativa de su respectivo tipo societario, para lo cual deberá adoptar una serie de actuaciones a fin de asegurar el cumplimiento de la normativa española vigente.

Esto nos lleva a la tercera problemática que es, a saber, la de determinar qué requisitos del tipo social español serían exigibles en el momento del traslado. La pregunta que cabe hacerse es ¿deben exigirse los mismos de validez que a otra sociedad española ya constituida, o deben exigirse los mismos requisitos requeridos para la constitución de una sociedad española? En nuestra opinión, y con excepción

89 Así, piénsese, por ejemplo, que la *Model Business Corporation Act* configura un tipo societario mercantil único (*corporation*), con lo que puede afirmarse que bajo la MBCA no existen los tipos sociales como tales, sino un único tipo social (en singular) que puede dar lugar a sociedades abiertas más próximas a nuestras sociedades anónimas, o más cerradas y por lo tanto próximas a nuestras sociedades de responsabilidad limitada, en función de las diferentes disposiciones estatutarias de la sociedad en cuestión.

90 No tendría sentido que el legislador español exigiera a una sociedad francesa que cumpliera con la legislación española cuando la misma todavía no ha pasado a ser "española".

de lo señalado en el segundo párrafo del Art. 94.I de la LMESM⁹¹, los requisitos a exigirse son los exigibles a una sociedad española ya constituida, y no los relativos a la constitución de una sociedad.

Analizados todos los problemas que nos plantea este particular, creemos que sería deseable la reformulación de este precepto a fin de asegurar la correcta aplicación de la normativa de traslado, y evitar la confusión de interpretaciones.

En otro orden de cosas, cabe señalar que, el cumplimiento de la normativa societaria vigente en España para las sociedades que quieran trasladar a nuestro territorio, su domicilio social también comporta la aplicación de la obligatoriedad de coincidencia del domicilio registral – estatutario con la administración central, de manera que la sociedad extranjera que transfiera su domicilio registral – estatutario, deberá, para cumplir con **lo exigido por la ley española**, trasladar también su principal establecimiento o explotación, así como ubicar en la sede estatutaria, el centro de su efectiva administración y dirección⁹².

B. Sociedades constituidas fuera de la UE

En relación a las exigencias que la ley fija para las sociedades extracomunitarias que deseen trasladarse a nuestro territorio, el legislador ha tenido en cuenta la variedad de sistemas legales existentes y la posible disparidad de vínculos de conexión elegidos por la legislación local para determinar la protección de los terceros en su relación con la sociedad extranjera. Así, a fin de procurar un sistema objetivo de determinación de la solvencia de la sociedad extranjera, se plantea la obligatoriedad de presentación de un informe de experto independiente que certifique que el patrimonio neto cubre la cifra del capital social exigido en derecho español.

Sobre este aspecto, lamentablemente, no especifica la ley la legitimación activa para elegir al experto independiente. Como medida de protección de la imparcialidad del mismo quedaría, a nuestro juicio, descartada la posibilidad de que el mismo sea elegido por la sociedad extranjera, incluso si ésta nombrara como tal a un experto español. La lógica indicaría que debería fijarse, por lo menos reglamentariamente, algún criterio para supervisar su nombramiento, bastando quizá la referencia al régimen previsto en el Art. 338 y sig. del RRM⁹³.

91 Vid. más adelante sobre este mismo artículo.

92 También en este sentido, ARROYO MARTÍNEZ, I., MERCADAL VIDAL, F., "Art. 5", en ARROYO, I., EMBID, J. M., GÓRRIZ, C., (Coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 80.

93 Por otra parte, entendemos que el experto independiente deberá aplicar, para la valoración de los activos de la sociedad extranjera, los parámetros vigentes al efecto en España, puesto que si lo que se desea es trasladarse a nuestro territorio, actuar en él y entablar relaciones económicas con este mercado, lo prudente sería que la estimación del patrimonio neto de la sociedad se realice de acuerdo a los principios contables vigentes en España.

En lo concerniente al mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad extranjera, el legislador la afirma fijando para ello, a nuestro entender, dos requisitos “de entrada”. El primero que su legislación contemple la posibilidad de trasladar el domicilio social al extranjero, y segundo, que la legislación extranjera además reconozca a la sociedad la posibilidad de mantener su personalidad jurídica al realizar dicho traslado. Todo esto es consecuencia, a nuestro entender de la aplicación del sistema bilateral de reconocimiento en materia de sociedades mercantiles, que aplica nuestra legislación⁹⁴, puesto que el mismo al limitarse a regular la atribución de nacionalidad, pero no establecer un criterio claro para determinar la atribución de “extranjería”, depende entonces, de la legislación extranjera para su determinación.

Por último, respecto de la regulación de los requisitos “de entrada”, tanto de las sociedades comunitarias, pero muy particularmente de las extracomunitarias, echamos en falta una regulación un poco más exigente a la hora de asegurarse la legalidad del traslado a nuestro país. Para el caso de que una sociedad extranjera efectivamente trasladada a España no hubiera cumplido en su país de origen con su normativa de traslado, podría haberse incluido en la nueva normativa algún tipo de certificación registral o de la autoridad competente en materia de sociedades, que de fe del cumplimiento de la normativa extranjera y de que la sociedad no se halle en proceso de disolución o concurso en el momento de iniciar el proceso de traslado – un poco a imagen de las exigencias en la materia en los supuestos “de salida”. Se trataría con ello de evitar el surgimiento de conflictos que puedan repercutir en un perjuicio para quienes, una vez trasladada la sociedad extranjera, establezcan relaciones comerciales con la misma.

94 Véase, SANCHO VILLA, D.; *La transferencia internacional de la sede social en el espacio europeo*, Eurolex, Madrid, 2001, pág. 94.

LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA

*THE CODIFICATION OF CONSTITUTIONAL PROCEDURAL
LAW IN BOLIVIA*

Rev. boliv. de derecho n° 14, julio 2012, ISSN: 2070-8157, pp. 64-85



Alan E.
VARGAS
LIMA

ARTÍCULO RECIBIDO: 31 de noviembre de 2011

ARTÍCULO APROBADO: 3 de enero de 2012

RESUMEN: El presente ensayo, pretende mostrar el incipiente desarrollo del Derecho Procesal Constitucional en nuestro país, y su actual configuración como rama especializada y autónoma del Derecho Público, a través de la inminente aprobación del Código de Procedimientos Constitucionales en la Asamblea Legislativa Plurinacional, anotando algunas sugerencias para su optimización normativa, y poniendo de relieve su necesaria incorporación al sistema de control de constitucionalidad vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

PALABRAS CLAVE: DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL – ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA – CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES – CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD – TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

ABSTRACT: The present test, it tries to show the incipient development of the Constitutional Procedural law in our country, and his current configuration as specialized and autonomous branch of the Public law, across the imminent approval of the Code of Constitutional Procedures in the Legislative Assembly Plurinacional, annotating some suggestions for his normative optimization, and emphasizing his necessary incorporation to the system of control of in force constitutionality in the State Plurinacional of Bolivia.

KEY WORDS: CONSTITUTIONAL PROCEDURAL LAW – STATE PLURINACIONAL OF BOLIVIA – CODE OF CONSTITUTIONAL PROCEDURES – CONCENTRATED CONTROL OF CONSTITUTIONALITY – CONSTITUTIONAL COURT PLURINACIONAL

SUMARIO.-

I. El surgimiento y desarrollo del Derecho Procesal Constitucional en Latinoamérica

Debemos comenzar señalando que la doctrina contemporánea es coincidente en afirmar que el uso del concepto de *Derecho Procesal Constitucional* surgió en la década de los años 40' (en pleno siglo XX), siendo su creador el jurista y procesalista español Niceto Alcalá Zamora y Castillo, a través de las obras escritas durante su exilio en Argentina y México. De ahí que, el vocablo fue utilizado por primera vez en el libro "*Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*", publicado por el mencionado procesalista exiliado en Argentina (Buenos Aires, 1944), reiterándolo en un artículo publicado en la *Revista de Derecho Procesal*, editada también en Buenos Aires, por Hugo Alsina (año III, 2da. Parte, 1945, p. 77)¹.

Años más tarde, y siguiendo éste criterio, fue el maestro mexicano Héctor Fix-Zamudio -discípulo del jurista español Niceto Alcalá Zamora y Castillo-, quien se ocupó de desarrollar y sistematizar el Derecho Procesal Constitucional como una disciplina jurídica especializada; de ahí que en su Tesis de Licenciatura en Derecho (1955) denominada "*La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana (ensayo de una estructuración procesal del amparo)*"², llegó a considerar la existencia de "*una disciplina instrumental que se ocupa del estudio de las normas que sirven de medio para la realización de las disposiciones contenidas en los preceptos constitucionales, cuando*

- 1 Luego de esto, Niceto Alcalá Zamora y Castillo emigró a México (1947) contratado por la Universidad Nacional Autónoma de México, época en la que escribe su obra: *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución a los fines del proceso)*, sosteniendo que Hans Kelsen sería el fundador del Derecho Procesal Constitucional, criterio que es compartido también por Hector Fix-Zamudio. Indudablemente, a nivel doctrinal fueron: Hans Kelsen, Eduardo Couture, Piero Calamandrei y Mauro Cappelletti, quienes aportaron las bases para el nacimiento de esta nueva disciplina.
- 2 FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana (Ensayo de una estructura procesal del Amparo)*. Facultad de Derecho, UNAM, 1955, 180 páginas, defendida en enero de 1956; obra de la cual fueron publicados dos de sus Capítulos en la *Revista La Justicia* en 1956 y luego el contenido completo en su obra *El juicio de Amparo*, Editorial Porrúa, México, 1964, pp. 5-70.

• Alan E. Vargas Lima

El autor es Abogado en ejercicio de la función pública en el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz (Gampl); con Especialidad en Derecho Constitucional por la Universidad Mayor de San Andrés (Umsa). Actualmente es Asesor Legal dependiente de la Dirección Jurídica del Gampl. Responsable del Blog Jurídico: Tren Fugitivo Boliviano (<http://alanvargas4784.blogspot.com>).

estos son desconocidos, violados o existe incertidumbre sobre su significado; siendo esta materia una de las ramas más jóvenes de la Ciencia del Derecho Procesal, y por lo tanto, no ha sido objeto todavía de una doctrina sistemática que defina su verdadera naturaleza y establezca sus límites dentro del inmenso campo del Derecho”; asimismo, hizo referencia al *Derecho Procesal Constitucional*, como aquel que se ocupa del examen de las garantías de la propia Ley Fundamental, y que están establecidas en el texto mismo de la norma suprema, llegando inclusive a conceptualizar al *proceso constitucional* como “el conjunto ordenado y armónico de actos jurídicos, en vista de la composición de la litis de trascendencia jurídica, que establece una relación de las partes con el juzgador y que se desenvuelve en una serie concatenada de situaciones”.

Posteriormente, el mismo Fix-Zamudio en sus *“Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del derecho procesal constitucional”*³, señalaba que el Derecho Procesal Constitucional puede describirse “como la disciplina jurídica, situada dentro del campo del derecho procesal, que se ocupa del estudio sistemático de las instituciones y de los órganos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos relativos a la aplicación de los principios, valores y disposiciones fundamentales, con el objeto de reparar la violación de los mismos. [...] Esta rama del derecho procesal general tiene como contenido el análisis de las tres categorías que integran lo que se ha calificado como ‘trilogía estructural del proceso’, es decir, la acción, la jurisdicción y el proceso. Pero estas tres categorías esenciales poseen aspectos peculiares en el derecho procesal constitucional, y con este motivo, como un ensayo de sistematización de la materia de esta disciplina reciente, todavía en formación, adoptamos la terminología, ya acreditada, del notable procesalista italiano Mauro Cappelletti, quien además ha sido uno de los juristas que mayores aportaciones han hecho a este sector del derecho procesal”.

Además del aporte doctrinal del citado jurista mexicano -junto a otros que se han destacado por sus aportes en el estudio de ésta disciplina en Latinoamérica-, cabe hacer referencia también al desarrollo institucional que se ha generado para promover la difusión de la naturaleza jurídica y los alcances de ésta nueva disciplina especializada del Derecho; en este sentido, se debe señalar que en 1991 fue creado el Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, el cual fue reformulado en 2003 bajo la denominación de *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, junto con la realización del Primer Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, y conjuntamente a las VII Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional, en la Pontificia Universidad Católica de Nuestra Señora del Rosario (Rosario – Argentina). Dicho Instituto ha impulsado la realización diversos Encuentros Latinoamericanos y, a su vez se han ido creando

3 Fix-Zamudio, Héctor. *Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del derecho procesal constitucional*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Derecho procesal constitucional* Tomo I. Tercera edición (México, D.F. Ed. Porrúa, 2003), p. 197.

Asociaciones Nacionales en Argentina, Chile, Colombia, México y Perú, las cuales organizan periódicamente diversos eventos académicos sobre la materia.

Por otro lado, el impulso por el estudio y análisis jurídico científico del Derecho Procesal Constitucional ha encontrado un canal importante en la creación de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*⁴ con el patrocinio del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, siendo editada por la Editorial Porrúa de México. Asimismo, el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*⁵ ha establecido una sección de la Revista dedicada al Derecho Procesal Constitucional, como también la *Revista Estudios Constitucionales*⁶ del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, tiene declarada como área de desarrollo de contenidos y análisis el derecho procesal constitucional. No puede dejar de mencionarse, en el ámbito Iberoamericano el esfuerzo desarrollado por el *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* de España, dentro del cual bajo la dirección de Francisco Fernández Segado, se publica el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*⁷.

2. Los estudios de Derecho Procesal Constitucional en Bolivia

Resulta necesario considerar que la adopción del nuevo sistema de control concentrado de constitucionalidad en Bolivia (*modelo europeo-kelseniano*), a través de la reforma constitucional efectuada en 1994, y la consiguiente implementación del *Tribunal Constitucional, como máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución*, ha dado lugar en nuestro país al surgimiento de una nueva disciplina jurídica denominada Derecho Procesal Constitucional. De manera general se puede señalar que el *Derecho Procesal Constitucional es la disciplina del Derecho Público que estudia los diversos sistemas y modelos de control de constitucionalidad, como mecanismos de defensa de la Constitución; así como el conjunto de normas que regulan la estructura, organización y funcionamiento de los órganos encargados de ejercer el control de constitucionalidad, además de los procesos constitucionales a través de los cuales se resuelven las controversias constitucionales de acuerdo a los procedimientos legalmente establecidos para su tramitación.*

En otras palabras, esta disciplina realiza un estudio teórico-doctrinal, normativo y jurisprudencial sobre los sistemas de defensa de la Constitución (control de constitucionalidad), analizando su fundamento jurídico y político, los diversos modelos de control de constitucionalidad que se han adoptado en el mundo, los mecanismos

4 La *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, editada desde el año 2004 hasta el año 2010 (Números 1 al 10), ahora se encuentra disponible virtualmente en: www.iidpc.org

5 El *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, en sus diversos números editados desde el año 2001 hasta el año 2007, ahora se encuentra disponible virtualmente en: <http://t.co/8qgf6QUs>

6 La *Revista Estudios Constitucionales*, editada desde el año 2003 hasta el año 2011, ahora se encuentra disponible virtualmente en: <http://www.cecococh.cl/>

7 El *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, en sus diversos números editados desde el año 1997 hasta el año 2011, ahora se encuentra disponible virtualmente en: <http://t.co/anb4K8cc>

y vías de *control, defensa e interpretación* de la Constitución, y finalmente también estudia los procedimientos jurisdiccionales que deben emplearse para efectivizar el control de constitucionalidad, comprendiendo el conjunto de acciones desarrolladas por los jueces y tribunales encargados de administrar justicia constitucional, tales como *la interpretación constitucional, la legitimación activa y pasiva, los procedimientos de tramitación de los recursos y/o acciones constitucionales, las sentencias constitucionales en cuanto a sus efectos vinculantes, incluyendo además el estudio de la jurisprudencia constitucional*⁸.

En este sentido, cabe hacer notar que indudablemente uno de los primeros escritos realizados en Bolivia acerca de ésta disciplina, lo constituye el ensayo sobre *Derecho Procesal Constitucional* que apareciera publicado en el año 1999⁹, por obra del ex-Magistrado e insigne jurista José Decker Morales (fallecido); en donde analizando los orígenes y la evolución del Derecho Procesal, llegó a afirmar la presencia del Derecho Procesal Constitucional en Bolivia señalando que: *“los Códigos sustantivos entran en movimiento sólo con el Derecho Procesal y, como la Constitución Política del Estado es también un conjunto diverso de normas sustantivas, también entran en función con la intervención del Derecho Procesal Constitucional”*, a cuyo efecto agregaba que su intención era precisamente poner en movimiento a las normas constitucionales a través de ésta disciplina (inexistente en aquel tiempo), aunque paralelamente admitía que sus normas, aparecían entremezcladas equivocadamente con las demás normas del procedimiento civil vigente (esto en referencia directa al Título VII denominado: *De los Procesos y Recursos previstos en la Constitución Política del Estado*, contenido en el *Código de Procedimiento Civil*, elevado a rango legislativo, mediante Ley N°1760 de 28 de febrero de 1997). Sin embargo, justificaba la necesidad de la creación de ésta disciplina especializada en nuestro país, señalando que: *“El Derecho Procesal Constitucional no es una creación cualquiera ni arbitraria; por el contrario, se trata de un derecho que consagra el orden social deseado y, por ello, interesa a la colectividad mantener la paz que caracteriza al orden social establecido. (...) los principios constitucionales no son otra cosa que el contenido de la Constitución Política del Estado. En esos principios están comprendidos, fuera de otros aspectos, los derechos y garantías constitucionales, los que para entrar en función requieren del Derecho Procesal Constitucional, como cualquiera de los códigos sustantivos. En otros términos, la Constitución Política del Estado da lugar al nacimiento del Derecho Procesal Constitucional”*.

Asimismo, después de examinar a los tratadistas que desde aquel tiempo sostenían favorablemente la creación y el contenido mínimo de ésta disciplina, cabe resaltar que este autor -en toda su sabiduría-, llegó a vislumbrar inclusive la

8 RIVERA SANTIVÁÑEZ, José Antonio. *Temas de Derecho Procesal Constitucional*. Cochabamba (Bolivia): Grupo Editorial KIPUS, 2007. Pág. 19.

9 UNIVERSIDAD CATÓLICA BOLIVIANA. *Revista Jurídica* N° 3 – (Carrera de Derecho - Unidad Cochabamba). Cochabamba (Bolivia): Imprenta ABBA, 1999. Págs. 55-66.

codificación del Derecho Procesal Constitucional, al señalar que, si bien de acuerdo a las normas previstas por los artículos 119 y 120 de la Constitución Política del Estado (reformada el año 1994), se dispuso la creación y atribuciones del Tribunal Constitucional: “sus componentes verán si el número de atribuciones es suficiente para dar solución a los diferentes procesos constitucionales que serán organizados de acuerdo con la materia que se reclama o se pretende reclamar. Los componentes del referido Tribunal, son pues los supremos intérpretes de la Constitución, pero lo más importante es que de acuerdo con los trámites que se irán sucediendo, emergerá el Código de Derecho Procesal Constitucional”.¹⁰

Ahora bien, respecto al desarrollo doctrinal de ésta disciplina jurídica en nuestro país, cabe hacer notar que los trabajos más completos sobre la materia en Bolivia, han sido elaborados por el distinguido académico y ex-Magistrado del Tribunal Constitucional, Dr. José Antonio Rivera Santivañez, quien ha desarrollado los tópicos esenciales para el estudio de la materia en su obra: *Jurisdicción Constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia*, cuya primera edición data del año 2001, con una segunda edición actualizada el año 2004, y recientemente se ha presentado ya una tercera edición de ésta obra (Cochabamba: Editorial Kipus, 2011), en donde se exponen claramente las nociones generales e indispensables para la comprensión del contenido y alcances del Derecho Procesal Constitucional, así como los distintos procesos constitucionales que son abordados en el estudio de ésta disciplina autónoma¹¹.

Por otro lado, respecto al desarrollo normativo del Derecho Procesal Constitucional en nuestro país, algunos autores han logrado distinguir algunos “momentos” históricos¹², aunque a criterio del suscrito autor, corresponde hablar más bien de etapas:

- A.) la primera etapa, a partir de la aprobación de las Reformas Constitucionales de los años 1938 y 1967, en donde se incorporaron los recursos constitucionales de *Habeas Corpus* y *Amparo Constitucional*, respectivamente, constituyéndose en las garantías constitucionales esenciales para el respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales;

10 Las ideas y el texto de éste ensayo, posteriormente también fueron publicados en: REVISTA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Número 2. Sucre (Bolivia): Editorial Judicial, 2000. Págs. 101-116.

11 Entre las obras publicadas por este autor en el año 2007, se encuentran: *El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución*, mediante el cual propugna la necesidad de su fortalecimiento y consolidación institucional en Bolivia; y sus *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, en donde ha recopilado diversos trabajos y ensayos publicados con anterioridad sobre diversos ámbitos e instituciones del Derecho Procesal Constitucional en Bolivia y Latinoamérica. Cabe mencionar también en este breve recuento, el interesante aporte del que fuera ex-Magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia, Dr. René Baldivieso Guzmán, en su obra: *Derecho Procesal Constitucional. Tribunal, Procedimientos y Jurisprudencia en Bolivia*. (Santa Cruz (Bolivia): Industrias Gráficas SIRENA, 2006), que constituye un estudio introductorio a ésta disciplina desde la perspectiva jurídica boliviana, y que incluye un repertorio de la jurisprudencia constitucional más relevante elaborada por el Tribunal Constitucional hasta ese tiempo.

12 PINTO DÁVALOS, Henry. *Nociones de Derecho Procesal Constitucional (Parte III)*. Publicado en: LA GACETA JURÍDICA, Bisenario de circulación nacional, en fecha 26 de agosto de 2011.

- B.) la segunda etapa, a través de la Reforma Constitucional del año 1994, en donde se crea e instituye el primer *Tribunal Constitucional* en Bolivia, encargado de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, con carácter vinculante y obligatorio para todos los órganos del poder público, lo que supone la instauración del sistema de control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad, ratificado mediante la aprobación de la Ley N° 1836 de fecha 1° de abril de 1998, que rige su estructura, organización y funcionamiento;
- C.) la tercera etapa, reflejada mediante la aprobación popular de la Constitución Política del Estado en el año 2009, que desarrolla ampliamente los derechos fundamentales y establece nuevas *Acciones de Defensa*; otorga jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales sobre *derechos humanos*; y además instituye un nuevo Tribunal Constitucional de carácter *Plurinacional*, encargado de ejercer la jurisdicción constitucional en Bolivia, así como la defensa de los derechos constitucionalmente protegidos, lo cual se ha ratificado también mediante la aprobación de la Ley N° 27 de fecha 6 de julio de 2010, que rige su estructura, organización y funcionamiento.

3. La Codificación del Derecho Procesal Constitucional en Latinoamérica y Bolivia

A propósito del desarrollo de la legislación procesal constitucional en forma sistemática en Latinoamérica y la consecuente aparición de los *Códigos de Derecho Procesal Constitucional*, se debe señalar que estos esfuerzos han comenzado a tener frutos en el ámbito del derecho positivo, con la aprobación de diversos Códigos de Derecho Procesal Constitucional como son por ejemplo: **a)** la Ley N° 7.135 de 11 de octubre de 1989 de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica; **b)** la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad de Guatemala de 14 de enero de 1986 (Decreto N° 1-86 de la Asamblea Constituyente); **c)** la Ley N° 8.369 de Procedimientos Constitucionales de la Provincia de Entre Ríos; **d)** el Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán (Ley N° 6944 de 1995 y que se encuentra vigente desde el 7 de mayo de 1999, en Argentina); y **e)** Código de Derecho Procesal Constitucional del Perú (Ley N° 28.237 de 2004) -éste último, considerado el primer Código Procesal Constitucional en Iberoamérica y el mundo¹³-, mismos que constituyen algunas de las principales normativas sistemáticas elaboradas hasta el presente en Latinoamérica.

13 “(...) Cabe deslindar algunos antecedentes. La Provincia Federal de Tucumán en Argentina, ya tenía con anterioridad un Código Procesal Constitucional, de alcance territorial restringido a dicha Provincia; no rige para toda la República Argentina, pues si ello fuera así, no cabe duda que el hito histórico lo tendría este país porteño. De allí que, el Código Procesal Constitucional de Tucumán, el mismo que cuenta con una extraordinaria sistemática de IV Títulos y III artículos es un Código *strictu sensu*, pero el ámbito de su aplicación y vigencia no es para toda la Argentina. En consecuencia, este país no cuenta con un Código aplicable para todo el Estado Federal, como lo tiene el Perú, a partir de diciembre del 2004. Si en cambio, Argentina, tiene la Ley de Amparo N° 16.986. En lo que respecta a Costa Rica, esta República centroamericana cuenta desde 1989, no con un Código, sino con una Ley Orgánica de Jurisdicción Constitucional, no obstante ello, es todo un cuerpo unitario, regulador de las garantías constitucionales. Esta Ley Orgánica surge como consecuencia de las reformas de los artículos 10 y 48 de la Constitución que en mayo de 1989 creó un órgano especializado en materia de jurisdicción constitucional, denominándolo Sala Constitucional, dentro de la órbita del Poder

Dentro de toda esta incesante ola de experiencias codificadoras en Latinoamérica, el pasado año se ha dado a conocer el texto del *Proyecto de Ley*¹⁴ destinado a aprobar el nuevo *Código de Procedimientos Constitucionales* en Bolivia, mismo que ha suscitado diversas interrogantes en relación a su pertinencia y contenido, como por ejemplo: *¿es apropiado el título del proyecto y su aparición en el estado actual del Derecho Procesal Constitucional en nuestro país?; ¿cuáles son sus fundamentos o propósitos esenciales de acuerdo a su Exposición de Motivos?; ¿es necesaria o no la codificación del Derecho Procesal Constitucional en Bolivia?; ¿cuáles son sus principales alcances, innovaciones y/o limitaciones normativas?*. Estas y otras incógnitas han motivado algunas de las observaciones preliminares que se exponen a continuación.

4. Panorama general del Proyecto de Código Procesal Constitucional en Bolivia

Con carácter previo, corresponde hacer algunas consideraciones respecto a la denominación adoptada para el Proyecto, siendo que se propone un “*Código de Procedimientos Constitucionales*”, cuando en realidad se trata de regular los procesos constitucionales que se deben llevar adelante ante la Jurisdicción Constitucional en Bolivia, a cuyo efecto es útil recordar la distinción entre proceso y procedimiento; en este sentido, *el proceso* en el ámbito constitucional, es el conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí, que se desarrollan conforme a reglas (de procedimiento) preestablecidas, y que tienen por finalidad que el Tribunal o Corte Constitucional emita una decisión con fuerza de cosa juzgada constitucional sobre el conflicto o controversia jurídico-constitucional que le corresponde conocer y resolver; y, a diferencia de lo anterior, *el procedimiento* en el ámbito procesal, es el conjunto de actos realizados dentro del proceso, tendientes a obtener una decisión definitiva.

De acuerdo a lo explicado, se debe considerar que lo que se pretende regular en el Proyecto de Código, no son simples procedimientos, sino procesos constitucionales de carácter autónomo, previstos por la misma Ley Fundamental, y que tienen su propia regulación y tratamiento normativo individualizado, que debe ser desarrollado de manera más amplia en la Ley respectiva que apruebe el Código de la materia, mucho más si se considera que, de acuerdo a su finalidad, cada uno de

Judicial. En esta Ley se subsume el desarrollo de la estructura y funciones de la Sala Constitucional, así como articula todos los mecanismos de defensa de la Constitución en Costa Rica. Para finalizar estos aspectos, en la República de El Salvador, existe igualmente el Anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional, cuyo giro sigue la tendencia paulatina, pero imparable, con miras a unificar la desperdigada legislación procesal constitucional en un solo cuerpo orgánico. Ahora bien, visto así las cosas, no resulta sorprendente, ni mucho menos audaz, afirmar que estamos ante el primer Código Procesal de estirpe constitucional en Iberoamérica; y cabe resaltar que, en puridad, sería el primer Código de esta naturaleza en el mundo, dado que en los países continentales europeos, se cuentan si bien con emblemáticas judicaturas concentradas en Tribunales o Cortes Constitucionales, su legislación gira bajo los marcos de una regulación vía Leyes Orgánicas de estos Tribunales Constitucionales, así como de legislación específica sobre la jurisdicción constitucional. (...). PALOMINO MANCHEGO, José. *El Primer Código Procesal Constitucional del mundo. Su iter legislativo y sus principios procesales*. Ahora disponible virtualmente en: <http://bit.ly/sGKsCR>

14 El texto del Proyecto de Código de Procedimientos Constitucionales, fue publicado por la *Comisión Europea para la Democracia a través de las Leyes* (Comisión de Venecia) en su Opinión N° 645/2011 de fecha 4 de octubre de 2011. Ahora disponible virtualmente en: <http://t.co/tDQhYFN6>

los procesos constitucionales producen distintos efectos y consecuencias jurídicas según su naturaleza (normativa, tutelar y/o competencial), tanto para las partes que intervienen en el proceso constitucional, como también para los órganos del Estado, Tribunales y autoridades judiciales y administrativas, en virtud de la fuerza vinculante de las decisiones emanadas de la Jurisdicción Constitucional, por lo que, el título debe denotar mayor amplitud, pasando a denominarse *Código Procesal Constitucional*, o bien *Código del Proceso Constitucional*, lo que engloba la tramitación de los diversos procesos emergentes de los eventuales conflictos jurídico-constitucionales, con sus respectivos procedimientos específicos de sustanciación y resolución.

Ahora bien, entre las principales disposiciones que se pueden resaltar en el Proyecto, se puede señalar que en el mismo se ha abordado nuevamente el tema de la interpretación constitucional, aspecto que indudablemente requiere mayor desarrollo normativo y jurisprudencial; sin embargo, el Proyecto –en concordancia con la Constitución– insiste en reiterar que en la labor interpretativa de la Constitución, los jueces constitucionales deben aplicar el “*tenor literal*” del texto constitucional, y en caso de duda, acudir a la “*voluntad del constituyente*” como criterio de interpretación, aspecto éste que ha sido ampliamente criticado en el trabajo de mi autoría: “*La Configuración del Sistema de Control de Constitucionalidad en Bolivia de acuerdo con la Nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional*”¹⁵, en donde también se ha advertido sobre el peligro de la dualidad interpretativa establecida por la Ley del TCP entre la Asamblea Legislativa y el Tribunal Constitucional (ambos Plurinacionales), aspecto que no se ha intentado solucionar de mejor manera en el Proyecto de CódSin embargo, es rescatable la previsión normativa que dispone: “*en todo caso, se preferirá aquella interpretación que favorezca la aplicación efectiva de los derechos humanos y que sea más favorable a la persona*” (Principio de Favorabilidad), pudiendo aplicarse subsidiariamente la interpretación sistemática de la Constitución “*y la interpretación según los fines establecidos en los principios constitucionales*” (sic). Asimismo, es importante tener presente que de acuerdo al Proyecto, y desarrollando el citado *Principio de Favorabilidad*, se interpretarán los derechos constitucionales, de acuerdo a los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por el país, cuando éstos prevean normas más favorables, y en caso de que éstos instrumentos internacionales declaren derechos no contemplados en la Constitución, se considerarán como parte del ordenamiento constitucional (de acuerdo a la teoría del *Bloque de Constitucionalidad*¹⁶). No obstante, llama la atención

15 Publicado en la *Revista de Derecho Público* N° 26 (Enero – Junio de 2011) de la Universidad de Los Andes (Colombia). Disponible para consulta gratuita en el sitio web: <http://derechopublico.uniandes.edu.co>; y ahora también en Scribd: <http://es.scribd.com/doc/59549454>

16 De acuerdo a los Fundamentos Jurídicos contenidos en la *Sentencia Constitucional N° 0045/2006 de 2 de junio*, la teoría del bloque de constitucionalidad surgió en Francia, extendiéndose luego a los países europeos, siendo asimilada en Latinoamérica; dicha teoría expone que aquellas normas que no forman parte del texto de la Constitución, pueden formar parte de un conjunto de preceptos que por sus cualidades intrínsecas se deben utilizar para develar la constitucionalidad de una norma legal; así, las jurisdicciones constitucionales agregan, para efectuar el análisis valorativo o comparativo, a su constitución normas a las que concede ese *valor suprallegal* que las convierte en parámetro de constitucionalidad; así en Bolivia, la jurisdicción constitucional ha

el hecho de no haberse establecido expresamente el *Principio de Conservación de la Norma*, y su necesaria aplicación tanto al momento de la realización de la labor interpretativa, como en la emisión de la Resolución Constitucional correspondiente; tampoco se ha establecido que todas las autoridades públicas, jueces y tribunales, en las decisiones que asuman en el ejercicio de sus funciones, deben aplicar obligatoriamente *la interpretación adoptada por el máximo órgano contralor de la constitucionalidad en nuestro país*, aspecto que es de indispensable regulación, a fin de efectivizar la aplicación de los pronunciamientos del nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional.

5. Los Principios Procesales del Proyecto

Entre los *Principios procesales de la Justicia Constitucional*, que se establecen en el proyecto de Código, se mencionan: *la Dirección del Proceso, el Impulso de oficio, la Celeridad, el No formalismo, la Concentración, la Motivación y la Comprensión efectiva*. Como se puede ver, se intenta consagrar principios procesales que se conocen inherentes a todo tipo de proceso, sin haber reparado en que los retos actuales de la Justicia Constitucional son esencialmente: *la ponderación justa, el sano juicio, la prudencia, la objetividad, la honradez e imparcialidad*, que simultáneamente vienen a ser las cualidades indispensables que debe poseer el nuevo juez constitucional en nuestro país, y que deben ser resguardadas de alguna manera mediante los Principios.

Ahora bien, para mejorar y optimizar las normas que debe contener el Proyecto de Código, se deben considerar qué principios deben regir los procesos constitucionales, dado que los mismos están dirigidos a señalar la forma en que deben interpretarse las normas procesales que se aplicarán a los conflictos jurídico-constitucionales, constituyéndose en la base sobre la cual debe construirse todo proceso constitucional ajustado a las reglas mínimas del debido proceso, como garantía de legalidad. En este sentido, los principios procesales son entendidos como *las directrices o líneas rectoras dentro de cuyo marco deben desarrollarse las distintas instituciones del proceso constitucional*. Asimismo, cabe considerar que la ley escrita ciertamente no puede abarcar todas las posibilidades, casos futuros o eventualidades que pueden presentarse como consecuencia de la interrelación de sujetos en el

concedido al bloque de constitucionalidad un alcance perceptible en la *Sentencia Constitucional N° 1420/2004-R, de 6 de septiembre*, estableciendo lo siguiente: "(...) conforme ha establecido este Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, los tratados, convenciones o declaraciones internacionales sobre derechos humanos a los que se hubiese adherido o suscrito y ratificado el Estado boliviano forman parte del bloque de constitucionalidad y los derechos consagrados forman parte del catálogo de los derechos fundamentales previstos por la Constitución."; entendimiento ratificado en la *Sentencia Constitucional N° 1662/2003-R, de 17 de noviembre*, en la que se expresó que: "(...) este Tribunal Constitucional, realizando la interpretación constitucional integradora, en el marco de la cláusula abierta prevista por el art. 35 de la Constitución, ha establecido que los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa, por lo mismo los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables a través de los recursos de hábeas corpus y amparo constitucional conforme corresponda". Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/>

proceso, por lo que muchas veces los hechos nuevos emergentes, resultan ser desconocidos para las viejas normas -mucho más si éstas se encuentran codificadas-, por lo que no siempre pueden dar una solución concreta a éstos problemas; es por ello que, una vez que estas situaciones se presentan, el Magistrado, Juez o Tribunal de Garantías Constitucionales, debe proceder a llenar esa laguna normativa a través de la aplicación de los Principios Generales del Derecho, específicamente los Principios Procesales establecidos expresamente por la Ley respectiva.

Ahora bien, entre las funciones que cumplen los principios procesales, de donde deriva su enorme importancia, se encuentran: i) *Servir de base previa al legislador para estructurar las instituciones de un proceso, en diversos sentidos;* ii) *Facilitar el estudio comparativo de los diversos ordenamientos procesales vigentes en la actualidad;* iii) *Constituirse en instrumentos interpretativos de gran valor.* Así por ejemplo, entre los principios procesales que resaltan por su utilidad e importancia para la sustanciación de los procesos constitucionales, y que deben ser considerados en el Proyecto que ahora se analiza, se pueden mencionar los siguientes¹⁷:

1. *Principio Dispositivo*, en virtud del cual se hace recaer en los litigantes (las partes), por una parte la tarea de estimular e iniciar la función jurisdiccional, y por otra, la de suministrar todos los materiales de hecho sobre los que deberá tratar la decisión del juez constitucional, sea que se trate de un proceso constitucional de única instancia, o cuando el mismo se encuentre en instancia de revisión, según sea el caso. En otras palabras, la vigencia de éste principio se manifiesta en los siguientes aspectos mínimos: iniciativa, disponibilidad del derecho cuya vulneración se denuncia, impulso procesal, delimitación del *thema decidendum*, aportación de los hechos y suministros de las pruebas pertinentes. Sin embargo, éste principio encuentra su excepción en el *Principio de Impulso de Oficio* que se ha incorporado al Proyecto, y que básicamente consiste en que *"las diferentes actuaciones procesales se efectuarán sin necesidad de petición de las partes"*, debiendo especificarse que éste último sólo puede ser aplicable al Juez Constitucional.
2. *Principio de Congruencia*, que se expresa directamente en la Resolución definitiva, dado que el Juez o Tribunal de Garantías Constitucionales que conozca del proceso, sólo puede resolver conforme a lo peticionado y alegado por las partes en la Acción Tutelar; así como en su contestación y prueba de contrario, lo que implica que sólo está autorizado a pronunciarse sobre las pretensiones jurídicas concretas planteadas oportunamente en el proceso constitucional. En consecuencia, si la jurisdicción constitucional responde en mayor o menor medida, o en sentido diferente de lo que

17 Los principios que aquí se mencionan brevemente, y otros inherentes al desarrollo del proceso como tal, se encuentran ampliamente detallados en: CASTELLANOS TRIGO, Gonzalo. *Proceso Ordinario, Sumario y Sumarísimo*. Tarija (Bolivia):Talleres Gráficos Gaviota del Sur S.R.L., 2010. Págs. 15-36.

fue motivo de pretensión jurídica o expresión de agravios constitucionales, esa falta de correspondencia contradice y vulnera el principio procesal de congruencia en el ámbito constitucional.

Sin embargo, eventualmente en la instancia de revisión, podrían presentarse algunos casos de incongruencia, como por ejemplo: cuando el TCP decida sobre cuestiones que fueron consentidas por el o los recurrentes, y que no fueron objeto de expresión de agravios constitucionales; cuando se omita injustificadamente decidir sobre las cuestiones que constituyen la expresión de los agravios constitucionales denunciados en la Acción de Defensa o Recurso Constitucional; o en su caso, cuando se modifique la situación jurídica del recurrente o de un tercero interesado, con una decisión que llegue a perjudicarlo como consecuencia de la interposición de la Acción de Defensa o Recurso Constitucional, situaciones éstas que provocarían una grave lesión al derecho de defensa y que hacen recurrible la decisión ante instancias internacionales.

Asimismo, cabe poner de relieve que éste Principio de Congruencia, sólo puede ser aplicable a los conflictos tutelares, y no así a los conflictos normativos, en donde se realizará un test de constitucionalidad de la norma impugnada, y en aplicación del *Principio de Conservación de la Norma*, se analizarán también las normas conexas con la norma impugnada, que se encuentren relacionadas en su ámbito de aplicación, y que deban eventualmente ser mantenidas en el ordenamiento jurídico, o en su caso expulsadas del mismo por su posible contradicción con los preceptos de la Constitución, de todo lo cual deriva la necesidad de su incorporación, por su relevancia para los procesos constitucionales.

3. *Principio de Contradicción*, denominado también como Principio de Bilateralidad o Controversia, se deriva del principio constitucional de la inviolabilidad de defensa en juicio, y que solamente encuentra su plena realización, a través del principio de audiencia (proceso por audiencia), que se identifica con el mismo, dado que éste principio significa básicamente que el Juez o Tribunal de Garantías Constitucionales debe oír y escuchar las posturas y alegaciones de cada una de las partes que intervienen en el proceso constitucional, debiendo posibilitarse a las partes que sus posiciones jurídicamente fundamentadas, sean tenidas en cuenta por el juzgador al momento de emitir una decisión sobre el fondo del asunto, por lo que su consagración resulta indispensable en el Proyecto de Código.
4. *Principio de Formalismo*, considerando que la tramitación de un proceso, y mucho más si se trata de un proceso constitucional, no puede dispensar o eximir a las partes de cumplir los trámites necesarios en la instancia en

que se encuentren, dejándolos a su libre arbitrio o conveniencia, así como tampoco gozan de libertad para acordar o convenir las formas posibles para decidir los litigios constitucionales, en donde se velan intereses públicos, por lo que ni aún el Juez o Tribunal de Garantías Constitucionales puede estar autorizado para prescindir de las mínimas reglas de procedimiento establecidas por las disposiciones legales, dado que suprimir este principio equivaldría a eliminar todo el Derecho Procesal Constitucional.

De lo referido, resulta indispensable considerar que el conocimiento y cumplimiento de las reglas legales establecidas previamente para los sujetos procesales, es un requisito *sine qua non* para que exista válidamente un verdadero proceso constitucional, teniendo las partes idéntico margen de igualdad de oportunidades ante la ley procesal respectiva, lo que en sentido jurídico significa que las partes del proceso constitucional, tienen los mismos derechos y obligaciones, las mismas oportunidades de atacar y defenderse, debiendo ser tratados procesalmente de la misma manera. Es decir, que durante la tramitación del proceso, y como una forma de resguardar que el mismo se desarrolle sin vicio de nulidad alguno, la igualdad supone que las partes que intervienen en el mismo -sea en calidad de accionante o recurrente, y accionado o recurrido, y/o tercero interesado-, deben tener y ejercer los mismos derechos, posibilidades y cargas, sin que pueda darse lugar a privilegios o exenciones a favor o en contra de alguna de ellas, precisamente por su igualdad ante la ley.

Por otro lado, este Principio, hace referencia directamente a las formas sustanciales, es decir; a aquellas que en caso de ser ignoradas, culminarían afectando el derecho de defensa como componente de la garantía del debido proceso, correspondiente a toda persona como sujeto procesal. Asimismo, ante la eventual infracción o desconocimiento de las reglas de procedimiento, el acto resultaría ineficaz e inválido, excepto por aquellos actos que pueden quedar convalidados por el principio de conservación y cosa juzgada. Así por ejemplo, no puede comenzar a correr el plazo para expresar los agravios constitucionales, si el recurrente no fue notificado válidamente con la decisión judicial o administrativa que le causa perjuicio, así como no puede realizarse el cómputo de plazo alguno si no se cumple en legal forma la notificación a las partes de un proceso constitucional, con la decisión asumida por el Juez o Tribunal de Garantías Constitucionales (tratándose de Acciones Tutelares o de Defensa), para que puedan impugnar la decisión ante el TCP. Sin embargo, éste principio ingresa en contradicción con el Principio de No Formalismo que también se ha incorporado al Proyecto, y que básicamente consiste en que "*sólo podrán exigirse aquellas formalidades estrictamente necesarias para la consecución de los fines del*

proceso”, siendo necesario especificarse las formalidades que son, y las que no son, indispensables durante el desarrollo del proceso constitucional.

5. Principio de Economía Procesal, que se refiere a aquellos aspectos destinados a la abreviación y simplificación del proceso constitucional, tratando de evitar que su prolongación -muchas veces irrazonable e injustificada- pueda convertir en inoperante la tutela de los derechos y garantías cuya vulneración se denuncia.

En otras palabras, el Principio de Economía Procesal, propugna dos aspectos esenciales para la eficacia del proceso constitucional: que sea terminado en el plazo más breve posible y, que se logre en la menor cantidad de actos o audiencias, lo que implica por sí mismo la *celeridad* -mediante normas que impidan la prolongación de plazos-, y la *concentración* -eliminando trámites superfluos que no sean indispensables-, como requisitos necesarios para un debido proceso constitucional¹⁸; por lo que su consagración resulta indispensable en el Proyecto de Código.

6. Principio de Inmediación, que significa básicamente que debe existir una inmediata comunicación entre el Juez o Tribunal de Garantías Constitucionales, y las personas que en calidad de partes intervienen en el proceso constitucional, así como los hechos que deben debatirse y los medios de prueba que debe utilizarse para acreditar o desvirtuar su

18 Los Principios de Economía Procesal y Celeridad, son algunos de los principios procesales recientemente desarrollados por la jurisprudencia constitucional en el siguiente sentido: “Los principios de economía procesal y celeridad se encuentran íntimamente relacionados, pues, a través del primero se busca la celeridad en la solución de los litigios para impartir pronta y cumplida justicia. En ese sentido, la SC 0400/2005-R de 19 de abril, señaló que el “...principio de economía procesal que tiene como objeto evitar que el trabajo del juez se vea duplicado y que el proceso sea más rápido, consiste, principalmente, en conseguir el mayor resultado con el mínimo de actividad de la administración de justicia. Con la aplicación de este principio, se busca la celeridad en la solución de los litigios, es decir, que se imparta pronta y cumplida justicia...”. En el mismo sentido se pronunció, la SC 0803/2005-R de 19 de julio. Actualmente, la Constitución Política del Estado, en su art. 178.1 establece “La potestad de impartir justicia (...) y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos”. Conforme a dicha potestad, la administración de justicia, en las diferentes jurisdicciones y en la justicia constitucional, debe ser oportuna y sin dilaciones, buscando efectivizar los derechos y las garantías constitucionales. Además del principio anotado, el art. 180.1 de la CPE, hace referencia a los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el juez; principios que no son únicamente aplicables a la jurisdicción ordinaria, sino también a otras jurisdicciones como la indígena originaria campesina, la agroambiental y también, claro está, a la justicia constitucional. Sobre los principios de eficacia y eficiencia, la jurisprudencia constitucional contenida en la SC 0010/2010-R de 6 de abril, estableció: “...El primero de ellos (eficacia) supone el cumplimiento de las disposiciones legales y que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo, de oficio, los obstáculos puramente formales; este principio está íntimamente vinculado con la prevalencia del derecho sustancial respecto al formal y el principio de verdad material. El segundo, (eficiencia), persigue acortar el tiempo de duración de los procesos y obtener una mayor certeza en las resoluciones, de manera que las personas puedan obtener un oportuno reconocimiento de sus derechos”. Por otra parte, conviene también considerar que -por la naturaleza, fines y funciones de la justicia constitucional- la interpretación que se efectúa en sede constitucional recurre a diferentes métodos o criterios, partiendo de los que clásicamente fueron formulados por Savigny: gramatical, histórico, sistemática de contexto y teleológica y, de manera específica, los principios propios de la justicia constitucional, como el de unidad de la Constitución, de concordancia práctica o de equilibrio moderado y de interpretación conforme a la Constitución y, de acuerdo a Peter Haberle, el de interpretación favorable a los derechos de la Ley Fundamental, así como el derecho comparado” (Sentencia Constitucional 0178/2011-R, de 11 de marzo de 2011).

conurrencia en el caso, lo que implica el mayor contacto personal y directo con los elementos subjetivos y objetivos del proceso constitucional.

Este principio, permite al juez constitucional tener una vivencia personal de las pretensiones jurídicas alegadas por las partes en el conflicto jurídico-constitucional de que se trate, así como tener conocimiento de los elementos probatorios existentes, y de todos los elementos de juicio que serán indispensables para sustentar la decisión final sobre el fondo del asunto.

De ahí que, la inmediación en el proceso constitucional, sólo puede alcanzar plena y eficaz realización, mediante la instauración del *proceso constitucional por audiencia* (proceso oral), y en menor medida en un proceso escrito, principalmente porque el hecho de que el juez conozca y aprecie las condiciones morales de los litigantes, no solamente le permitirá ejercitar con eficacia sus facultades de director, sino que también podrá valorar sus conductas y reacciones durante el desarrollo del proceso, constituyendo ello un elemento de convicción que le brindará mayor seguridad para decidir en el caso respectivo.

En este sentido, cabe considerar que el *Principio de Oralidad*, estrechamente relacionado a la Inmediación, implica que las actuaciones se desarrollen en forma verbal, sin perjuicio de que se deje constancia de lo actuado en el expediente respectivo, lo que implícitamente derivará en la imperiosa necesidad de sólida formación académica y forense, así como capacidad expositiva y de persuasión, que deben tener los profesionales Abogados que intervengan en representación de las partes contendientes en el conflicto jurídico-constitucional, por lo que su mención expresa resulta necesaria en el Proyecto de Código.

Asimismo, resulta necesario que sean precisados el sentido y los alcances normativos del denominado "*Principio de No Formalismo*" (Informalismo), así como también debe especificarse si su ámbito de aplicación será extensible a las Acciones Tutelares solamente, o si será aplicable también a todos los demás Recursos y Acciones Constitucionales, y los casos específicos de esta posibilidad. Por otro lado, es redundante e inadecuado establecer la "*comprensión efectiva*" como un Principio, dado que ese aspecto debió ser abordado y explicado en la Exposición de Motivos, de que carece ahora el proyecto, debiendo revisarse nuevamente la terminología utilizada en la redacción del texto normativo.

6. Otros aspectos de relevancia en el Proyecto

Entre las Facultades Especiales del TCP, además del deber de cooperación y colaboración ya prevista en la citada Ley N° 27, ahora se prevé la acumulación de procesos, que en muchos casos se hace indispensable para evitar la dispersión del material probatorio y de los argumentos sujetos a valoración, así como la producción de prueba complementaria o pericial, cuya utilidad se ha demostrado ampliamente durante las gestiones anteriores. De ahí que, el TCP *“cuando estime necesario y corresponda, podrá disponer la producción de prueba complementaria o pericial, en caso de tratarse de procesos en los cuales intervengan las naciones y pueblos indígena originario campesinos, para lo cual establecerá el tiempo en que ellas deberán ser producidas”*, todo lo cual será recibido y valorado en audiencia, sirviendo de elemento accesorio a ser considerado al momento de emitir Resolución en el plazo legalmente establecido. En concordancia con estos criterios, se prevé también que el TCP, antes de pronunciar resolución, de oficio o a instancia de parte, podrá señalar Audiencia Pública (según parece, en resguardo de los Principios de *Oralidad e Inmediación*) para que en el proceso constitucional de que se trate, las partes involucradas y el Ministerio Público fundamenten sus pretensiones, siendo obligatoria la presencia de la Procuraduría General del Estado, tratándose de la defensa de los intereses del Estado. Asimismo, el TCP, de oficio o a petición de parte, y a través de la Comisión de Admisión, podrá determinar las medidas cautelares que estime necesarias, aspecto éste que es extensible también a los Jueces y Tribunales de Garantías Constitucionales en el conocimiento de las Acciones Tutelares que les corresponden, a fin de asegurar la eficacia y efectividad de la justicia constitucional en el país.

Sobre las Resoluciones del TCP y sus efectos, se mantiene la distinción entre Autos, Declaraciones y Sentencias Constitucionales, así como la obligatoriedad que tienen los Jueces Constitucionales de emitir Resolución Constitucional en el caso concreto, sin posibilidad de alegar insuficiencia, ausencia u obscuridad de la norma. Asimismo, en el proyecto se pretende establecer una norma general respecto a las citaciones y notificaciones, estableciendo como regla general la notificación por cédula, sin mencionar su carácter subsidiario a la notificación personal que es la garantía indispensable para el pleno ejercicio del derecho a la defensa, como la misma jurisprudencia constitucional lo ha establecido, por lo que es urgente su reconsideración.

Por otro lado, debe resaltarse además la norma proyectada para asegurar la difusión informativa del contenido de la Resolución Constitucional adoptada respecto a las partes del proceso, que será comunicada el mismo día de la notificación, a través del correo electrónico personal, siendo necesario precisar que éste accionar no constituye forma de notificación válida, y que solamente es

realizado con fines informativos acerca del resultado del proceso, por lo que ahora, el señalamiento del correo electrónico se constituye en uno de los datos personales que deben insertarse necesariamente al momento de la interposición de la Acción y/o Recurso Constitucional. Por otro lado, y respecto a la necesaria difusión de las decisiones pronunciadas por la Jurisdicción Constitucional, se debe considerar la necesidad de publicación en la Gaceta Oficial de Bolivia, de todas aquellas Sentencias Constitucionales que declaren la inconstitucionalidad de una norma, y/o en su caso dejen sin efecto una o varias normas del ordenamiento jurídico, así como aquellas Sentencias, cuyos alcances y relevancia jurídica ameritan exhortar al Órgano Legislativo la sustitución de la Ley impugnada y declarada inconstitucional en su totalidad, ello a fin de evitar el eventual vacío jurídico producido como efecto del test de constitucionalidad realizado al momento de emitir la decisión jurisdiccional del TCP. Así también, de forma reiterada se establece expresamente la cosa juzgada constitucional, así como el carácter obligatorio y el efecto vinculante de las Resoluciones Constitucionales del TCP, sin diferenciar claramente su ámbito de aplicación, lo que amerita un mejor desarrollo legislativo.

En este sentido, se debe tener presente que el Código debe responder básicamente las siguientes cuestiones: *¿A quiénes obligan las decisiones del TCP? ¿Qué parte de la sentencia constitucional es obligatoria? ¿Durante cuánto tiempo deben ser obligatorias o vinculantes estas decisiones?* A este efecto, es útil recordar que las Resoluciones Constitucionales emitidas por el TCP producen automáticamente el efecto de cosa juzgada constitucional, en virtud de que provienen de un auténtico Tribunal Constitucional (expresión del sistema concentrado), que en el caso nuestro es además Plurinacional, por lo que sus decisiones despliegan los mismos efectos jurídicos que las decisiones emitidas por los máximos tribunales ordinarios en el ámbito jurisdiccional; sin embargo, la posición jurídica especial del TCP que es radicalmente diferente a la de un tribunal ordinario, se manifiesta precisamente en los efectos (jurídicos y muchas veces políticos) de sus decisiones, lo que implica efectos mayores en amplitud y trascendencia jurídicas, que los inherentes a la cosa juzgada como tal, para así lograr la realización de las funciones que la misma Constitución le asigna. Esto significa, que de acuerdo a la Constitución y la misma Ley del TCP, las Sentencias Constitucionales vinculan a todos los jueces, tribunales y autoridades públicas (judiciales o administrativas), hayan intervenido o no en el proceso constitucional de donde emerge la decisión, y en virtud de esa fuerza vinculante que emana de los precedentes constitucionales, también extienden su obligatoria observancia hacia los particulares, por cuanto éstas decisiones implican la interpretación última y definitiva de la Constitución Boliviana.

En mérito de lo expuesto, y en respuesta a las cuestiones antes planteadas, se puede precisar que: i) las sentencias constitucionales emitidas por el TCP vinculan ineludiblemente a todos los Órganos del Estado, a los jueces y Tribunales de justicia

ordinaria y a las autoridades administrativas, así como también a los particulares (aunque no hayan sido parte del proceso constitucional); ii) las sentencias constitucionales contienen el efecto vinculante, no solamente en su parte dispositiva (a veces aplicable inter partes), sino también en su *ratio decidendi*, es decir en la parte considerativa que fundamenta jurídicamente la decisión; iii) las sentencias constitucionales vinculan de manera indefinida a todos los sujetos procesales señalados anteriormente, y también al mismo Tribunal que debe observar sus propios precedentes en casos análogos, sin perjuicio de que en determinado momento vea la necesidad de realizar un cambio de entendimiento a través de una modulación jurisprudencial, que deberá estar razonada y fundamentada con argumentos fácticos y jurídicos suficientes. Estos son, definitivamente, los aspectos que indispensablemente deben quedar expresados y aclarados en el Código que se ha proyectado para regir la sustanciación de los procesos constitucionales.

Adicionalmente a lo señalado, en el proyecto también se ha visto por conveniente insertar *Normas Comunes de Procedimiento* en las Acciones de Inconstitucionalidad, Conflictos de Competencia, Consultas y Recursos Constitucionales, especificando detalladamente los requisitos (sin diferenciarse si son de forma o de contenido) que deben cumplir los memoriales respectivos, y el indispensable patrocinio de Abogado(a) en estos casos; asimismo, se establece la perentoriedad de los plazos, que serán computables en días hábiles, siempre a partir del día siguiente a la notificación con la Resolución respectiva, con el apercibimiento de rechazo en caso de incumplimiento. En caso de rechazo de la acción o recurso, por parte de la Comisión de Admisión, ello dará lugar -de acuerdo al proyecto- a la impugnación vía "revocatoria" (suponemos que se refiere a una reposición, más que a un recurso de revocatoria en sentido administrativo) a ser resuelta por la misma Comisión, sin recurso ulterior alguno. Para este efecto, se prevé detalladamente el trámite que seguirá la Acción o Recurso presentado ante la Comisión de Admisión, que puede disponer el rechazo de los mismos en caso de incumplimiento de requisitos, o en su caso la prosecución del proceso.

Así también, entre las Reglas Generales para el procedimiento en las *Acciones de Defensa*, el Proyecto establece que la acción deberá presentarse en forma escrita, con excepción de la *Acción de Libertad* que puede presentarse en forma oral¹⁹, aspecto éste que pone en evidencia la importancia del Informalismo en la tramitación de ésta acción tutelar, lo que no impide que se exija la constancia de que la misma no fue interpuesta anteriormente ante otro Juez o Tribunal de Garantías Constitucionales, a fin de evitar dualidad de procesos y de pronunciamientos jurisdiccionales, y que

19 Recientemente, el Tribunal Constitucional de Bolivia, considerando el deber del Estado de garantizar a toda persona el eficaz ejercicio de sus derechos, eximiéndole del cumplimiento de formalismos procesales, también ha visto pertinente analizar el aspecto procesal en la tramitación de la actual Acción de Libertad, y la posibilidad de su presentación en forma oral, cuya fundamentación y sub-reglas aplicables pueden verse en la jurisprudencia constitucional contenida en la *Sentencia Constitucional 0128/2011 de 21 de febrero*. Ahora disponible virtualmente en la página web del Tribunal Constitucional: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/>

puede ser salvado mediante la firma de una Declaración Jurada o alguna forma de registro de constancia. Otra innovación es la posibilidad de que el Juez o Tribunal de Garantías Constitucionales, a petición de la parte accionante, le designe un *Defensor Público* cuando la parte no se encuentre asistida de un(a) Abogado(a) particular; salvo para la Acción de Libertad, en la que no se necesita el patrocinio profesional, quedando sujeta la intervención y asesoramiento profesional, a la libre decisión del recurrente. En todo caso, no serán admitidas Acciones de Defensa que hayan sido tuteladas anteriormente, y en las que coincidan sujetos, objetos, hechos y circunstancias, así como tampoco es admisible, de acuerdo al Proyecto, la interposición simultánea de alguna Acción de Inconstitucionalidad, respecto a las normas que rigen la tramitación del proceso constitucional. También se establece normativamente la intervención y participación de personas naturales o jurídicas que prueben interés legítimo (en calidad de terceros interesados) en las Acciones de Defensa, cuyas alegaciones podrán ser admitidas por el Juez o Tribunal de Garantías Constitucionales según su necesidad y conveniencia para la dilucidación del caso concreto.

7. Conclusiones preliminares

Esas son algunas de las disposiciones y reglas de procedimiento previstas para cada una de las Acciones y Recursos Constitucionales, que se encuentran ampliamente detallados en el Proyecto de Código de Procedimientos Constitucionales que ahora se comenta. Cabe dejar constancia de que los comentarios y las observaciones formuladas ahora, únicamente pretenden poner en evidencia algunos de los aspectos esenciales y que voluntaria o involuntariamente fueron omitidos en su consideración al momento de la redacción del Proyecto, lo que requiere ser subsanado de manera inmediata.

Ahora bien, respecto a las interrogantes formuladas al inicio de este documento de análisis, cabe señalar que habiéndose justificado la denominación de *Código Procesal Constitucional* como apropiada para el proyecto, su aparición es absolutamente loable, a fin de concretizar la autonomía del Derecho Procesal Constitucional como disciplina especializada en nuestro país, de acuerdo a la tendencia latinoamericana en esta materia, siendo necesario e indispensable ahora su desarrollo normativo, doctrinal y jurisprudencial; asimismo, siendo un nuevo cuerpo normativo, éste no debe prescindir de una *Exposición de Motivos* que logre fundamentar fáctica y jurídicamente sus objetivos y esenciales propósitos, a fin de demostrar su oportuna aparición y necesaria incorporación al ordenamiento jurídico constitucional de Bolivia.

Para finalizar, cabe advertir la necesidad de revisar y debatir nuevamente a nivel de la Asamblea Legislativa Plurinacional, y sus Comisiones respectivas, el Título adecuado para el Proyecto, establecer los fines del Código proyectado (que como

se dijo, debieron ser parte de una Exposición de Motivos), aclarar los alcances de la Interpretación Constitucional (que requiere una revisión exhaustiva a la luz de la doctrina constitucional contemporánea, dejando de lado la limitación a los métodos *gramatical* e *histórico*) y el efecto vinculante de los precedentes constitucionales (cuyos alcances deben quedar claramente establecidos), así como precisar la legitimación activa del Ministerio Público en los casos necesarios, debiendo aclararse también la naturaleza de la Acción de Cumplimiento, la pertinencia de un plazo prudente para la interposición de la Acción de Inconstitucionalidad, y la legitimación activa en los Conflictos de Competencia, de acuerdo a la nueva organización territorial del Estado Plurinacional de Bolivia. Por tanto, la discusión constitucional para el desarrollo óptimo del Derecho Procesal Constitucional en nuestro país, aún está abierta.



BRANKO Y EL CASO SOSA

BRANKO AND SOSA CASE

Rev. boliv. de derecho n° 14, julio 2012, ISSN: 2070-8157, pp. 86-97



Otto Andrés
RITTER
MÉNDEZ.

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de febrero de 2012
ARTÍCULO APROBADO: 3 de marzo de 2012

RESUMEN:

PALABRAS CLAVE:

ABSTRACT:

KEY WORDS:

SUMARIO:

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Desde siempre, una de las características del término terrorista es que ha sido usado por las fuerzas más opuestas para criminalizar al opositor. De este modo, es un clásico que se mezclen los actos delictivos que sí tienen tal naturaleza con las acciones de los movimientos de liberación nacional y la autodeterminación de los pueblos. Por ejemplo, es sabido que en la guerra fría EEUU propagandizó como 'combatientes por la libertad' a fuerzas, como las de Bin Laden, a las que hoy acusa de 'terroristas'. Bin Laden justifica el ataque del 11 de septiembre aduciendo que EEUU es el peor terrorista. Para Moscú, el peor terrorismo es el de los chechenos separatistas y para éstos el mayor terrorismo es el del ejército ruso que arrasó su capital matando a decenas de miles de civiles. Israel ataca a Hamas e Hizbolah como terroristas, pero Siria y muchos países musulmanes les consideran independentistas palestinos.

De la misma manera, también en la actualidad, la carga emocional de dicho término conlleva que esté de moda usarlo para estigmatizar a cualquier persona, delincuente o no, a la que quiera convertirse en enemiga del pueblo. Así, por ejemplo, es usual que la clase política y la opinión pública usen expresiones como las siguientes: "terroristas domésticos" para referirse a los hombres que maltratan a sus mujeres; "ciberterroristas" para denominar a los *hackers* que pretenden causar daños en los ordenadores atacados u obtener información; "terroristas medioambientales", hasta llegar al "terrorismo forestal", para calificar la provocación de incendios; o "terrorismo vial", en referencia a quienes circulan violando los límites de velocidad

Sin embargo, terrorismo no es cualquier cosa. Hay que ser muy cuidadoso al etiquetar un fenómeno criminal con el rótulo "terrorista", puesto que esa animadversión comporta que la delincuencia así denominada, más allá de su tratamiento legal más severo, sea también percibida como tal a nivel social. Así, por ejemplo, un "ciberterrorista" es peor que un *hacker* informático, un "terrorista forestal" es más reprochable que un pirómano, o un "terrorista doméstico" es más execrable que un maltratador. De este modo, si la ciudadanía siente que un

• **Otto Andrés Ritter Méndez.**

Nacido el 30 de noviembre de 1.963, bachiller del Colegio Domingo Leigue, Abogado titulado por la U.A.G.R.M. Especialidades en Derecho Mercantil y Derecho Político en la Universidad de Salamanca (España). Concejal municipal de Santa Cruz de la Sierra (2000-2005).

delincuente es catalogado como “terrorista” por un Gobierno determinado o por sus medios de comunicación, aceptará que se le combata a toda costa, “cueste lo que cueste”, a la vez que se le desprestigiará. No obstante, tal forma de proceder no es un buen augurio para el respeto de los derechos y garantías constitucionales que han de caracterizar los Estados democráticos de Derecho y su proceso de toma de decisiones políticas. Por el contrario, este tipo de estratagemas caracterizan a las dictaduras que, para perpetrarse en el poder y silenciar las voces críticas, convierten en criminales a quienes alzan su voz contra el poder constituido.

El terrorismo, en realidad, es una forma de criminalidad muy grave, pero también muy concreta, cuya tipificación la encontramos en el artículo 133 del Código Penal “El que formare parte, actuare al servicio o calabore con una organización armada destinada a cometer delitos contra la seguridad común, la vida, la integridad corporal, la libertad de locomoción o la propiedad, con la finalidad de subvertir el orden constitucional o mantener en estado de zozobra, alarma o pánico colectivo a la población o a un sector de ella, será sancionado con presidio de quince a veinte años, sin perjuicio de la pena si se cometieran tales delitos.”; de lo que se infiere que esta figura delictiva esta caracteriza por los siguientes rasgos:

Su primera característica es el uso habitual de armamento idóneo para la realización de sus finalidades delictivas. En concreto, suelen usarse armas de fuego y artefactos explosivos, como parte del esquema y funcionamiento de la actividad terrorista.

En segundo lugar, se afirma unánimemente que este fenómeno se caracteriza por la realización de delitos graves contra las personas: homicidios, asesinatos, lesiones, secuestros, coacciones, etc., de manera reiterada e indiscriminada, mediante el uso de las armas y los explosivos que posee ese grupo. De este modo, la violencia es el medio del que se vale el terrorismo para conseguir sus propósitos (políticos).

En tercer lugar, el terrorismo es susceptible de crear un estado de inseguridad, miedo colectivo y coacción. Sin atacar la paz pública o a la seguridad ciudadana –de toda la sociedad en general o de un grupo en particular-, los terroristas no tienen nada con lo que obligar a un Gobierno, a la población o a un grupo a que adopten ciertas decisiones o se comporten de una manera determinada. De este modo, dicho elemento se encuentra indefectiblemente unido al anterior: es necesario que de modo continuado se realicen delitos graves e indiscriminados contra las personas para que objetivamente se pueda crear tal situación de terror.

Situación de miedo colectivo que, en cuarto lugar, es la forma para poder conseguir la finalidad política que, en último término, persigue este fenómeno. Por tanto, la comisión de delitos contra las personas de manera violenta y reiterada,

actividad que es idónea para crear una situación de miedo y coacción, responde a un fin político último. El terrorismo se orienta a la consecución de una meta política.

Por último, es necesaria la existencia de una banda, organización o grupo delictivo que dé cobertura a sus acciones, el cual ha de reunir las siguientes características para poder diferenciar una asociación criminal de un conjunto de personas que actúan en forma de coautoría, bien una, bien, incluso, varias veces (éste es el denominado elemento estructural que define el terrorismo): primero, que exista realmente una banda, es decir, una asociación de varias personas que tenga por objeto cometer delitos; segundo, que tal banda sea armada, esto es, que utilice en esa actuación delictiva armas de fuego, bombas de mano, granadas, explosivos u otros tipos de armamento semejantes. Es absolutamente imposible imaginar el fenómeno terrorista sin la presencia de esta propiedad; tercero, es esencial la nota de permanencia y estabilidad del grupo armado, que exige que se trate de agrupaciones u organizaciones de las que nacen vínculos estables o permanentes y nunca transitorios o de carácter ocasional; y, cuarto, que la relación entre sus miembros y la distribución de funciones esté presidida por las ideas de jerarquía y disciplina.

Así, pues, con el término terrorismo deben denominarse aquellas conductas delictivas violentas, reiteradas e indiscriminadas; dirigidas contra bienes jurídicos personalísimos; capaces de instrumentalizar a las personas para conseguir fines políticos; y realizadas por bandas, organizaciones o grupos armados. Por tanto, el terrorismo utiliza un método determinado, a saber, el uso de una violencia de tal intensidad que es susceptible de originar terror en la sociedad, mediante la cual persigue la finalidad de conseguir cambios políticos.

En el ámbito del terrorismo cada acto concreto no sólo lesiona el bien jurídico personal atacado por ese atentado, sino que trasciende al daño específico. De este modo, la actividad delictiva contra las personas característica de este fenómeno tiene que realizarse de modo reiterado (es decir, continuo) e indiscriminado (esto es, aleatorio). El mensaje de un atentado terrorista es que volverá a ejecutarse ese hecho u otro igual de destructivo, mientras el *statu quo* que se pretende modificar siga inalterado –de aquí la importancia de la continuidad o la reiteración delictiva-. Así, a la concreta persona atacada no sólo se le lesionan sus bienes más fundamentales sino que también es instrumentalizada, y lo es en un doble nivel.

Por un lado, el recado enviado con la comisión del hecho se dirige a toda la sociedad o a un grupo y conlleva la alteración de la paz pública, esto es, la transformación de un estado de tranquilidad y sosiego social trascendentes en una situación de miedo o terror colectivo por la propia vida. De aquí la relevancia del elemento de indiscriminación, puesto que, de este modo, la concreta víctima tiene sólo un valor simbólico, como portadora del mensaje, con efectos masivos, de que a

cualquiera puede sucederle lo mismo; sobre todo a aquéllos que se interpongan en su camino o se opongan a sus planes.

Por el otro lado, el mensaje del acto concreto también se dirige al Gobierno con la intención de conseguir unos fines (políticos) determinados; mensaje que no llamaría su atención si no existiese esa situación de miedo colectivo. Puesto que la sociedad reclama protección del Estado, éste es más vulnerable a las demandas terroristas si la población está atemorizada. Por tanto, la creación de terror general es a la vez fin y medio.

En definitiva, pues, el alcance físico de esa interacción social violenta, que es menos letal y destructiva que la ocasionada por otros fenómenos, conlleva un impacto psíquico de tal magnitud que es idóneo para atemorizar a los miembros de una sociedad determinada y para dirigir los comportamientos de los gobiernos.

Es más, si el terrorismo se caracteriza por la ejecución de delitos violentos contra las personas que de modo repetido y aleatorio sean susceptibles de instrumentalizar a sus víctimas, las concretas infracciones que tiene que realizar una organización terrorista han de atentar contra los bienes personales más esenciales de los individuos, puesto que tienen que ser idóneas para producir intimidación y conmoción. Sólo vulnerando y poniendo en peligro la vida, salud, integridad y libertad de las personas es posible alterar la paz pública en el sentido indicado, esto es, crear temor por la propia vida, y, en consecuencia, forzar a los gobiernos a que atiendan las peticiones terroristas.

En consecuencia, no puede ser terrorista la actividad que sólo dañe bienes materiales. Por el contrario, las infracciones terroristas tienen que afectar a los bienes más preciados de las personas.

Por las mismas razones, el terrorismo se encuentra indefectiblemente unido a la existencia de una organización delictiva. La organización es la que proporciona los medios para ejercer la violencia con un mínimo grado de éxito y supervivencia: tanto los concretos delitos como el sustrato de intimidación necesario. En consecuencia, pues, no puede hablarse de terrorismo individual, puesto que no resulta plausible que un sujeto por libre, sin la cobertura de una organización, tenga la suficiente potencialidad para ejecutar delitos de modo continuado, sembrar el terror social y presentar demandas políticas con proyección de estabilidad. La conducta aislada de un sujeto no se presenta como idónea *ex ante* a fin de convencer a la población y al Gobierno de que se ha instalado en el ámbito de la violencia política y es factible que allí siga durante mucho tiempo.

Por tanto, obsérvese como el bien jurídico atacado por el terrorismo en los estados democráticos es triple: en primer lugar, el bien jurídico concreto protegido

por cada delito común, esto es, la vida, integridad física, libertad, etc.; en segundo lugar, la paz pública en su acepción de estado colectivo de tranquilidad y sosiego por la propia vida; y, por último, las vías democráticas de toma de decisiones políticas, es decir, el poder del pueblo como único legitimado para decidir sobre el contenido de las leyes y de las políticas públicas, desde un plano simbólico.

Hasta aquí, pues, se han analizado las características del terrorismo en cuanto fenómeno criminal. Ahora bien, a continuación hay que estudiar la forma de imputar los delitos cometidos en este ámbito a individuos concretos. Es decir, el terrorismo es un fenómeno delictivo que, como toda forma de criminalidad, ha de poder imputarse a sujetos concretos. Así, puede surgir responsabilidad individual mediante dos mecanismos de imputación penal: en primer lugar, obviamente, son responsables de delitos de terrorismo aquéllos que ejecuten los delitos-fin de la organización, es decir, quienes ponen bombas, matan, secuestran, etc. Ahora bien, por el otro lado, la realidad demuestra que en el terrorismo son esenciales para el mantenimiento de la banda armada y para la perpetración de delitos desde ella otras conductas de colaboración con sus actividades. Al ser éste un fenómeno de marcado componente ideológico, existen muchas personas que sin pertenecer a la propia organización le prestan su apoyo de distintos modos; ayuda sin la cual sería muy difícil, si no imposible, poder llevar a cabo sus actividades de una manera tan eficaz. Así, dichos colaboradores son sujetos que, pese a no ejecutar los delitos, ponen a su servicio medios materiales y logísticos.

En consecuencia, para poder hablar de colaboración con banda armada terrorista, es necesario que se preste algún tipo de soporte material o logístico, ya sea a través de hechos, de ideas o de experiencias. El acto delictivo concreto debe mostrar una idoneidad, en virtud de su dotación de medios, hombres y estructuras, para obtener su objetivo de comisión de los delitos concretos de que se trate. Desde esta concepción, pues, es necesario que se realicen conductas que contribuyan a las actividades delictivas de la banda armada para la atribución de responsabilidad, por lo que un perteneciente a efectos penales tiene que ser un miembro activo de la organización

Sin embargo, al requisito consistente en aportar una ayuda idónea para la consecución de los delitos-fin de la organización terrorista no es el único que tiene que concurrir en aras a la imputación de un delito de colaboración. Por el contrario, a éste se le ha de sumar un segundo requisito, a saber: cuando un aparato político supuestamente terrorista realiza acciones de naturaleza tanto legal como ilegal sólo puede condenarse a los sujetos que colaboraron con esa "rama" ilícita a través de hechos concretos, pero no a quienes desempeñaron una conducta neutral dentro de tales organizaciones como informar en virtud de su condición de abogado o

aportar dinero para algún tipo de campaña política o social, o para financiar la vida privada de un sujeto.

II. SUBSUNCIÓN EN EL PRESENTE SUPUESTO DE HECHO

I. EXISTENCIA DE ORGANIZACIÓN TERRORISTA:

Como se ha indicado, para poder colaborar con una organización terrorista es indispensable, y de sentido común, la existencia de una banda que contenga tales características. Es obvio que sin un sujeto de inhesión, desaparece toda opción de colaborar con el terrorismo. Por tanto, han de concurrir el susodicho elemento estructural, la ejecución de delitos violentos contra las personas de forma reiterada e indiscriminada, la idoneidad de los actos violentos para sembrar el terror entre la población y la finalidad de alteración del orden democrático.

Pues bien, en el caso que nos ocupa es ciencia ficción poder atribuir estos elementos al grupo que, según la acusación pública, fue financiado por Branko Marinkovic, formado por los señores Michael Dwywer, Arpad Magyarosi y Eduardo Rosza.

En primer lugar, comenzando por el elemento estructural, se ha indicado la necesidad de la existencia de una banda o grupo armado. Ciertamente, en el hotel las Américas aparecieron muertos dichos sujetos que, unidos, puede entenderse que formaban un grupo. En realidad, también unos amigos que se van juntos a pasear, a comer o en bicicleta conforman un grupo. Ahora bien, en el ámbito del terrorismo es indispensable que dicha asociación de varias personas tenga por objeto cometer delitos, y, sobre todo, que tal grupo sea armado. No se puede sembrar el terror sin la comisión constante de delitos previamente planificados ni sin el armamento idóneo para amedrentar a la población. Pues bien, del video aportado como prueba se desprende que las armas halladas en el lugar de los hechos mencionados fueron puestas por la propia policía. Concretamente, la grabación muestra como los agentes de la autoridad colocaron una pistola Glock y unos cartuchos de dinamita, para que pareciera que ya los poseían las personas que forman la banda tildada de terrorista. En consecuencia faltaría ya, de entrada, una asociación que contara con los medios idóneos para perpetrar delitos graves contra las personas. Y, a mayor abundamiento, tampoco consta una planificación sistemática y generalizada de atentados contra la población civil, que convierte un grupo en un grupo criminal. Por tanto, en el caso que nos ocupa no hay ni grupo delictivo ni banda armada.

Además, ahondando en el elemento estructural y en el *modus operandi* característicos del terrorismo, en segundo lugar, se exige la permanencia y estabilidad de tal grupo armado. Es decir, se ha de demostrar por parte del poder público la realización de acciones de modo estable o permanente por parte de esa banda

dotada de armas, más allá de uno o varios hechos ocasionales. Sin embargo, en el caso de autos, no existe ningún indicio sobre la planificación y/o ejecución reiterada de hechos delictivos. Es decir, no hay elementos de prueba que muestren la existencia de una organización con un plan de actuación delictiva extendida en el tiempo. Por el contrario, sólo se le atribuyen dos actos delictivos aislados.

Actos respecto de los cuales ha de indicarse, además, que, por un lado, no fueron atentados contra los bienes jurídicos personales más preciados de los individuos ni, por el otro, fueron aleatorios –por lo que no es posible la creación de una situación de terror o miedo colectivo consustancial al término terrorismo.

Por un lado, como se decía, tales conductas sólo crearon daños materiales, no personales, y las explosiones no eran idóneas para afectar la vida de las personas. Como los hechos de este caso indican en el supuesto atentado contra el domicilio del Sr. Saúl Avalos, diputado del MAS, sólo se ocasionaron la rotura de cristales.; y, en el domicilio del Cardenal Julio Terrazas, simplemente se averió un portón; además es importante recordar que el propio Fiscal Marcelo Sosa ARCHIVO la denuncia de Saúl Avalos y el Cardenal Julio Terrazas manifestó judicial y públicamente su voluntad de no acusar, ya que nunca fue informado del avance de alguna investigación, incluso podemos afirmar sin lugar a dudas, que el atentado a la casa del Cardenal Julio Terrazas NUNCA FUE INVESTIGADO, PEOR AUN ESCLARECIDO, nunca el Fiscal Sosa informó sobre este hecho, aunque la población y las evidencias incriminan como autores de este atentado al hoy Mayor Walter Andrade y a la Policía Marilyn.

En consecuencia, tales hechos no atentaron contra los bienes jurídicos más esenciales de los seres humanos, otra de las características esenciales del terrorismo. También las asociaciones en defensa de los animales causan daños materiales, normalmente a bienes jurídicos públicos, y no por ello son terroristas.

Por el otro lado, entre las dos “víctimas” de ambos actos concretos, además de que no sufrieron ningún rasguño, no existe ninguna relación ideológica. Este dato es de suma importancia, pues conlleva que ningún miembro de un grupo social se ha podido sentir identificado como eventual futura víctima. Así, pues, es imposible que se sembrase el terror entre la población o una parte de ella. Como se ha indicado, el terrorismo se vincula a una ideología específica que es la que determina la existencia del “grupo enemigo de los terroristas”, esto es, aquéllos que no comparten sus postulados o se oponen a sus planes, generalmente, el total de la sociedad democrática. Ahora bien, también puede tratarse, en ocasiones, de colectivos profesionales: así, policías, jueces, miembros del ejecutivo, etc. Todos estos sujetos, todos nosotros, por el mero hecho de pensar distinto, nos convertimos en los posibles objetivos de los actos sanguinarios. De aquí, por un lado, la despersonalización a la que se somete a la concreta víctima cuando es lesionada, y, por el otro, la sensación de desasosiego y preocupación por la propia vida de los miembros del colectivo social. Sin embargo,

obsérvese que entre un vice-ministro del Gobierno y un cardenal crítico con éste no existe ninguna relación. Más bien pareciera que ambos hechos hayan sido realizados por grupos radicalmente opuestos, sin ninguna conexión entre ellos y de forma aislada. Y, los hechos aislados, sin que exista pronóstico de reiteración delictiva no son más que eso, delitos comunes independientes. Ciertamente, la acusación pública ha defendido la teoría conspirativa consistente en que el atentado contra el Cardenal Julio Terrazas fue una estratagema usada por grupos contrarios al poder constituido para amedrentar a la población a que se levantara contra el Gobierno. Sin embargo, de poder probarse esto, sigue faltando el elemento consistente en que un colectivo social viva aterrorizado. Sin terror no puede haber terrorismo. Defender lo contrario implica un totalitarismo irracional que sustituye al Estado democrático de Derecho por otra cosa, por otro modelo de gobierno.

Así, pues, hasta aquí se ha puesto de relieve que en el caso de autos no concurre ni un grupo armado, ni un grupo que realice de forma reiterada e indiscriminada delitos contra los bienes jurídicos más preciados de las personas. Pero, si esto no fuera suficiente, falta también la finalidad política perseguida por el grupo, es decir, la coacción al Gobierno. La comisión de delitos violentos, reiterados e indiscriminados ha de enviar, en última instancia, un mensaje al poder constituido para que sucumba a sus peticiones. Sin embargo, en este caso, en todo caso, el Gobierno tendría que estar agradecido de que se "sacara de circulación" a una de las voces más críticas con el poder estatal actual. Parece difícil amenazar a un Gobierno realizando conductas que le benefician.

En definitiva, si se considera que *Al Qaeda* y el grupo encabezado por el Sr. Rosza son lo mismo, esto es, ambos son terroristas, los principios de igualdad y proporcionalidad, tan preciados desde la Ilustración y que caracterizan al Derecho penal moderno, resultan gravemente vulnerados. Como es sabido, los casos diferentes han de tratarse de modo diferenciado y la pena de un delito ha de ser proporcional al injusto del hecho cometido. El terrorismo se sitúa en la cúspide de la delincuencia y, por tanto, debe sólo aplicarse en aquellos casos que mediante la muerte, la destrucción y el terror se obligue a los gobiernos y a su población a actuar conforme a las convicciones de los terroristas. Rosza no es Bin Laden.

2. VINCULACIÓN DE BRANKO CON LA SUPUESTA BANDA ARMADA TERRORISTA

Si se impone la razón, parece obvio que no existiendo organización terrorista no puede haber, por coherencia, colaboración individual con esa asociación ilícita, hecho que, precisamente, se le imputa a Branko.

Pero es que, además, aunque alguien se atreviera a defender desde la lógica del razonamiento jurídico que así es, Branko no realizó ningún acto de colaboración material con el susodicho grupo.

Los hechos en este caso ponen de relieve que Branko aportó dinero a una corporación civil, la Casa de Campaña, la cual tenía como finalidad coordinar con todas las Instituciones de Santa Cruz la estrategia de campaña, la estrategia política y el financiamiento de toda la estructura de campaña de los Cabildos. Por tanto, se trata de una asociación perfectamente lícita, en concreto, de una corporación de naturaleza política y social. De hecho, los aportes económicos que financiaban esta Casa de Campaña eran abiertos y provenían de empresas, empresarios, gremios, trabajadores, agricultores y la ciudadanía en general: se abrieron cuentas de banco para que la gente común apoyase con lo que pudiera.

De este modo, si dicha corporación realizó, además, actividades ilegales (terroristas) consistentes en la entrega de dinero al grupo encabezado por Rosza, hay que probar, respecto a Branko, un elemento para hacerle responsable como colaborador: a saber, el conocimiento (y beneplácito) de Branko de que su financiación se estaba utilizando para sufragar gastos de una organización terrorista. Esto es, el dolo, que configura el elemento subjetivo de este tipo delictivo.

Cuando un aparato político supuestamente terrorista realiza acciones de naturaleza tanto legal como ilegal sólo puede condenarse a los sujetos que colaboraron con esa "rama" ilícita a través de hechos concretos, pero no a quienes desempeñaron una conducta neutral, como aportar dinero para algún tipo de campaña política o social. En última instancia, si los miembros de esa corporación, en apariencia lícita, deciden hacer un uso ilegítimo de las aportaciones obtenidas, se rompe el nexo de imputación entre la aportación dineraria y la ulterior entrega a una asociación criminal. Es decir, sólo cabría imputar responsabilidad por colaboración con banda armada a quien facilitase el dinero directamente a la organización terrorista. Sin embargo, puede constatarse que ésta no fue la conducta de Branko.

III.- HECHOS FACTICOS COMPROBADOS.-

Durante el transcurso de la "investigación" llevada a cabo por el Fiscal Marcelo Sosa Álvarez se han llegado a comprobar fehacientemente los siguientes extremos:

- I. El ciudadano Eduardo Rozsa Flores fue traído al País por gente vinculada al Gobierno, a este razonamiento se puede llegar fácilmente por la existencia de varios mails entre Eduardo Rozsa Flores y el camarada Linera, además existía una fuerte afinidad y amistad entre Eduardo Rozsa Flores y el terrorista venezolano "Carlos" y finalmente existen pasajes pagados por la Embajada de Venezuela. Hechos no investigados ni mencionados por el Fiscal Sosa.

2. El grupo de Eduardo Rozsa Flores estaba integrado por miembros de la Policía Boliviana, tal es el caso del hoy Mayor Walter Andrade y de la Policía Marilyn, quienes nunca actuaron como agentes encubiertos sino como agentes provocadores. El hecho de que estos policías, integrantes de la supuesta banda terrorista, no hubiesen sido imputados demuestra que el Gobierno conocía y dirigía al referido grupo.
3. El atentado a la casa del Cardenal Julio Terrazas fue cometido en un vehículo Toyota Starlet en el cual iban 4 ocupantes y una era mujer y la única mujer del grupo era la policía Marlín. Hecho tampoco investigado por el Fiscal Sosa.
4. Se ha violado el principio del juez natural, llevando a cabo una investigación bajo control jurisdiccional de un juez de un lugar distinto al que supuestamente ocurrieron los hechos y en el cual se encuentran las supuestas pruebas materiales.
5. El caso Sosa sólo ha servido para demostrar, por una parte, que el Gobierno controla y maneja a su antojo al Ministerio Público y a los Jueces; y para perseguir, encarcelar y desarticular a la oposición democrática de otra parte, pero también ha servido para desmovilizar a todo un pueblo que reclama autonomía, libertad y democracia.
6. El caso Sosa ha servido para esquilmar económicamente a varios empresarios cruceños, quienes por miedo al abuso del poder han tenido que pagar para no ser molestados y este pago ha sido en metálico y en sumisión política.
7. Finalmente y lo más importante, ha servido para que los cruceños, de una parte, conozcamos a quienes han traicionado los ideales de autonomía, libertad y democracia, a quienes han entregado esos ideales a cambio de tranquilidad y/o negocios, a quienes han preferido su bolsillo al pueblo, a quienes se han convertido en aliados, cómplices y alcahuetes de un gobierno totalitario, anti autonomista y anti democrático; y de otra parte, para valorar a quienes por mantenerse firmes en sus ideales y en la defensa de los valores de nuestro pueblo, siguen arriesgando su libertad y su patrimonio, viven en el exilio pero también en el corazón del pueblo, como es el caso de mi amigo Branko.

En el caso Sosa, sólo nos queda una duda y no la podemos descifrar y es que no sabemos dónde termina la obsecuencia y donde comienza la ignorancia del Fiscal Sosa.

ADOPCIÓN, FAMILIA Y DERECHO

ADOPTION, FAMILY AND LAW.

Rev. boliv. de derecho n° 14, julio 2012, ISSN: 2070-8157, pp. 98-121



Rosa
MOLINER
NAVARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 octubre de 2011

ARTÍCULO APROBADO: 3 de enero de 2012

RESUMEN: La creciente y masiva realidad de la adopción en los países desarrollados exige analizar este fenómeno desde una doble perspectiva: la jurídica y la sociológica. Es esencial conocer las claves sobre las que el Derecho diseña y estructura la adopción y sobre las que establece sus mecanismos de control y resulta indispensable aproximarse a los análisis sociológicos, psicológicos y estadísticos para constatar el cumplimiento real de las previsiones jurídicas a la hora de constatar si el objetivo de integrar al menor desamparado en una nueva familia se cumple efectivamente. Por otra parte hemos tratado de identificar los factores diferenciales identificables en quienes deciden afrontar un proceso de adopción.

PALABRAS CLAVE:

ABSTRACT:

KEY WORDS:

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El sentido de la adopción en el Derecho 2.1. Adopción como recreación jurídica de la filiación biológica. 2.2. Adopción como medio de integración del menor en una familia. 2.3. Adopción como la más adecuada protección del interés del menor 3. ¿Es la adopción un derecho de los adoptantes? 4. La integración del menor en una nueva familia. Datos y valoraciones. 4.1. Datos generales sobre integración de menores adoptados. 4.2. Dimensión jurídica y psicológica del proceso de adaptación/integración. 5. Perfil de las familias adoptantes frente a las no adoptantes.

I. Introducción

Si, en su origen, la adopción cumplió en Europa una función residual, destinada a facilitar la continuidad de apellidos ilustres o la transmisión de patrimonios para quienes no tenían descendencia masculina, o no la tenían en absoluto; en la actualidad ha desbordado su función instrumental (sucedáneo frente a la esterilidad) y caritativa (remediar la orfandad y el desamparo) para convertirse en un recurso ligado a todo tipo de expectativas de los adultos, sean o no estériles, estén o no casados, sean parejas o personas solas. Así vemos que el protagonismo principal del proceso ha experimentado un giro de 180 grados: han dejado de ser los niños desamparados (a los que antes, desde los orfanatos, se buscaba con dificultad una familia que quisiera acogerles) y han pasado a ser los futuros padres, quienes en número exponencialmente creciente han generado una demanda tan poderosa que ha trascendido por completo los ámbitos nacionales para proyectarse con enorme fuerza en el internacional.

La adopción (nacional e internacional) se ha convertido en un verdadero fenómeno de masas en el mundo, que moviliza a cientos de miles de personas en el conjunto de los países desarrollados; que requiere de una importante estructura administrativa pública en cada Estado dedicada a ello en exclusiva –además de procurar los convenios y acuerdos internacionales necesarios con los países “proveedores”–; y que ha generado una extensísima red de organizaciones de todo tipo dedicadas a la gestión y tramitación de adopciones. España está a la cabeza de este fenómeno.

El proceso de adopción de un niño es largo y costoso, pero la práctica totalidad de nuevos padres adoptivos asegura que merece la pena. Para poder adoptar a un menor; hay que cumplir tres requisitos indispensables: ser considerado “*capaz*”

conforme a las exigencias de capacidad objetivas previstas en el Código Civil; ser declarado "*idóneo*" por la administración autonómica competente, que realizará un estudio psicofísico para determinar el grado de adecuación de las capacidades de los padres adoptantes; y finalmente ser *elegido*, ya que es el niño adoptable el que determina, de acuerdo con sus necesidades y circunstancias, aquellos padres que mejor se ajusten a ellas. Con todo, miles y miles de personas se embarcan anualmente en este proyecto vital con la mayor de las ilusiones y expectativas de tener un hijo.

Para comprobar la relevancia estadística y sociológica de las familias con hijos adoptados basta acercarse a las cifras absolutas. Cada año se adoptan en todo el mundo más de 40.000 niños procedentes de otros países, un movimiento que implica ya a más de 100 naciones. España es el primer país de la UE y el segundo del mundo -sólo por detrás de EEUU- donde más adopciones internacionales se realizan.

En España, las solicitudes de adopción internacional se han incrementado exponencialmente. Su número se ha multiplicado por 300 entre 1992 y 2007. Hace veinte años, apenas hubo 30 solicitudes. En 2005 llegaron a 9.900; en 2006 a 11.890; en 2007 a 15.221, en 2008 a 19.110. Todo ello, a pesar de que los países de origen exigen cada vez más requisitos (China y Europa del Este son paradigmáticos) y muchos mantienen en suspenso la tramitación de expedientes por cambios de legislación o por cuestiones de procedimiento (Asia, Sudamérica y África).

Según los últimos datos oficiales del Ministerio de Educación y Política Social, en la década 1998-2008 se adoptaron en nuestro país 37.600 menores procedentes de países extranjeros. En los últimos 5 años (entre 2003 y 2007) llegó a España el 65% de ese total: 23.035. El 70% de esos niños era menor de tres años y el resto de los adoptados se situaba entre los tres y los cuatro años. En este mismo periodo, las adopciones nacionales no llegaron a 10.000 (menos de 1.000 por año y menos de 1/3 de las internacionales). La mayoría provienen de Europa del Este, Asia y África. En 2008, el origen mayoritario de los niños adoptados era China (1.059), seguida de Rusia (995), Etiopía (481), Ucrania (338) y Colombia (174). Hace diez años era América del sur quien ocupaba el primer lugar.

Esta creciente y masiva realidad exige analizar el fenómeno de la adopción desde una doble perspectiva: la jurídica y la sociológica. Por un lado, es importante conocer las claves sobre las que el Derecho diseña y estructura la adopción y sobre las que establece sus mecanismos de control. Por otra parte, resulta indispensable aproximarse a los análisis sociológicos, psicológicos y estadísticos para constatar el cumplimiento real de las previsiones jurídicas a la hora de constatar si el objetivo de integrar al menor desamparado en una nueva familia se cumple efectivamente. En consecuencia, este trabajo aborda los presupuestos jurídicos de la adopción, como

mecanismo privilegiado para la integración familiar del menor y, a continuación, el grado de consecución del objetivo de la adopción: integración/adaptación del menor desamparado en un entorno familiar; incidiendo en la necesaria distinción de planos entre la dimensión jurídica y la psicológica en el proceso de integración/adaptación.

Finalmente, en base a los datos estadísticos de que se dispone, hemos tratado de responder a la siguiente pregunta: ¿existe algún factor diferencial o alguna especificidad identificable en quienes deciden afrontar un proceso de adopción a pesar de las dificultades que comporta *ex ante* y de la exigente dedicación que requiere *ex post*? Las limitaciones del universo estudiado hacen que nuestra pretensión se limite a apuntar simplemente *tendencias*.

2. El sentido de la adopción en el Derecho

La *Convención Internacional de los Derechos del Niño*, de 1989, consagra una serie de derechos fundamentales y personalísimos de los menores, entre los cuales destaca el de “crecer bajo el amparo y la protección de una familia”, a la que se reconoce como “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros” (vid. Preámbulo). En este sentido, la Convención ha consagrado la prevalencia, como principio inspirador y como criterio interpretador de toda legislación relativa a menores, el “*interés superior del niño*” frente a cualquier otra eventualidad, circunstancia o interés que pudiera estar en juego en lo que a su custodia, cuidado, educación y desarrollo se refieren (art. 3.1).

El art. 20 de la Convención establece lo siguiente: “*Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado*”. “*Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas la colocación en hogares de guarda..., la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores*”.

En el Derecho interno español esas garantías fueron recogidas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor*, así como en diversas disposiciones contenidas en el Código Civil. Esas disposiciones se convierten, a su vez, en complementarias de otras parcelas del ordenamiento que hacen referencia a la capacidad del menor: De ellas se deduce que, cuando un menor se encuentra “desamparado” (privado de entorno familiar o el que tiene no resulta adecuado para su correcto desarrollo), la opción escogida por el legislador, con preferencia sobre cualquier otro tipo de medidas como la permanencia en instituciones públicas o privadas, es su *inserción en un nuevo entorno familiar* (art. 172.3 Código civil). Para ello, se han arbitrado en nuestro sistema jurídico dos instituciones: el acogimiento y, fundamentalmente, la adopción.

La adopción es un instrumento jurídico que establece entre un menor y sus adoptantes un vínculo de filiación equiparable a la biológica a todos los efectos. Con ella se pretende unir “real y filialmente” al menor con quienes, aunque de hecho no son sus progenitores biológicos, podrían haberlo sido. Este proceso sustitutivo exige, además, que sólo pueda establecerse un vínculo de filiación adoptiva allí donde podría haber existido un vínculo biológico de filiación (de ahí las exigencias legales de una diferencia mínima y máxima de edad entre adoptado y adoptantes).

El Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, destaca la intención de “*basar la adopción en dos conceptos fundamentales: su configuración como un instrumento de integración familiar, referido especialmente a quienes más lo necesitan, y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución*”. Para conseguir esas finalidades la ley consagra la ruptura total de los vínculos del adoptado con su “familia biológica” e incluye la filiación adoptiva entre las normas generales de la filiación contenidas en el Código Civil. La Ley 21/87 considera la familia como el entorno más adecuado para el óptimo desarrollo de un menor y establece los mecanismos tendentes a garantizar al menor ese entorno familiar idóneo en el que pueda integrarse plenamente y desarrollarse y educarse en las mejores condiciones, cuando esto no es posible en su familia de origen.

El art. 172.4 Cc exige a la entidad pública correspondiente que procure la adopción únicamente cuando, “*en virtud del interés del menor*”, no sea posible su reinserción en el propio ámbito familiar. Eso justifica la articulación de una figura intermedia como el acogimiento. Ahora bien, cuando la situación de desamparo se verifica de manera irreversible, la LO 1/96 considera que la adopción es el medio “más adecuado” para proteger los intereses del menor. Precisamente el art. 176.1 Cc ofrece la clave de nuestro actual sistema: “la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad de los adoptantes para la patria potestad”. Esta fórmula expresa el juego de intereses convergentes en la figura. Lo que el Derecho tiene en cuenta en los adoptandos (los menores) es “la protección de sus intereses”; mientras que en los adoptantes lo que se tiene en cuenta es “su idoneidad” (concepto introducido en la *Convención de derechos del Niño* y en el *Convenio de La Haya sobre Protección de Menores*, de 29 de mayo de 1993, referido a la adopción internacional); es decir, su capacidad de otorgar al menor el “entorno más adecuado” para su protección y correcto desarrollo cuando, por cualquier causa, se encuentra privado de sus progenitores, o estos no pueden proporcionárselo.

Así pues, la adopción es una institución jurídica que persigue establecer entre dos personas una relación de filiación; es decir, vínculos jurídicos similares a los que existen entre una persona y sus descendientes biológicos. Para ello, el Derecho recurre a

una ficción, reconociendo la existencia de una relación de filiación entre quienes no tienen la correspondiente vinculación biológica. Si consideramos la cuestión desde una perspectiva estrictamente jurídica, podríamos afirmar que la adopción es una pura construcción legal que responde a la legítima decisión de una sociedad de establecer entre dos sujetos un vínculo jurídico equivalente a la filiación biológica. En ese mismo contexto de libre creación de un vínculo jurídico, es la propia sociedad, a través del legislador, quien libremente determina entre quiénes puede contraerse ese vínculo (la filiación no biológica) y cuáles serán sus efectos. Ahora bien, resulta razonable suponer también que, como sucede con cualquier otra figura jurídica, aun gozando de plena libertad para establecer la adopción y sus efectos, el legislador ha creado la institución persiguiendo una finalidad determinada y la ha regulado del modo en el que más satisfactoriamente pueda lograrse esa finalidad¹.

Actualmente, parece fuera de toda duda que en el substrato de la adopción, como en el resto de normas jurídicas que se ocupan del menor, se encuentra primordialmente una finalidad institucional "tuitiva", es decir, se trata de un mecanismo singular de protección del menor que se encuentra en una situación de desvalimiento, en la que también confluyen lógicamente los intereses del adoptante o adoptantes².

En efecto, cuando consideramos la adopción desde el punto de vista jurídico, resulta evidente que en ella hay algo que va mucho más allá de la simple finalidad protectora. No se trata sólo de un negocio jurídico de tutela de los intereses de un menor: se establece un vínculo singularísimo como es la "filiación". Esa es la clave de la adopción: la creación por el Derecho de un vínculo de filiación equiparado al biológico. A ese propósito se ordena toda la estructura de la institución, que ya no puede revestir cualquier tipo de regulación, sino sólo aquella que sea coherente con la filiación: eso define su alcance y también sus límites; y eso atañe, primariamente, a los sujetos que pueden establecerla.

- 1 Eso explica que históricamente la adopción haya ido evolucionando en su concepción y en su régimen legal. Ha sido una institución, en alguna época, polémica, hasta el extremo de estar a punto de desaparecer en el proceso de codificación español por su posible utilización fraudulenta y su escaso uso. Finalmente se incorporó al Código Civil, pero desde la promulgación de éste hasta la actualidad, la figura ha experimentado cuatro importantes reformas legislativas (la última en 1996, aunque la más radical se produjo en 1987), tendentes a eliminar la llamada adopción simple de efectos atenuados, a la plena integración del adoptado en la familia del adoptante, a la equiparación del hijo adoptivo con el hijo por naturaleza y a la ruptura de los vínculos entre el adoptado y su familia natural. Vid M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, "La adopción en el sistema vigente de protección de menores", en POLAINO, SOBRINO Y RODRÍGUEZ, *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Ariel Educación, Madrid 2001, pp. 154-175. Vid también C. LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho Civil, t.VI, Derecho de familia*, Trivium, Madrid 2000, pp. 387-389.
- 2 El Preámbulo de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, es meridianamente claro en este punto. Una finalidad de índole humana y protectora: por un lado, permite a las parejas sin descendencia tener hijos con una situación idéntica a los biológicos y, por otro, permite proporcionar un hogar a los menores que se encuentran desvalidos por cualquier causa. De modo que el centro de gravedad ha pasado del interés individual del adoptante al interés social de protección del menor necesitado. En todo caso, ambas finalidades no son incompatibles, si bien, entre los intereses que concurren en la adopción, debe primar siempre la protección de los intereses del menor; de ahí la pormenorizada regulación de la figura tanto en el aspecto administrativo como judicial (cfr. entre otros, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes", en *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, op. cit., pp. 176-184, DÍAZ-AMBRONA, HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones de Derecho de familia*, CERASA, Madrid 1999, pp. 371-372.)

Ahora bien: ¿qué justificación tiene realizar la ficción jurídica de que alguien es hijo o hija de quien no lo es? La doctrina civil y los textos legales que se ocupan de regular la adopción³ nos permiten formular tres posibles respuestas: a) se pretende proporcionar al menor, privado de ellos, un padre y una madre (doctrina civil); b) se pretende la integración del menor desamparado en una familia (ley 21/87 de reforma de la adopción); c) se supedita a que sea el medio “más adecuado” para proteger los intereses del menor desamparado (ley 1/96 de protección del menor). No estamos ante una serie de respuestas sinónimas; por el contrario, cada una de ellas presenta un matiz esencial que determina necesariamente el sentido de la regulación legal de la figura y de los sujetos aptos para establecerla. Analicemos cada una de ellas.

2.1. Adopción como recreación jurídica de la filiación biológica

La primera de las respuestas se fija sustancialmente en el vínculo jurídico creado. En la adopción se trataría primordialmente de establecer jurídicamente un vínculo de “filiación semejante a la biológica”. El sentido último de la adopción sería, pues, la de generar un proceso sustitutivo de la relación natural de filiación. Para quienes sostienen este punto de vista, el Derecho pretende con la adopción instaurar jurídicamente una relación semejante a la que existe entre padres e hijos y para ello fabrica un remedo de lo que sucede biológicamente. Es decir, “la filiación natural determina las condiciones de posibilidad de la filiación adoptiva. La filiación biológica constituye el modelo a cuya imagen se crean los vínculos artificiales de filiación adoptiva: para crear una relación semejante a la jurídico-natural, la relación creada debe ser asemejable a la natural”⁴. Con este presupuesto, la adopción estaría dirigida a “recrear la naturaleza” (*adoptio imitatur natura*); estaríamos ante una figura destinada a proveer la sustitución del padre y la madre biológicos de un menor que se encuentra privado de ellos⁵.

Este proceso sustitutivo exigiría, además, que sólo cupiera establecer un vínculo de filiación adoptiva allí donde podría haber un vínculo biológico de filiación; es decir, el vínculo adoptivo sólo podría crearse entre personas que podrían haber tenido un vínculo biológico. La exigencia legal de una diferencia mayor de catorce años entre adoptante y adoptado y la imposibilidad de que tres personas puedan adoptar conjuntamente, no harían sino confirmar esta hipótesis⁶.

3 Los textos legales por los que se rige la adopción en España son: el Código Civil (arts. 175-180); la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma de la filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial (consagró la equiparación entre la filiación adoptiva y la natural); la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación de diversos artículos del CC y LEC en materia de adopción (introduce el acogimiento familiar); Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (introduce la idoneidad y la adopción internacional).

4 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes”, op. cit., p. 179.

5 Vid J. MÉNDEZ PÉREZ, *La adopción*, Bosch, Barcelona 2000, pp. 73-76.

6 C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, op. cit., p. 179.

Por consiguiente, quienes asumen el papel de padres en la ficción jurídica serán sólo aquellos que pudieran haberlo sido en una hipotética realidad biológica; esto es, dos personas de sexos opuestos que puedan reemplazar, a todos los efectos, a los padres biológicos de quienes el menor se ha visto privado por cualquier causa. Pero hay más; esta concepción sostiene que con la adopción no sólo se pretendería establecer una relación jurídica “artificial” entre un menor y quienes biológicamente no son sus padres, sino que se pretendería unir “real y filialmente” al menor con quienes, aunque de hecho no son sus progenitores, biológicamente podrían haberlo sido (podrían haberlo procreado). Por consiguiente, si la “esencia” de la adopción es proporcionar al menor un padre y una madre “que pudieran haberlo procreado”, resulta evidente que sólo podrán desempeñar ese papel las parejas heterosexuales. De este modo, dos personas del mismo sexo, no pudiendo “recrear” las relaciones de filiación de base biológica (conjuntamente nunca podrían procrear a ese menor), quedarían descartados como sujetos aptos para realizar conjuntamente la adopción⁷.

Considerar la adopción como “recreación” del proceso natural de procreación, resulta, a primera vista, lleno de toda lógica. En efecto, ¿qué objeto más adecuado y deseable puede tener la adopción sino proporcionar unos padres al menor que se ha visto privado de ellos? Sin embargo, el Derecho tradicionalmente ha contemplado –e incluso primado– la adopción individual (art. 175.4 del Cc: “**Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie podrá ser adoptado por más de una persona**”). Habremos de concluir, pues, que el establecimiento del vínculo adoptivo por un solo individuo, resulta tan coherente con el sentido último de la adopción como su establecimiento por una pareja. En consecuencia, si bien resulta claro que el núcleo de la adopción es la creación de un vínculo de filiación similar al biológico, sin embargo, no puede inferirse de ahí que su “esencia” sea la de otorgar al menor un padre y una madre que pudieran haberlo engendrado. No cabe duda de que es una loable aspiración que en la mayoría de las ocasiones se realiza, pero en muchas otras ocasiones ni siquiera se pretende. Numerosos son los supuestos en que la adopción individual se establece, por ejemplo, en favor de niños discapacitados o con problemas importantes de salud, que difícilmente encuentran receptores en parejas. El análisis psicopedagógico de la institución revela una infinidad de interesantes matices⁸.

2.2. Adopción como medio de integración del menor en una familia

Este presupuesto aparece como el principal *desideratum* de la reforma llevada a cabo por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. En su Preámbulo destaca la intención de “basar la adopción en dos conceptos fundamentales: la configuración

7 Esta es la opinión sostenida expresamente por J. NANCLARES VALLE, “La adopción por parejas homosexuales en derecho navarro...”, op. cit., p. 34; por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, op. cit., pp. 186-190 y por J. MÉNDEZ PÉREZ, *La adopción*, op. cit., p. 74.

8 Vid. M. FONTANA ABAD, “Instrumentos de evaluación en la adopción”, en POLAINO, SOBRINO Y RODRÍGUEZ, *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, op. cit., pp. 32-72.

de la misma como un instrumento de integración familiar; referido especialmente a quienes más lo necesitan, y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución". Para conseguir esas finalidades, la ley consagra la ruptura total de los vínculos del adoptado con su "familia anterior" (desaparece la denominada adopción menos plena) e incluye la filiación adoptiva en las normas generales de la filiación contenidas en el Código Civil. La adopción queda, pues, primordialmente configurada como **"un instrumento de integración familiar"**, que produce la total ruptura del vínculo jurídico del adoptado con su familia biológica y crea una nueva relación de filiación. Eso explicaría que, salvo supuestos excepcionales, la ley sólo permita adoptar a menores de edad⁹.

No cabe ninguna duda de que nuestra sociedad considera la familia como el entorno más adecuado para el óptimo desarrollo de un menor¹⁰. Y, en efecto, la ley 21/87 asume este presupuesto y establece los mecanismos tendentes a solventar la situación de aquellos menores que se encuentran privados de una vida familiar adecuada. El texto legal habla de una situación familiar de "desamparo". Este concepto viene definido en el art. 172.1 Cc, entendiéndose que se produce cuando los padres, guardadores o tutores incumplen o ejercitan inadecuadamente los deberes de guarda, ocasionando con ello que el menor se encuentre, material o moralmente, desasistido. En esas situaciones, la entidad pública correspondiente asumirá la tutela del menor; con el objetivo prioritario de reinsertarlo en su familia de origen una vez restablecidas las garantías de protección (art. 172.4 Cc) y, no siendo ello posible, recurriendo al acogimiento familiar o la adopción¹¹. En definitiva, el objetivo primario perseguido por la ley, a través de la adopción, es garantizar al menor un entorno familiar idóneo en el que pueda integrarse plenamente, desarrollarse y educarse en las mejores condiciones, cuando esto no es posible en su familia de origen¹².

Desde esta perspectiva, habría que destacar dos cosas. Por un lado, que la finalidad de insertar al menor en el seno de una familia, resulta plenamente compatible tanto con la adopción individual como con la adopción conjunta (el articulado mantiene en todo momento la doble referencia al "adoptante o adoptantes"). Por otro lado, que el objetivo primordial de la adopción ya no sería estrictamente proporcionar al menor a un padre y una madre, sino algo bastante más amplio: proporcionarle una familia que constituya el entorno "adecuado" para su correcto desarrollo.

9 Vid. J. MÉNDEZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 21-23.

10 Cfr. L. FLAQUER, *El destino de la familia*; Ariel, Barcelona, 1998; pp. 67-69. Vid. también I. ALBERDI, *La nueva familia española*, ed. Taurus, Madrid, 1999.

11 M.A. PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid 1989, pp. 41 y ss.

12 Cfr. J. NANCLARES VALLE, *op. cit.*, pp. 37-38.

2.3. Adopción como la más adecuada protección del interés del menor

La Ley Orgánica 1/1996, de protección del menor; ha enfatizado de manera importante, junto al principio de integración familiar del menor desamparado, otro principio, de carácter general y absoluto, relativo a la adopción y al resto de instituciones que afectan al menor y que debemos analizar en relación con la cuestión que nos ocupa: “**primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir**” (art. 11.2b). Este principio no es una simple pauta orientadora de las reformas ni un mero parámetro inspirador de las previsiones legales destinadas a proteger a los menores desamparados. Se trata de algo más radical que se sobrepone y determina el propio objetivo de la integración familiar del menor. A este respecto es significativo que el encabezamiento del capítulo del Cc dedicado a la regulación de la adopción se titule “De la adopción y otras formas de protección de menores”. Su aplicación ha convertido a la adopción de un mecanismo primario en uno “subsidiario”, supeditándola a la reintegración del menor en su familia de origen, cuando ello sea posible.

El art. 172.4 Cc exige a la entidad pública correspondiente que procure la adopción únicamente cuando, “en virtud del interés del menor”, no sea posible su reinserción en el propio ámbito familiar. Eso justifica la articulación de una figura intermediaria como acogimiento¹³. Ahora bien, cuando la situación de desamparo se verifica de manera irreversible, la LO 1/96 considera que la adopción es el medio “más adecuado” para proteger los intereses del menor. Eso explica que el sentido de la reforma manifieste a las claras la intención de propiciarla, favoreciendo el acceso a la condición de adoptante y restringiendo la intervención de quienes tienen facultad para impedir la constitución del vínculo adoptivo (vid art. 177 Cc)¹⁴.

Por otro lado, se subordinan igualmente a este principio la constitución judicial tanto del acogimiento (art. 173.3 Cc) como la adopción (art. 176.1). Precisamente el art. 176.1 ofrece la clave de nuestro actual sistema: la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad de los adoptantes para la patria potestad. En esta fórmula se expresa el juego de intereses convergentes en la figura que determinan las dos posiciones. Lo que el Derecho tiene en cuenta en los adoptandos es “la protección de sus intereses”; mientras que en los adoptantes lo que se tiene en cuenta es “su idoneidad”; es decir, su capacidad de otorgar al menor el “entorno más adecuado” para su protección y correcto desarrollo cuando, por cualquier causa, se encuentra privado de sus progenitores, o estos no pueden proporcionárselo¹⁵.

13 Cfr. M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, “La adopción en el sistema vigente de protección de menores”, en POLAINO, SOBRINO Y RODRÍGUEZ, *Adopción. Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, op. cit., p. 163.

14 Cfr. *Ibid.* p. 168.

15 Vid. Convención de los Derechos de Niño, de 20 de noviembre de 1989; Convenio de La Haya, de 29.V.1993, Relativa a protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional; Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de Reforma de la Adopción; arts. 175-180 Código Civil; LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor; Leyes 73 y 74 Compilación Foral y Decreto Foral 90/86, de 25 de marzo, sobre régimen de

Precisamente porque se trata de facilitar el óptimo entorno para la protección de los intereses del menor, la adopción, a diferencia de la filiación biológica, permite elegir a quien (o quiénes) mejor pueden cumplir la misión de custodiar esos intereses; y en ese cometido, ser pareja es tan sólo una de las posibilidades¹⁶. De manera que, lo sustancial a la hora de determinar el sujeto adoptante, no está en la condición de individuo o de pareja (y tampoco la eventual existencia de un vínculo jurídico entre la pareja), se encuentra únicamente en la capacidad de asegurar al menor “el entorno más idóneo para su desarrollo y sus intereses”.

3. ¿Es la adopción un derecho de los adoptantes?

La respuesta es oportuna porque frecuentemente existe cierta confusión sobre el tema. La adopción no se plantea ni se concibe desde la perspectiva de quienes pueden adoptar, sino bajo el criterio de la mejor protección de los intereses de quien va a ser adoptado; precisamente por eso, *nadie*, sea a título individual o conjuntamente (como pareja casada o no casada) puede tener el **derecho de adoptar** a un menor; por el contrario, en la relación jurídica de adopción sólo cabe hablar del derecho del menor privado de padres a ser protegido en su desarrollo personal y social por la persona o personas más idóneas para ello. En consecuencia, la cuestión sobre quiénes pueden adoptar no es un problema de derechos individuales o de pareja, sino de **idoneidad**. No existe el derecho a la adopción, existe una obligación de los poderes públicos de “seleccionar” a quienes pueden proteger adecuadamente los intereses de los menores desamparados. La adopción es, pues, un modo privilegiado de dar cumplimiento al deber de protección del menor; no es en absoluto la satisfacción de un supuesto derecho de los individuos a “disponer” de un menor:

El ordenamiento, obviamente, no reconoce en este campo ningún derecho subjetivo; tan solo faculta a determinados sujetos, bajo determinadas condiciones, para manifestar formalmente su disposición a ser adoptantes a través de una solicitud específica (art. 176.1 Cc). De manera que, la voluntad de quien o quienes pretenden adoptar, lejos de ser el ejercicio activo de un derecho, se limita exclusivamente a ser una pura manifestación genérica de disponibilidad a la acreditación de su “idoneidad” para desempeñar la función de educación y protección de un menor (art. 176.2 Cc). A partir de ahí, el interés superior del menor y la finalidad protectora de la

adopciones, acogimiento familiar y atención a menores (Navarra); Ley 37/1991, de 30 de diciembre (modificada por Ley 8/1995, 27 de junio), sobre Medidas de Protección de los Menores Desamparados y de Adopción (Cataluña); Ley 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores de las Cortes de Aragón.

16 Es necesaria siempre una previa declaración de idoneidad, a la que nadie, en sentido estricto, tiene derecho; esto sin perjuicio de que en dicha calificación se sigan criterios objetivos y no arbitrarios ni discriminatorios y de que quien cumpla esos requisitos deba ser declarado idóneo; existiendo igualmente la posibilidad de recurrir la decisión por la que un individuo, una pareja o un matrimonio no han sido declarados idóneos, como garantía de la objetividad del proceso. De igual manera, el criterio en virtud del cual deben adjudicarse las adopciones no puede ser simplemente el cronológico (por orden de solicitudes) entre quienes han sido declarados idóneos, sino el de la mayor o menor aptitud del idóneo para una concreta adopción en función de las características y del interés primario del adoptante (cfr. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, op. cit., p. 183).

adopción son los principios que determinarán finalmente si la adopción solicitada se lleva a cabo. Por eso, corresponde siempre a las instituciones públicas, como responsables de velar por los intereses de los menores, atender o no las solicitudes en función de la idoneidad de quienes las formulan. Pero, en última instancia, es el juez quien ostenta la única y exclusiva facultad de culminar o no el proceso jurídico de adopción (art. 176.I Cc).

Ninguna legislación contempla (difícilmente podría hacerlo) el derecho a adoptar. Las leyes únicamente recogen aquellos requisitos de idoneidad que la sociedad considera necesarios para garantizar que un sujeto lleve a cabo la adecuada protección de un menor. El papel de los adoptantes (individuos o parejas) no es el de actores sino el de receptores. Ni siquiera la declaración de idoneidad de los solicitantes constituye el fundamento de un eventual derecho a adoptar, puesto que la efectiva adopción dependerá siempre de la existencia o no de otros solicitantes mejor capacitados (más idóneos) para hacerse cargo de las necesidades concretas del menor en cuestión.

La adopción, en efecto, no está configurada por el Derecho como un instrumento de satisfacción de los deseos o aspiraciones de los adoptantes, sino como mecanismo de protección de los menores al que deben subordinarse esos deseos. Considerar la adopción como un derecho de los solicitantes sería vulnerar esa premisa haciendo prevalecer el interés del adoptante (de cuya legitimidad nadie duda) por encima del interés del menor; que vendría reducido a un mero instrumento para la satisfacción del deseo de aquellos. Tal pretensión es inconcebible. Se trata de dar una familia a un niño, no un niño a una familia. Esto no significa que los deseos y aspiraciones del adoptante no tengan relevancia en este proceso, significa que no son su clave o centro de gravedad. Naturalmente que los solicitantes expresan y perfilan su voluntad de adoptar y son libres de aceptar o rechazar la propuesta que se les haga. La adopción no puede imponerse a nadie. Precisamente por eso, en sentido estricto, tampoco puede hablarse de un derecho del menor a ser adoptado, ya que nadie está obligado a adoptarlo. El menor tiene derecho a ser cuidado, educado y protegido, pero que eso se realice a través de la adopción exige necesariamente el consentimiento de los adoptantes.

¿Por qué es tan complicado adoptar a un niño? Es evidente que existen muchos menores en centros de acogida que están en espera de ser adoptados, pero se suele olvidar que, en la práctica totalidad de los casos, se trata de menores con filiación conocida y cuya adopción dependerá del consentimiento de sus padres biológicos, normalmente privados de la patria potestad e incurso en procedimientos ante los organismos públicos para solventar las cuestiones que llevaron a esa privación y facilitar la reinserción del menor en su núcleo familiar originario. En estas condiciones lo que procede es el **acogimiento**. También hay muchos menores en centros de

acogida que sufren algún tipo de deficiencia o minusvalía y que exigen un tipo especial de cuidados, de ahí que los solicitantes (de por sí muy escasos) no siempre son considerados idóneos por las autoridades administrativas para llevar a cabo estas complicadas tareas de integración y cuidado. Por otra parte, el caso de la adopción internacional parece más fácil, pero las condiciones personales de los solicitantes se van endureciendo progresivamente, los tiempos mínimos de residencia en esos países se alargan (muchos han congelado indefinidamente los procesos) y el desembolso económico necesario no siempre está al alcance de todos.

4. La integración del menor en una nueva familia. Datos y valoraciones

El objetivo de la adopción, tal y como hemos expuesto, se orienta a *la integración del menor desamparado en una nueva familia*. ¿Puede decirse que este objetivo se consigue razonablemente? Para responder a esta cuestión, analizaremos los datos recogidos en numerosos estudios sobre el tema, prestando especial atención a la integración familiar y escolar y a la especial singularidad que reviste la adopción internacional sobre la nacional.

4.1. Datos generales sobre integración de menores adoptados

Podemos comenzar sosteniendo tres afirmaciones generales:

- a.) El miedo a que los niños adoptados no se adapten y no se desarrollen adecuadamente carece de fundamento.
- b.) Los niños adoptados procedentes de otros países son *más felices* en su nueva situación y *se adaptan mejor* que los adoptados en su propio país.
- c.) La salud no es un factor determinante de la integración

Las dos primeras afirmaciones han sido corroboradas por un estudio realizado en 2005 por la Universidad de Leiden (*Centre for Child and Family Studies*), y publicado en el *Journal of the American Medical Association*; firmado por Juffer y H. Van IJzendoorn (www.childandfamilystudies.leidenuniv.nl). El estudio analizó datos que van desde 1950 hasta 2005, además de consultar a expertos en la materia y examinar 137 estudios específicos sobre adopción. Por otro lado, se tuvieron en cuenta 34 estudios con referencias a salud mental y 64 investigaciones sobre problemas de comportamiento. La investigación se centró en 23 países europeos, Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda e Israel. En total han sido observados los casos de 30.000 niños adoptados y 100.000 que viven con sus padres naturales en los países de referencia.

Las conclusiones del estudio son muy reveladoras. Los niños adoptados en el extranjero presentan, en general, los mismos problemas de adaptación que los niños que viven con sus familias de origen; pero (y aquí reside la singularidad) presentan

muchos menos problemas que los niños adoptados en su propio país. He aquí las cifras.

En 25.281 casos de los 80.260 controles sobre niños adoptados (tanto de fuera como de sus propios países) analizados en este estudio, se ve que los niños adoptados presentan más problemas de comportamiento que los niños que viven con sus familias biológicas. No obstante, los efectos de estos problemas son muy pequeños y apenas relevantes. Sólo en 5.092 casos de niños adoptados, los controles de salud mental manifestaron que estos niños estaban especialmente afectados por su situación. Es decir, cabe establecer una sustancial equiparación, a efectos conductuales, entre niños adoptados y no adoptados, con un pequeño núcleo problemático que afecta a los adoptados.

Por otra parte, en 15.790 casos de los 30.450 controles realizados, los niños procedentes de la adopción internacional muestran mayores problemas de comportamiento que en los controles realizados sobre niños no adoptados, pero la entidad de estos problemas sigue siendo muy pequeña. Sin embargo, los controles realizados sobre niños adoptados en el extranjero demuestran que tienen menos problemas, tanto en su relación externa como interna, que los adoptados en sus propios países, y además hacen menos uso de los servicios de salud mental que estos últimos. Es decir, cuando la comparativa se realiza en función de la procedencia interna o externa del menor, los resultados adaptativos se muestran claramente favorables hacia los que provienen de la adopción internacional.

De la investigación se deduce que ciertos problemas de comportamiento, como la agresividad o la ansiedad, son relativamente poco frecuentes en todos los niños estudiados. Sin embargo, un dato llama poderosamente la atención en el sentido ya apuntado: el riesgo de que estos comportamientos se den es **menos elevado** en niños adoptados en el extranjero que en el caso de niños adoptados en su propio país. Los niños adoptados procedentes del extranjero tienen un 20% más de riesgo de sufrir perturbaciones y un 10% más de riesgo de sufrir ansiedad, que los niños que viven con sus padres biológicos. Sin embargo, los problemas de comportamiento en niños adoptados en su propio país con respecto a los niños que viven con sus familias de origen alcanzan el 60%.

Hay dos razones que, entre otras, aporta el estudio para esta disfunción y que son significativas:

- a.) Los niños adoptados dentro de su propio país, antes de ser definitivamente adoptados, suelen realizar un periplo por diversas familias de acogida, lo que aumenta su inestabilidad, sufrimiento y frecuentes problemas psicológicos. No obstante, los padres adoptivos suelen tardar en recurrir a la ayuda psicológica.

- b.) Las familias que adoptan a niños procedentes de otro país, por el contrario, suelen estar más preocupadas por cubrir todas sus necesidades y exigencias de adaptación, en particular los tratamientos y terapias que necesiten en el ámbito sanitario, escolar, lingüístico, etc. (de ahí que con mucha frecuencia acudan a la atención psicológica en los primeros momentos).

El estudio *descarta* contundentemente la idea preconcebida de que los niños adoptados en el extranjero suelen ser niños enfermos o agresivos. De hecho, cabe sostener con fundamento que la salud no es, en absoluto, un factor determinante en la integración. La situación de la que vienen es difícil, pero se recuperan y se adaptan muy bien a una nueva situación más llevadera. La **Sociedad Española de Pediatría Extrahospitalaria y Atención Primaria**, corrobora los resultados del estudio, afirmando la necesidad de «desmitificar» la gravedad de los problemas de salud que afectan a los menores procedentes de otros países, toda vez que son de fácil curación en un breve periodo de tiempo. A su llegada a nuestro país, entre un 20 y un 25% de estos menores presentan una amplia variedad de patologías. Las más frecuentes suelen ser un retraso leve en el desarrollo de peso y talla, anemia, problemas dermatológicos y desajustes de alimentación y sueño. Pero, entre seis meses y un año, todos los niños están perfectamente adaptados al modelo y hábitos de higiene, alimentación y atención sanitaria propios de la nueva sociedad en la que viven. La inmensa mayoría de las alteraciones que presentan «son banales o curables» y, de hecho, son resueltas de manera satisfactoria en atención primaria o, si es necesario, derivando a los menores a los médicos especialistas.

Con relación a otro tipo de patologías, el estudio de la Universidad de Leiden y los datos ofrecidos por la **Sociedad española de Pediatría**, demuestran que la posibilidad de que estos niños padezcan ansiedad y agresividad es sólo ligeramente superior a la de los niños que viven con sus padres biológicos. Ciertamente, la mayoría de los niños adoptados en el extranjero no han tenido un tratamiento médico adecuado, están mal alimentados y viven una separación maternal difícil. A menudo son víctimas de negligencias y agresiones en los orfanatos en los que permanecen. Sin embargo, estos niños, que normalmente proceden de países inestables, son totalmente capaces de crecer y de desarrollarse en un nuevo entorno, de igual manera que los niños que viven en su medio familiar original.

En un estudio de la Universitat de València realizado en 2007 sobre una muestra de 250 niños adoptados, los resultados de la integración fueron extraordinariamente positivos:

- Tras seis meses de convivencia la totalidad de los niños mostraba conductas de apego respecto a sus padres adoptivos.
- A partir de los seis meses de convivencia los menores evidenciaban el papel de los padres adoptivos como principales figuras de apego.

- La práctica totalidad de los menores evaluados presentaba un estilo de apego seguro.
- A los 12 meses de convivencia sólo un 10% de los menores tenía un léxico pobre o un insuficiente desarrollo del habla.
- De los menores ya escolarizados (un tercio de la muestra) un 88% presentaba un nivel académico adecuado y en un 77% el profesor valoró positivamente su evolución.
- No se constataron problemas de agresividad o hiperactividad.
- Las alteraciones iniciales del sueño y la alimentación desaparecieron.

4.2. Dimensión jurídica y psicológica del proceso de adaptación/integración

La *integración* tal y como se diseña desde el ámbito jurídico, no equivale exactamente al concepto de *integración* según la perspectiva de la psicología evolutiva. Luego lo explicaremos más extensamente. En su dimensión jurídica debemos señalar básicamente dos ámbitos principales en los que la administración pública debe garantizar y controlar que ese proceso de integración se produzca, debido a su ineludible responsabilidad de velar por el interés superior del menor: el ámbito familiar (control del ejercicio *adecuado* y *adaptado* de la patria potestad) y el ámbito escolar (control del ejercicio *adecuado* y *adaptado* de la función docente).

Hasta hace pocos años sólo se adoptaban bebés, en cambio, en estos momentos es muy significativo el número de niños adoptados entre 3 y 5 años, que vienen de otros países y, con frecuencia, en grupos de hermanos. Estos niños son los que, en realidad, debemos contemplar como sujetos en el *proceso de integración* en una nueva familia, después de haber convivido con su familia biológica o con una familia de acogida, o de haber pasado por un hogar o centro de menores. Esto significa que han establecido vínculos afectivos inestables (con miembros de su familia de origen o de acogida, o con el personal del centro), y significa que su adaptación a un nuevo entorno conlleva siempre una atención y exigencias especiales.

En efecto, el hecho de haber vivido sucesivas vinculaciones a diferentes adultos que han pasado por la vida del menor puede generar especiales dificultades de adaptación a una nueva familia. De ahí la necesidad de un singular cuidado en el ejercicio de la patria potestad, que debe ser garantizado *ex ante* por la autoridad administrativa (responsable último de velar por el interés superior del menor) a través del proceso de idoneidad de los adoptantes y supervisado *ex post*, a través de los pertinentes controles post-adoptivos, hasta que el menor llegue a la mayoría de edad. Puesto que el proceso de integración se produce una vez realizada la adopción, sólo procede aludir a los tres tipos de controles de supervisión establecidos:

-Controles post-adoptivos por parte de la administración del país de origen del niño (se limita a recibir los informes de valoración realizados en el país de acogida).

Raramente tienen consecuencias sobre los menores ya adoptados. Únicamente afectan (caso de no ser satisfactorios) al endurecimiento de requisitos en los sucesivos expedientes de adopción que se tramitan en dichos países.

-Controles administrativos post-adoptivos por parte de las administraciones competentes (las autonómicas) del país de acogida (España), a través de psicólogos y trabajadores sociales. Tienen una frecuencia y una cadencia variable, en función del tiempo de adopción, la edad y las circunstancias particulares del menor.

-Control jurisdiccional por parte del ministerio fiscal, que se ejerce de oficio (si se produce alguna circunstancia especial que exija velar por el interés del menor), o a instancia de parte (en caso de que los informes de evaluación no sean satisfactorios y la administración pública inste su intervención para privar de la custodia o patria potestad a los padres).

Esto significa que, para el Derecho, la integración/adaptación del menor a su nueva familia se realiza satisfactoriamente en tanto no se produzca alguna circunstancia que enerve la actuación de las instancias administrativas o jurisdiccionales. En otras palabras, desde el punto de vista jurídico, la integración/adaptación del menor a una nueva familia no se plantea en **clave psicológica** (estar o no a gusto, pasarlo mejor o peor, etc.); es un concepto que se mide única y exclusivamente desde el prisma de su **interés superior y prevalente**. Y el único capacitado para interpretarlo es el juez. Sin olvidar que ese interés ya se evaluó cuando el juez decidió que su mejor realización radicaba en ser adoptado por esa familia. Conviene recordar que la filiación adoptiva es tan irrevocable como la biológica (no se tiene a un menor como “en préstamo” –a prueba- hasta comprobar que se ha **adaptado** bien al nuevo entorno; se tiene un hijo con todas las implicaciones). Es decir, puede suceder que un menor no esté “contento”, o que sea un problema para su familia adoptiva (o viceversa), pero esa vertiente psicológica o conductual del menor o de los adoptantes, no afecta al plano jurídico de su relación paterno-filial que se mantiene (y se mantendrá) inalterable para siempre.

En consecuencia, los controles administrativos post adoptivos no tienen por objeto verificar el proceso psicológico de adaptación del menor; sino verificar que el ejercicio de la patria potestad por parte de los adoptantes sea concorde con las peculiares circunstancias adaptativas del menor. De ahí que sólo se derivan consecuencias jurídicas cuando se detecta un ejercicio **no satisfactorio** de la patria potestad por parte de los adoptantes (al igual que sucedería en el caso de una familia biológica). Sólo cuando la administración considera que “el interés superior del menor” exige separarlo de su entorno familiar adoptivo, lo plantea a través del ministerio fiscal instando el proceso judicial oportuno. Porque sólo el juez puede decidir, en virtud de ese supremo criterio, que la administración se haga cargo

del menor y lo tutele en un centro de acogida, privando a los padres de la patria potestad.

En definitiva, el concepto jurídico de integración/adaptación circula en sentido inverso al concepto psicológico conductual. En éste, el patrón de normalidad se establece a partir de los adoptantes (el menor debe encajar –adaptarse- en el nuevo entorno familiar en el que se integra). Desde la perspectiva jurídica, el patrón de normalidad se mide a partir del menor (son los adoptantes los que deben adecuar el ejercicio de la patria potestad a las peculiares circunstancias adaptativas del menor, dado que su interés superior es el único que prima y ése interés fue el de ser adoptado por ellos).

En este sentido, resulta necesario evitar un cierto confusionismo (entre lo psicológico y lo jurídico) que en alguna ocasión se apodera de este tipo de reflexiones. Por ejemplo, en el estudio realizado sobre integración en 2005 por la profesora Ana Berástegui, de la Universidad de Comillas, se afirma que una de cada cinco familias con hijos adoptivos “vive situaciones muy problemáticas, al filo de la ruptura”. Más concretamente, señala que un número importante de familias adoptivas **“no ha llegado a consumir la adopción propiamente dicha en los primeros cuatro años de convivencia, al no haber conseguido eso que los psicólogos llaman el ‘vínculo’ entre padres e hijos”**. Señala también que no pocas familias “camuflan esas tensiones enviando a los hijos internos a colegios”. Realizando una extrapolación concluye que, en realidad, existe un 25% de casos de fracaso adoptivo.

Afirmar que **“no se ha llegado a consumir la adopción”** sólo puede interpretarse desde un punto de vista psicológico afectivo, pero introduce un punto de ambigüedad al no delimitar bien el plano jurídico y el psicológico, pudiendo dar la impresión de que si ésta no se “consume” en lo adaptativo acabará por deshacerse en lo jurídico. Nada más lejos de la realidad. El estudio está hablando de conflictos, problemas y cuestiones conductuales que todos los padres deben afrontar, sean biológicos o adoptivos; si bien, en el caso de los padres adoptivos se singularizan bajo el ámbito de la “integración/adaptación”. Es decir, el porcentaje de conflictividad apuntado por el estudio podría perfectamente aplicarse también a las familias biológicas (o quizá en estos casos sería todavía superior). En definitiva, la dimensión psicológica del problema adaptativo carece de relevancia jurídica, en tanto en cuanto la familia adoptiva sigue teniendo la obligación jurídica de ejercer la patria potestad para salvaguardar el interés superior del menor que es el criterio supremo que hay en juego. De ahí que este dato pueda conciliarse plenamente con las cifras oficiales ofrecidas por el MEPS, de acuerdo con las cuales, el porcentaje de adopciones truncadas en España (casos en los que la administración se ha hecho cargo de nuevo de la tutela del menor) es bajísimo y se sitúa en torno al 0,5% (alrededor de 400 casos frente a 37.000 adopciones en la última década).

Basta con observar los datos oficiales más actualizados ofrecidos en 2009 por la Comunitat Valenciana (que reflejan lo acontecido a nivel nacional) para corroborar la exigencia de distinguir bien estas dos dimensiones. Casi 2/3 de las familias adoptantes solicitaron información telefónica o presencial a los servicios sociales post-adoptivos de la administración durante el primer año (186 solicitudes de 293 adopciones). A partir del segundo año, el porcentaje desciende como media al 12%. Los problemas más atendidos fueron los siguientes:

- Conducta (21%)
- Revelación del pasado (15%)
- Dificultades de vinculación (14%)
- Falta de recursos educativos (12%)
- Problemas de adaptación escolar (7%)
- Integración social o problemas étnicos (1%)

La mayoría de las demandas de información se resolvieron satisfactoriamente desde el servicio. Sólo el 26% de esas demandas de información (46 casos) derivaron en intervenciones administrativas formales, es decir, en la actuación de un profesional. Del resultado de esas intervenciones se deduce lo siguiente:

- Sólo el 8% de las familias adoptantes tiene un pronóstico de crisis familiar.
- Sólo el 3,6% tiene un pronóstico de riesgo de ruptura de la pareja.
- Sólo el 1,5 % corre el riesgo de solicitar que la administración les prive de la patria potestad y se haga cargo del menor.

En **conclusión**: atendiendo a los parámetros habituales de la integración/adaptación (familiar, escolar, social) tanto en su dimensión psicológica como en su dimensión jurídica (dimensiones que conviene no confundir) no existe diferencia relevante entre los menores con filiación adoptiva y los menores con filiación biológica.

5. Perfil de las familias adoptantes frente a las no adoptantes

Los resultados de una reciente investigación¹⁷ muestran, con carácter general, los siguientes factores diferenciales de las familias adoptantes frente a las no adoptantes:

Entre las familias adoptantes existe una mayor frecuencia de la **monoparentalidad** (21.1% frente a 12,7%). Se trata de un dato consecuente con el notable número de mujeres solas que deciden adoptar niños por los datos de que se dispone. Con mucha frecuencia (casi el 62%) se trata de mujeres que previamente se han sometido sin éxito a las técnicas de reproducción asistida y han recurrido después a la adopción.

17 MOLINER, R., "Familias adoptantes: perfiles y tendencias" en P. PÉREZ (dir.) *Infancia y familias: valores y estilos de educación*, PUV, Valencia 2010, pp. 97-109.

No obstante, lo que más llama la atención en este caso es el notable porcentaje de padres solos con hijos adoptados –monoparentalidad masculina–, tanto en relación con la monoparentalidad masculina con hijos biológicos (5,3% frente a 0,8%), como el propio porcentaje de esa monoparentalidad.

El dato, comparativamente hablando, resulta coherente con el hecho de que los varones separados o divorciados muy raramente obtienen la custodia de sus hijos biológicos. Sin embargo, no deja de sorprender un número tan significativo de varones solos (que no conviven en pareja) que han decidido adoptar un niño. En no pocos de estos casos, además, se trata de niños con necesidades especiales de atención por enfermedades o minusvalías. Esta realidad indica una muy positiva y creciente tendencia del varón en orden a implicarse y asumir las tareas de crianza y cuidado de menores, que si bien todavía se manifiesta muy inferior al de las mujeres (5,3% frente a 15,8%), no deja de merecer ser destacado en este análisis. Por otra parte, también hubiera sido interesante poder establecer la relación entre esta línea creciente de implicación y la orientación sexual de estos varones, en el sentido de confirmar o romper el estereotipo vigente.

En el caso de adopción conjunta por una pareja, el estudio revela que se trata siempre de *parejas casadas* (100%). No se ha registrado en la muestra ningún caso de convivientes de hecho con hijos adoptados. Ciertamente, el restringido alcance del universo de estudio no permite extrapolar el resultado. No obstante, este dato resulta coherente con dos realidades bastante consolidadas en el ámbito de la adopción: en primer lugar, la exigencia de acreditación de la estabilidad de la pareja y su proyecto de futuro, como uno de los más firmes requisitos contemplados en los procedimientos administrativos de idoneidad (aunque la legislación vigente no discrimina entre parejas casadas y no casadas, el dato de la estabilidad resulta, obviamente, mucho mejor acreditado en el caso de un vínculo jurídico como es el matrimonio). Más allá de la muestra, la estadística general en España revela que las adopciones por parejas de hecho apenas representan el 7% frente al resto.

En segundo lugar, el recurso a la adopción suele plantearse en una pareja cuando su relación está muy consolidada y esto suele acontecer mayoritariamente en parejas casadas (o que decidieron casarse antes de comenzar con el procedimiento para adoptar, conscientes de que tal situación lo facilita). Pero también debe tenerse en cuenta otro factor: aunque las parejas acuden mayoritariamente a la adopción porque tras años de convivencia no consiguen tener descendencia, existe un porcentaje no desdeñable de parejas casadas que procedentes de un divorcio o separación anterior (de alguno de ellos o de ambos) acuden a la adopción porque por la edad, la mujer ya no es fértil y desean tener un hijo en común. En este sentido, el estudio revela un mayor índice de separaciones o divorcios previos entre las parejas adoptantes que entre las que tienen hijos biológicos (15,8% frente a 9,1%).

En las familias adoptantes se observa también una *menor variabilidad en el número de hijos* frente a las no adoptantes (casi todas suelen tener uno o dos hijos y apenas existen casos que tengan 3 hijos o los sobrepasen).

Esta variabilidad tampoco es demasiado acusada dado que la horquilla de las familias de la muestra se mueve mayoritariamente entre 1 y 3 hijos. No obstante, el dato resulta muy congruente con la realidad misma de las familias adoptantes: media de edad alta en los adoptantes (alrededor de 40 años); preferencias por niños entre 0 y 3 años; plazos dilatados hasta la constitución (una media de 3-4 años); amplio intervalo entre la primera y la segunda adopción (una media de 3 años); escaso número de solicitudes de una tercera adopción (apenas un 5.6%); escaso número de solicitudes cuando ya hay hijos biológicos (3.8%); mínimo número de adopciones de grupos con más de dos hermanos (2.1%). Estos datos se compadecen perfectamente con los que arroja el estudio en relación con las personas que habitan en el hogar. En efecto, cuando el hogar se compone de uno o dos miembros (52.8% de los casos) el estudio advierte una mayoritaria presencia de familias adoptantes frente a las no adoptantes (13,2% frente a 7,2%).

En otras palabras, las familias monoparentales con un hijo adoptado doblan en porcentaje a las familias monoparentales con un hijo biológico. Aunque el estudio no especifica del sexo del adulto adoptante en estos casos, sabemos por las estadísticas propias de la adopción que se trata de mujeres en una mayoría abrumadora. Esto permite avalar la siguiente conclusión: las familias monoparentales no adoptantes, suelen tener más de un hijo biológico y suelen originarse como consecuencia de una ruptura de pareja y la asunción de la custodia de los hijos por parte de uno de los progenitores (fundamentalmente la mujer). En cambio, las familias monoparentales adoptivas, suelen constituirse *ab initio* a partir de un solo adulto adoptante (mayoritariamente una mujer) y permanecer con un solo hijo adoptado.

El estudio revela también que cuando conviven tres personas en el hogar hay una mayoritaria presencia de las no adoptantes frente a las adoptantes (31% frente al 21.1%). Esto resulta coherente con lo que acabamos de exponer: cuando se trata de un adulto con dos niños, estamos mayoritariamente ante la presencia de hijos biológicos (que suelen proceder de una separación o divorcio); y cuando nos encontramos ante parejas con un solo hijo, resulta obvio y evidente que la mayoría de ellas sean las que tienen el hijo biológico frente a las que lo han adoptado.

Resulta, sin embargo, muy relevante constatar que, cuando conviven cuatro miembros en el hogar vuelve a darse una notabilísima presencia de familias adoptantes (55.3% frente al 48.2%). Considerando minoritarios los casos de un adulto con tres hijos biológicos y casi inexistentes los de un adulto con tres hijos adoptados, hemos de concluir que el supuesto estándar del estudio contempla una pareja con dos hijos. Esto manifiesta una importante y significativa tendencia de

familias con un hijo biológico que deciden adoptar otro hijo. Y esto significa que, para una parte significativa de familias, el sentido de la adopción ya no es sólo ni primariamente la satisfacción del ansia frustrada de paternidad/maternidad, sino que también se focaliza de manera prioritaria y sustancial en el bien fundamental del adoptado (como así se recoge en todos los documentos internacional y legislaciones nacionales sobre adopción).

Finalmente, como último de los rasgos generales de este perfil, se observa un **menor índice de cualificación académica** (en secundaria) en el sustentador de la familia con hijos adoptados. Los datos globales de la investigación nos indican que, cuando se trata de estudios universitarios, el porcentaje resulta levemente superior en el caso del sustentador de la familia adoptante (23.7% frente a 20%). Sin embargo, hay un desnivel muy acentuado cuando se trata de estudios de segundo grado, en detrimento de la cualificación del sustentador de la familia adoptante (23.7% frente al 40.5% en la no adoptante). No resulta fácil interpretar estos datos en relación con la decisión de adoptar, aunque si puede establecerse una cierta conexión entre cualificación profesional y nivel de ingresos, no parecería muy justificado el tópico de que la adopción está ligada a una alta disponibilidad económica. En su caso, como veremos, el dato puede tener relevancia a la hora de concebir el futuro profesional de los hijos adoptados.

En definitiva, en el perfil diferencial de las familias adoptantes hay que destacar los siguientes rasgos:

- a.) Un mayor índice de **monoparentalidad** que en las familias no adoptivas (particularmente con una mujer como adulto sustentador). En efecto, hay un número importante y creciente de mujeres solas que deciden adoptar niños (15.7%). Pero lo que comienza a ser muy significativo es el número de hombres solos que deciden adoptar (5.8%).
- b.) Las familias monoparentales no adoptantes, suelen tener más de un hijo biológico y suelen originarse como consecuencia de una ruptura de pareja. En cambio, las familias monoparentales adoptivas, suelen constituirse **ab initio** a partir de un solo adulto adoptante (mayoritariamente una mujer) y permanecer con un solo hijo adoptado.
- c.) En el caso de que los adoptantes son una pareja se aprecia una absoluta presencia del **vínculo matrimonial** entre ambos. No se ha registrado en la muestra ningún caso de adopción por parejas de hecho o por matrimonios homosexuales.
- d.) Existe un número creciente y significativo de familias con un hijo biológico que deciden adoptar otro hijo. Esto revela una positiva evolución en el modo de concebir la adopción: ya no es sólo (ni primariamente) el medio para satisfacer un ansia frustrada de paternidad/maternidad, sino el medio para garantizar una familia a un niño desamparado.

Con esas mismas limitaciones, en el contexto de las relaciones entre padres e hijos, no se aprecian diferencias sustanciales entre las familias adoptantes y no adoptantes, salvo en aquellos aspectos más directamente relacionados con la singularidad que comporta el proceso de adaptación-integración familiar y escolar del hijo adoptado.

LA COLISIÓN ENTRE EL DERECHO AL HONOR Y LA
LIBERTAD DE INFORMACIÓN (DEBER DE VERACIDAD Y
REPORTAJE NEUTRAL)

*LA COLISIÓN ENTRE EL DERECHO AL HONOR Y LA
LIBERTAD DE INFORMACIÓN (DEBER DE VERACIDAD Y
REPORTAJE NEUTRAL)*

Rev. boliv. de derecho n° 14, julio 2012, ISSN: 2070-8157, pp. 136-153



José R. DE
VERDAY
BEAMONTE
y Orlando
PARADA

ARTÍCULO RECIBIDO:
ARTÍCULO APROBADO:

RESUMEN:

PALABRAS CLAVE:

ABSTRACT: ????

KEY WORDS: ???.

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares: la inicial preferencia de la libertad de información.- 2. El interés público de la noticia.- 3. El deber de veracidad.- 4. El reportaje neutral.- A) Formulación de la doctrina jurisprudencial.- B) Requisitos para la aplicación de la doctrina del “reportaje neutral”.- a) La identificación de la fuente.- b) La no realización de ninguna aportación relevante a la noticia por la vía de la forma o del contenido.- c) La no asunción de la noticia o declaración como propia por parte del medio que la reproduce.- d) La no inclusión de juicios de valor.

I. Consideraciones preliminares: la inicial preferencia de la libertad de información

Un tema frecuente en la práctica es el de la colisión del derecho al honor con la libertad de información, materia ésta, que no es regulada por la legislación española, por la que ha sido abordada por una copiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la cual atribuye a la libertad de información una inicial preferencia sobre el derecho al honor –como explica la STC 240/1992, de 21 diciembre

“en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático”.

La STC 21/2000, de 31 de enero, dice, así, que “Es doctrina constitucional reiterada que en los casos en los que exista un conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información, debe partirse de la premisa de que a través de este último derecho no sólo se protege un interés individual sino que entraña el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político [...] De este modo, al contribuir este derecho a la formación de una opinión pública libre, la libertad de información constituye uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática”.

No obstante, la preferencia sobre derecho al honor se supedita a la concurrencia de dos requisitos, “que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública”. La STC 139/2007, de 4 de junio,

• **José Ramón de Verda y Beamonte**

Catedrático Acreditado de Derecho Civil Universidad de Valencia

• **Orlando Parada Vaca**

Profesor de Derecho de la Universidad “Gabriel René Moreno” Santa Cruz – Bolivia

que sistematiza la jurisprudencia sobre la materia, reitera que la misma exige “la concurrencia de dos requisitos inexcusables para que el ejercicio del derecho a la libre información goce de protección constitucional [...] a saber: que se trate de difundir información sobre un hecho noticioso o noticiable, por su interés público, y que la información sobre tales hechos sea veraz. En ausencia de alguno de ellos la libertad de información no es- tá constitucionalmente respaldada (o su protección está limitada) y, por ende, su ejercicio podrá afectar, lesionándolo, a alguno de los derechos que como límite enuncia el art. 20.4 CE, singularmente y por lo que al caso atañe, los derechos fundamentales al honor y a la intimidad”.

Examinaremos, en epígrafes independientes, por razón de una mayor claridad expositiva, los dos requisitos a los que se subordina la prevalente preferencia de la libertad de información: esto es, el interés público de la noticia y su veracidad, prestando una especial atención a la doctrina del “reportaje neutral” (a la que dedicaremos también un epígrafe específico), dado que, a nuestro entender, no ha sido suficientemente abordado por la doctrina científica española, lo que nos ha obligado a un extenso análisis de la jurisprudencia sobre la materia.

2. El interés público de la noticia

El requisito del interés público de la noticia viene exigido por la razón misma que justifica esta inicial tendencia a preferir la libertad de información sobre el derecho al honor; que es el interés general a la formación de una opinión pública libre, sin la cual no pueden haber pluralismo político: si el hecho sobre el que se informa no tiene interés público, su conocimiento no contribuirá a la formación de esa opinión pública libre y, en consecuencia, carecerá de justificación el sacrificio del derecho al honor.

La STC 139/2007, de 4 de junio, exige, así, que “la información tenga por objeto hechos que, ya sea por la relevancia pública de la persona implicada en los mismos, ya sea por la trascendencia social de los hechos en sí mismos considerados, puedan calificarse como noticiables o susceptibles de difusión, para conocimiento y formación de la opinión pública”. De donde se deduce que el interés público de la noticia puede venir dado por el asunto al que se refiere o por la proyección social de la persona implicada.

Lo reitera, por ejemplo, la STC 54/2004, de 15 de abril, conforme a la cual “El criterio a utilizar en la comprobación de la relevancia pública de la información incluye tanto la materia u objeto de aquélla, que debe referirse a asuntos públicos de interés general que contribuyan a la formación de la opinión pública; como las personas implicadas en los hechos relatados, que deben tener el carácter de personaje público o con notoriedad pública”.

Si el interés que se pretende tutelar es el de la colectividad, para que ésta se encuentre debidamente informada y así poder participar en mejores condiciones en la vida política o ejercer adecuadamente sus derechos de control del poder político, la información a ser difundida debe responder al criterio de relevancia pública, sea por las personas, o por la materia objeto de la información.

De esta manera, toda y cualquier información difundida y que no se refiera a asuntos de interés general ni contribuya a la formación de la opinión pública, no se encuentra protegida y su ejercicio debe ser considerado ilegal e ilegítimo, dado que en última instancia, su legitimidad se encuentra en dotar al ciudadano de elementos que le permitan una más efectiva participación política.

De lo expuesto se deduce que las personas que deben soportar un mayor sacrificio de sus derechos de la personalidad son aquellas con proyección pública y, muy señaladamente, los funcionarios y las personas con responsabilidad política, según se deduce de numerosos fallos jurisprudenciales.

La STC 54/2004, de 15 de abril afirma que “En la categoría de ‘personas públicas’ deben incluirse, desde luego, las autoridades y funcionarios públicos, quienes deben soportar, en su condición de tales, el que las actuaciones en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no sólo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tenga una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos [...] En estos casos, y en tanto lo divulgado se refiera directamente al ejercicio de las funciones públicas, no puede el individuo oponer sin más los derechos del art. 18.1 CE”.

3. El deber de veracidad

El segundo de los requisitos, para que pueda prevalecer la libertad de información es la veracidad de ésta.

El artículo 20.1 d) de la Constitución española no protege cualquier información, sino, exclusivamente, la que tiene por objeto hechos veraces.

No obstante lo dicho, el deber de veracidad no exige la total exactitud de lo que se transmite, so pena de incurrir, en caso contrario, en responsabilidad civil, pues tal carga, en la práctica, haría inoperante el reconocimiento de la libertad de información.

Lo que el deber de veracidad impone es la obligación de desplegar la diligencia propia de un correcto profesional de los medios de comunicación en la averiguación de la verdad.

De lo expuesto se deduce que el juicio de veracidad se ciñe al examen del grado de diligencia desplegado por el profesional de los medios de comunicación en la confrontación de la noticia.

Dicho examen se realiza en atención a las circunstancias del caso concreto, a pesar de lo cual es posible extraer de la jurisprudencia una serie de criterios orientativos en la materia.

l o) El cumplimiento del deber de veracidad se juzga en atención a si la inexactitud ha desvirtuado de modo esencial la verdad de la noticia.

La STC 240/1992, de 21 diciembre observa que “el informador [...] tiene un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un profesional”; y añade: “Puede que, pese a ello, la información resulte inexacta, lo que no puede excluirse totalmente, pero la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección [...] aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado”.

En el caso litigioso se enjuiciaba un artículo del periódico *El País*, que tenía como título “Un cura de Cangas de Morrazo inicia la cruzada contra los desnudistas gallegos”; y un antetítulo en el que se decía que “Garrote en mano, el sacerdote lanzó al vecindario contra un campamento autorizado”.

En él se informaba de que “El cura párroco de Hío, localidad perteneciente al municipio de Cangas, encabezó ayer a un grupo de vecinos del lugar de Viñó que, armados de palos y estacas, increparon y amenazaron a los nudistas acampados en la playa de Barra, mientras la Policía Municipal de Cangas procedía al levantamiento de parte de las tiendas de campaña allí instaladas”.

Sin embargo, dos días después, se publicó en el mismo periódico otro artículo sobre la polémica entre vecinos y desnudistas en Cangas de Morrazo, en el que se decía que el párroco de Hío negaba toda participación en la polémica, afirmando el sacerdote no haber tenido “arte ni parte en el conflicto de los vecinos con los nudistas”, y añadiendo: “Mucho menos garrote en mano; no es mi estilo la violencia”.

El periódico, en definitiva, incurrió en una equivocación, pues el sacerdote en cuestión no era el párroco de Hío, sino el de Viñó, no obstante lo cual entendió cumplido el requisito de la veracidad, por entender que se trataba de un error circunstancial que no afectaba a la esencia de lo informado.

El Tribunal Constitucional dice, así, que “el error en la identificación de la persona a la que se refería el hecho noticioso, con independencia de la importancia que sin duda tiene para quien aparece erróneamente implicado en la noticia, no puede

considerarse, sin embargo, que afecte de modo determinante al contenido esencial de la información ni altere la relevancia pública y social de los hechos comunicados, ya que era, sin duda alguna, la condición de sacerdote de la persona que se había visto involucrada en los referidos acontecimientos y su destacada participación en los mismos, dada la posición que asume en la comunidad, lo que constituía extremo relevante de la información, como por lo demás ponen de manifiesto los titulares del artículo en cuestión, cuya esencia era destacar el contraste de ciertos hábitos con la moralidad y costumbres tradicionales”.

2o) La mayor o menor gravedad de la información modula el grado de intensidad del deber de veracidad.

En este sentido, observa la STC 139/2007, de 4 de junio, que “El nivel de diligencia exigible al informador adquiere una especial intensidad cuando la noticia divulgada pueda suponer, por su propio contenido, un descrédito de la persona a la que la información se refiere”.

En general, como expone la STC 21/2000, de 31 de enero, “el deber de diligencia debe exigirse en su máxima intensidad”, cuando “la noticia que se divulga, al imputar la comisión de un delito, no sólo puede suponer un descrédito en la consideración de la persona a la que se refiere, sino que, además, incide en su derecho a la presunción de inocencia”.

3o) El juicio acerca de la diligencia desplegada por el informante en la verificación de la noticia pasa por averiguar si la contrastó con datos objetivos o con fuentes informativas dignas de solvencia.

La STC 190/1996, de 25 de noviembre, entendió que no había existido un adecuado cumplimiento del deber de contrastar la noticia con la fuente, confirmando la condena por intromisión ilegítima en el honor de una joven persona fallecida, a la que se relacionaba con el consumo de drogas, sugiriendo que ésta había sido la causa de su muerte.

En la noticia se decía que un miembro del Ayuntamiento había confirmado al programa que las últimas investigaciones descartaban el asesinato y se centran en el consumo de droga y que el análisis del cadáver indicaba que podía ser que la joven consumiese estimulantes desde hacía tiempo y que se encontraba en mal estado de salud.

Sin embargo, la autopsia del cadáver desmintió este extremo, constatándose, además, en el juicio ordinario correspondiente, que el Alcalde había puesto de manifiesto dos veces a un representante del medio, “de forma clara y contundente”, que no había nada relacionado con la droga en la muerte de la joven.

“Esta aseveración –afirma el Tribunal Constitucional– no sólo descarta la veracidad de la noticia en cuanto mera transmisión sin aportación de la información que otro facilita, sino que, a la vista de su fuente y de su firmeza, exigía un esfuerzo añadido de comprobación: indudablemente en relación con su así desmentido contenido final, y posible- mente en relación con el de las otras dos afirmaciones relativas al objeto de la in- vestigación policial y judicial. La noticia a la que ahora nos referimos, sin embargo, se exteriorizó sin actividad complemen- taria de contraste alguna, siquiera para confirmar, por vía oficial o acudiendo a la propia familia que aún no se había emi- tido el informe relativo el resultado del análisis pertinente del cadáver, fechado dos días después de la transmisión de la noticia”.

4o) Hay que precisar que la juris- prudencia no considera cumplido el re- quisito de la veracidad cuando el perio- dista se remite a fuentes indeterminadas, negándose a revelar la identidad de los informantes, acogiéndose al secreto pro- fesional.

La STC 21/2000, de 31 de enero, se planteó la legitimidad de un reporta- je aparecido en un periódico, en donde afirmaba que altos cargos del Ministerio de Defensa, mandos militares, y empre- sarios del sector de suministros habían pactado, de forma irregular y a cambio de comisiones millonarias, un contrato de 25.000.000.000 millones de pesetas.

La sentencia recurrida había acor- dado el archivo de las diligencias previas a que las querellas interpuestas por los em- presarios aludidos por la información, entre otras razones, porque ésta era veraz, desde el momento en que había quedado demos- trado que “el periodista recibió un escrito anónimo en el que se denunciaban los hechos posteriormente publicados y con el fin de confirmar su contenido contactó con diversas personas relacionadas con el tema –personas de las que no se ha des- velado su identidad en virtud del secreto profesional– quienes le facilitaron infor- mación documentada sobre las bases de un concurso público aún no convocado y sobre la fabricación del material que constituía su objeto con anterioridad a la adjudicación del correspondiente contrato”.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional estimó el recurso de los empresarios, distinguiendo entre la veracidad relativa al hecho de la irregularidad ad- ministrativa y al pago de comisiones de que hablaba el reportaje.

Dice, así: “Ciertamente, en los autos quedó probado que mediante la inves- tigación efectuada por el periodista se confirmó la existencia de irregularidades administrativas; pero lo que no quedó acreditado es que los recurrentes en am- paro hubieran pagado las comisiones millonarias a las que se hacía referencia en la noticia”.

Más adelante, añade: “Nos encon- tramos, por tanto, ante un supuesto en el que si bien es verdad que el periodista realizó una actividad de averiguación en relación

con parte de los hechos sobre los que versó la noticia –que determinadas empresas poseían información respecto de un futuro contrato de suministros del que no había sido publicado todavía el pliego de condiciones–, respecto de otros de los hechos a los que se hacía referencia en la información publicada, en concreto, el que afirmaba que los empresarios del sector –identificándose entre éstos a los ahora recurrentes en amparo– habían pagado comisiones millonarias, no se desplegó más actividad probatoria que la de remitirse a la información que sobre este hecho le habían proporcionado fuentes indeterminadas”.

5o) Entre los criterios para determinar el canon de diligencia del informante habrá que tener en cuenta si, pudiendo hacerlo, intentó contrastar la noticia con el aludido.

El grado de diligencia que le es exigible estará en función de la naturaleza de los hechos a los que se refiera.

Lógicamente, la valoración ha de tener en cuenta si el hecho que se imputa a una persona es la comisión de un delito.

Lo resalta el ATC 16/2006 de 18 de enero, que confirmó la sentencia recurrida, la cual había condenado por calumnias a un periodista, quien había publicado un artículo en el cual acusaba a dos recaudadores de impuestos de Sevilla de apropiación indebida: “examinada la cuestión a la luz de las exigencias de nuestra doctrina respecto del requisito de la veracidad, podemos concluir que, en efecto, el recurrente en amparo no actuó con la diligencia que le era constitucionalmente exigible a tenor del contenido de la información divulgada, en la que se imputaba un delito a los recaudadores municipales a quienes se refería la noticia, pues no existió previo contraste con datos objetivos ni labor de averiguación de los hechos sobre los que versaba dicha información”.

6o) La jurisprudencia es constante en afirmar la irrelevancia de los móviles subjetivos en orden a determinar la veracidad de la información: quiere ello decir que, aun cuando no se tuviera intención de dañar, si no se ha desplegado la diligencia necesaria en orden a contrastar la noticia, se incurre igualmente en responsabilidad.

Así, la STC 192/1999, de 25 de octubre, precisa que “la intención de quien informa no es un canon de la veracidad, sino la diligencia al efecto desplegada, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio sobre la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo o forma pueden resultar lesivos del honor de una tercera persona”.

7o) La veracidad de la información no queda comprometida por el hecho de que ésta haya sido obtenida de sumarios en tramitación.

En este sentido se pronuncia la STC 54/2004, de 15 de abril, respecto de una noticia aparecida en un periódico en la que se da cuenta de unas actuaciones penales que se seguían en un juzgado de Valencia, en las que se implica en una operación de tráfico de influencias a un antiguo ministro de Justicia y en aquel momento diputado de las Cortes Generales, motivo por el cual el juzgado había remitido las diligencias sumariales al Tribunal Supremo. La noticia se refería, concretamente, a una posible utilización de su posición política, por parte del ex ministro, para apoyar la concesión a una empresa privada de una lotería que iba a poner en marcha la administración autonómica valenciana.

La sentencia recurrida negó que concurriera el requisito de la veracidad en la noticia; consideró, por el contrario, que la información publicada no fue rectamente obtenida, por proceder de un sumario, con violación de su secreto.

Frente a ello, el Tribunal Constitucional afirma que “la cuestión de que la información publicada no pudiera ser objeto de difusión por haber sido obtenida ilegítimamente, es decir, quebrando el secreto del sumario y constituyera una ‘revelación indebida’ [en el sentido del art. 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal] es una cuestión distinta a la que aquí se examina. En efecto, lo que hemos de dilucidar en el presente caso es si la información publicada puede o no reputarse lesiva del honor y, por lo tanto, si, desde la perspectiva de la tutela que constitucionalmente corresponde al honor de las personas, estamos o no ante un ejercicio legítimo de la libertad de expresión”.

Por consiguiente, concluye: “Delimitado así el objeto de nuestro juicio el que el ejercicio de la libertad de expresión pudiera resultar ilegítimo por otras razones tales como que la noticia constituyera una revelación de algo que, por proceder de un sumario, la Ley declara secreto —con la eventual responsabilidad de quienes hubiesen cometido tal transgresión— en nada afecta al conflicto que aquí dilucidamos, pues por muy ilegítima que, desde ese enfoque, pudiese resultar una información determinada, ello no la transformaría en inveraz ni, por tanto, en lesiva del honor”.

8o) La posterior rectificación de la noticia, que no es veraz, no determina, por sí sola, el carácter ilegítimo de la intromisión en el derecho al honor:

La STC 52/1996, 26 de marzo, afirma, así, que no es determinante “el hecho de que el periódico publicara en días posteriores una nota [de la persona aludida por la información no veraz] en la que se ponía de manifiesto la absoluta falsedad de la conversación telefónica, pues aun sin entrar a considerar si éste pudo ejercer

plenamente su derecho de rectificación, tal derecho es siempre compatible con el ejercicio de las acciones penales o civiles de otra naturaleza que pudieran asistir al perjudicado por los hechos difundidos [tal y como prevé el art. 6, 'in fine' de la Ley Orgánica 2/1984, reguladora del derecho de rectificación]”.

9o) La STC 336/1993, de 15 de noviembre, precisa que en el supuesto de cartas de opinión de lectores (a través de las cuales éstos ejercitan su libertad de expresión, pero que desde la perspectiva del periódico se sitúan en el ámbito de la libertad de información, comunicando opiniones ajenas al medio), el director debe comprobar la identidad de la persona que las escribió.

El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo contra la sentencia de condena por desacato, como consecuencia de la publicación en la sección de “Cartas al Director” de una carta, firmada por persona de identidad desconocida, en la que se vertían expresiones insultantes contra el entonces alcalde de Santander:

Afirma el Tribunal que “en un supuesto como el presente el deber de diligencia del Director del periódico entraña la comprobación de la identidad de la persona que figura como autor de la carta, antes de autorizar su publicación. Ello constituye, como es sabido, práctica habitual de los medios de comunicación, pues si esta diligencia no fuera exigible obvio es, de una parte, que no quedarían debidamente deslindados, respectivamente, el ejercicio de la libertad de expresión de una determinada persona ajena al medio, que éste posibilita al publicar la carta, y el derecho que asiste al diario de informar de esa opinión a sus lectores”.

“A lo que cabe agregar –continúa diciendo el Tribunal– que la comprobación de la identidad de la persona que es autora del escrito permite que ésta asuma su responsabilidad caso de que la carta sea constitutiva de delito, con independencia de la responsabilidad que el Director puede asumir si, conociendo la identidad del autor, decide no revelarla [...] Pues en otro caso se abriría la puerta a la creación de espacios inmunes a posibles vulneraciones del derecho al honor constitucionalmente garantizado”.

Concluye que “en atención a las circunstancias del presente caso, pues ha de tenerse en cuenta, de un lado, que el [...] Director en funciones del diario [...] no procedió a identificar, ex ante, la persona que era autora de la carta recibida para su publicación en la Sección correspondiente de dicho diario, y en la que sólo figuraba el nombre ‘Arturo R.L., Santander’; sin que dicha persona haya podido ser identificada pese a las actuaciones practicadas por el órgano judicial [...] aun siendo claramente injurioso el contenido de la carta aquí considerada [...] el recurrente autorizó su publicación [...] Por tanto, cabe considerar que el recurrente, aun ejerciendo prima facie el derecho a comunicar información veraz que el art. 20.1 d) CE le reconoce, ha incumplido el deber de diligencia que le correspondía”.

4. El reportaje neutral

La doctrina del “reportaje neutral” es una elaboración de la jurisprudencia, encaminada a exonerar al comunicador de desplegar un deber de comprobar la veracidad, cuando él mismo no es autor de la información, sino un puro trasmisor de la misma, siempre que ésta verse sobre un asunto de interés público y cite una fuente digna de solvencia.

A) Formulación de la doctrina jurisprudencial

La STC 139/2007, de 4 de junio (RTC 139, 2007) expone la doctrina jurisprudencial del “reportaje neutral”.

Dice, así, que “para que pueda hablarse de reportaje neutral han de concurrir los siguientes requisitos:

a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas [...] De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones.

b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia [...] De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral.

Y sobre esta base cuando se reúnen ambas circunstancias la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido: si concurren ambas circunstancias el medio ha de quedar exonerado de responsabilidad [...] en los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido”.

B) Requisitos para la aplicación de la doctrina del “reportaje neutral”

Examinaremos, a continuación, los requisitos para que pueda aplicarse la doctrina del “reportaje neutral”.

a) La identificación de la fuente

El reportaje neutral presupone, en todo caso, la identificación de la fuente, que puede ser una persona u otro medio de comunicación, de donde se toma la noticia que se publica.

Lo constata la STC 139/2007, de 4 de junio, la cual afirma que los hechos “han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas”.

La necesidad de citar la fuente responde al interés de los destinatarios de la información en saber de dónde procede, para poderse formar un juicio acerca de su veracidad, que no está contrastada por el medio, de quien la recibe.

La STC 41/1994, de 15 de febrero, expone, así, que “la diligencia mínima exigible al medio de comunicación le impone, por una parte, la identificación necesaria del sujeto que emite las opiniones o noticias, que de este modo quedan limitadas por la propia credibilidad de su autor”.

Pero la necesidad de citar la fuente también responde al interés de la persona a la que se refiere la información, para que en el caso en que ésta atente contra su derecho al honor, pueda dirigirse contra

ella. Por lo dicho, si no se cita la fuente, de manera precisa, no puede eximirse al informador de comprobar la veracidad de la información que transmite.

En la fuente citada han de concurrir, además, circunstancias objetivas que la hagan digna de una inicial fiabilidad, por ejemplo, por su proximidad a la persona o a los hechos noticiables.

La fiabilidad parece presumirse cuando la noticia tiene su origen en otro medio de comunicación, del que se toma aquélla.

Así, la STC 190/1996, de 25 de noviembre entendió aplicable la doctrina del “reportaje neutral” en lo atinente a la reproducción por parte de un programa de televisión de una noticia acerca de la muerte de una joven, a la que en principio se había considerado asesina, de una información aparecida en un periódico, con cita de éste en la que se apuntaba un cambio de orientación en la investigación.

La frase en cuestión era la siguiente: “Hoy el ‘Diario de Barcelona’ dice que la pista que siguen las investigaciones tiene que ver con la eventual relación de [la joven] con la droga”.

El periódico fue condenado por intromisión en el derecho al honor de la persona fallecida, al demostrarse en la autopsia del cadáver que su muerte nada había tenido que ver con la droga.

En cambio, en este punto, el Tribunal Constitucional entendió que la televisión que había reproducido podía beneficiarse de la exención de responsabilidad que comporta la doctrina del “reportaje neutral”, cuando habiéndose cumplido los

requisitos a los que la jurisprudencia subordina su aplicación, sin embargo, la noticia era falsa:

“La postura indudablemente neutral de Televisión Española, que se limitó a transmitir lo que publicaba otro importante medio de difusión, identificando el mismo y sin realizar ninguna aportación relevante a la noticia por la vía de la forma o del contenido, limita su deber de diligencia a ‘la constatación de la verdad del hecho de la declaración’, sin que comprenda ‘la constatación de la veracidad de lo declarado, pues tal responsabilidad sólo sería exigible por lo general al autor de la declaración’”.

En consecuencia, concluye que “En el presente supuesto, en cuanto a la concreta afirmación que analizamos, consta el carácter proporcionado y fidedigno de la reproducción de la noticia de un periódico de amplia difusión, ‘Diario de Barcelona’, y, con ello, en principio, la diligencia del medio y la veracidad de la noticia, por cuyo contenido último, de hecho, fue asimismo demandado el citado diario, expresamente referido como fuente”.

b) La no realización de ninguna aportación relevante a la noticia por la vía de la forma o del contenido

Para que puede aplicarse la doctrina jurisprudencial del “reportaje neutral” – como observa la STC 190/1996, de 25 de noviembre – es necesario que el medio no realice “ninguna aportación relevante a la noticia por la vía de la forma o del contenido”.

La neutralidad puede quebrar, si el medio utiliza una forma de presentar la noticia que suponga una alteración relevante de ésta, de modo que pueda entenderse que, de alguna manera, la ha reelaborado en la forma. Por ejemplo, si se usan imágenes de personas que no aparecían mencionadas por la fuente, o si se utilizan caracteres tipográficos desmesurados para plantear interrogantes sobre la honorabilidad de las personas.

No obstante, la neutralidad no queda desvirtuada por el mero hecho de que se haya presentado la noticia de un modo sensacionalista.

Respecto del uso de imágenes de personas no aludidas por la fuente, la STC 183/1995, de 11 de diciembre, confirmó la sentencia de condena civil por intromisión ilegítima en el derecho al honor de una discoteca, por la incorporación de una fotografía a un reportaje, que llevaba a asociar el contenido de una información, en sí misma neutral, a una persona jurídica determinada, provocando con ello en el lector la convicción de que la parte recurrida era autora de los hechos narrados, relativos al consumo y tráfico de droga en locales frecuentados por la juventud.

El Tribunal Constitucional negó la aplicación del reportaje neutral, por- que “el contenido literario del repor- taje se ilustró con una fotografía en la que se identificaba con toda claridad la fachada del local en el que desempeña su actividad la mercantil ‘Luxury, SA’, la cual –según reconocen los recurrentes– no estaba directamente implicada en la información, siendo un pretexto gráfico para acompañar el contenido de lo rela- tado por escrito”.

Más adelante añade: “si bien el contenido de lo que se afirmaba en el reportaje no vulneró los límites consti- tucionales de la libertad de información (ya que, en términos generales, fue veraz y relevante), no podemos afirmar otro tanto en todo lo referente a la incorpora- ción de la fotografía al reportaje, la cual al asociar el contenido de una información, en sí misma neutral, a una persona deter- minada, provoca en el lector la convicción de que la parte recurrida es autora de los hechos narrados, convirtiendo, así, en inveraz la noticia en todo lo referente a dicha autoría y ocasionando un ilegíti- mo sacrificio del derecho al honor de la demandada, toda vez que dicho elemen- to gráfico del reportaje con la perfecta y clara identificación del nombre de la discoteca no era necesario para la di- fusión de una información en la que se trataba de denunciar el consumo y tráfico de droga en locales frecuentados por la juventud y que, además, la falta de diligencia en la selección del mismo ocasionó una intromisión ilegítima en el honor ajeno, susceptible de ser reparada por la vía de la Ley Orgánica 1/1982”.

Por cuanto se refiere a la utiliza- ción de caracteres tipográficos desmesu- rados para plantear interrogantes sobre la honorabilidad de las personas, la STC 54/2004, de 15 de abril, afirma que “el derecho de información [...] no puede amparar titulares que, con la eficacia que les proporciona su misma brevedad, al socaire de un reportaje neutral, están destinados a sembrar en el gran público dudas sobre la honorabilidad de las per- sonas aludidas”.

En el caso litigioso la informa- ción consistía en una noticia publicada en un periódico, en la cual se afirmaba que un agente judicial había implicado a un diputado y ex ministro en una ope- ración de tráfico de influencias, con un titular de portada que utilizaba grandes caracteres tipográficos para plantear un interrogante: “¿Untado con 45 millones? ¿Y 10 para su amante?”.

El Tribunal Constitucional consi- dera que el titular “podría considerarse insidioso al lanzar una duda sobre la in- tegridad del conocido político. Se trata, en efecto, de una pregunta con una fuerte carga inculpativa que el propio medio formula asumiendo de este modo un protagonismo que podría poner en cuestión la ‘neutralidad’ característica del ‘repor- taje neutral’, al situar en el centro de la información la imputación de fondo que la declaración transcrita contiene y no el hecho mismo de la declaración”.

Sin embargo –continúa diciendo–, “ello se ve atemperado en la misma por- tada, donde ya inicialmente se alude al origen judicial del caso (‘Un juez de Va- lencia envía el caso al Supremo’), y donde comienza la noticia con una referencia inmediata a las fuentes: ‘Un agente ju- dicial ha acusado ante un juez a Enri- que. Según el agente, el ex ministro y su querida iban a repartirse 55 millones por apoyar la concesión de una lotería instantánea en Valencia. El juez envió el pasado lunes el caso al Tribunal Supremo’. Por otra parte, el titular del interior (Acusación contra el ex Ministro: ‘... y su querida se iban a repartir 55 millones’) permite deducir que la imputación tiene su fuente en un tercero y que no es he- cha suya indubitadamente por el medio de comunicación. En consecuencia, el análisis minucioso de titular y cuerpo de la noticia no permite sostener que se ha- yan sobrepasado los límites del derecho a la información”.

c) La no asunción de la noticia o declaración como propia por parte del medio que la reproduce

La aplicación de la doctrina del “reportaje neutral” exige que el informante no asu- ma la noticia o declaración como propia, caso en el que se rompería la neutralidad.

La STC 52/1996, 26 de marzo, afir- ma que “la doctrina constitucional se ha referido al llamado ‘reportaje neutral’ en aquellos casos en los que no es posible ca- lificar al medio mismo autor de la noticia [...] Es decir [...] aquellos casos en que un medio de comunicación se limita a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones de terceros que resultan ser atentato- rias contra los derechos del art. 18.1 CE”.

La no asunción de la noticia como propia aparece clara en el caso resuelto por la STC 76/2002, de 8 de abril, que aplicó la doctrina del “reportaje neutral” para eximir de responsabilidad a un pe- riodista que había publicado un artículo sobre un asesinato con el antetítulo que reproducía diversas frases entrecomilla- das atribuidas a la familia del fallecido, y a continuación, bajo el subtítulo “Sospe- choso”, decía que según las mismas fuen- tes, la última vez que se vio con vida al finado se encontraba en compañía de de- terminadapersona, que fue el querellante. Para ello, la sentencia pone de manifiesto que en múltiples párrafos del artículo se percibe el distanciamiento del articulis- ta respecto de las opiniones de la familia, a la que había citado siempre como fuen- te, entrecomillando las declaraciones y utilizando expresiones tales como “para la familia”, “la familia sospecha”, “según informaron fuentes familiares”.

La STC 1/2005, de 17 de enero, enjuició la licitud de una entrevista radio- fónica que tenía por objeto dar a conocer a la opinión pública que un soldado había presentado una denuncia por haber sido víctima de violación y abusos sexuales por parte de varias personas, entre las cuales reconoció a un coronel y a un capitán

que prestaban sus servicios en los cuarteles que el denunciante se encontraba cumpliendo su servicio militar. El proceso penal concluiría posteriormente con el sobreseimiento libre de la causa, no ya por no haberse acreditado la participación en los hechos de los denunciados, sino porque tampoco se pudo acreditar que hubieran acontecido los hechos que dieron lugar a su incoación.

El Tribunal Constitucional analiza si en dicha entrevista, en la que se hicieron preguntas al soldado, a su abogado, a su madre y a su novia, se cumplían los requisitos necesarios para la aplicación de la doctrina del reportaje neutral, y llega a una conclusión desfavorable:

Dice, así: "Tampoco cabe afirmar que en el presente caso nos encontremos ante un reportaje neutral en el sentido establecido por nuestra doctrina ya citada. La clave en este supuesto está en si la locutora ha sido un mero transmisor de la denuncia o, por el contrario, la ha reelaborado, haciendo suya la versión de los hechos contenida en la misma, y utilizándola para darle otra dimensión, diferente de la mera exposición neutra. En principio, una entrevista en la que el periodista se limite a formular preguntas y a transcribir por escrito las respuestas, o permitir que las mismas se emitan por radio, como en este caso, o por televisión, es el ejemplo paradigmático de reportaje neutral, en el que el locutor no hace suyas las afirmaciones del entrevistado y, por tanto, no puede ser acusado en ningún momento de asumir las tesis que este último haya podido formular. Sin embargo, también es posible que este género periodístico sea vehículo para intentar hacer llegar al lector u oyente no sólo las convicciones del que es objeto de la entrevista, sino también las de quien la realiza, que reelabora las intervenciones de aquél y añade consideraciones propias, que alejan del resultado de lo que hemos considerado como reportaje neutral".

Constata, así, que la locutora se expresó en términos que "dan por cierta la sodomización del recluta, como se deduce de una serie de expresiones que se formulan a lo largo de su intervención. Por ejemplo, cuando, tras preguntar al [soldado] si alguien había presenciado los hechos, concluye la [periodista] que 'Sí, lo vieron'; cuando, al entrevistar a la novia [...] afirma [...] 'Si te hubiera ocurrido a ti, como ahora le ha ocurrido a él'; y, cuando al dialogar con el Abogado [...] afirma 'el hecho es evidente' y, ante el razonamiento del mismo sobre si ocurrieron los hechos, afirma tajantemente, interrumpiéndole, que 'Ocurrieron'. Todas estas manifestaciones [...] conducen inevitablemente a concluir que no nos encontramos ante un caso de reportaje neutral, pues la locutora no se limitó a invitar a los entrevistados a narrar su versión de los hechos, sino que tomó partido, dando por ciertos los mismos, y transmitiendo a su público radiofónico la clara impresión de que los militares habían sodomizado al recluta entonces denunciante de éstos".

d) La no inclusión de juicios de valor

El ATC 360/2003, de 10 de noviembre, en relación con el caso enjuiciado, observa que “los artículos periodísticos a que se refiere la querrela se encuentran amparados por la libertad de información al tratarse de un ‘reportaje neutral’ sobre hechos noticiables por su relevancia pública e interés general, sin emitir juicios de valor”.

De donde *a sensu contrario* se deduce que si el medio de comunicación introduce juicios de valor propios sobre la noticia que reproduce, ya no se aplica la doctrina del “reportaje neutral”. La razón es clara: en este supuesto se trasciende el ámbito de la libertad de información para entrar en el de la libertad de expresión.

La STS de 16 de octubre de 2009 (RJ 2009, 5579), rechazó, así, la aplicación de dicha doctrina, confirmando la condena por intromisión ilegítima en el derecho al honor (e intimidad) de “Tita Cervera” y de su marido muerto, como consecuencia de la publicación de dos artículos en una revista, los cuales habían sido anunciados en su portada con los títulos respectivos de “Tita intenta forrarse con la venta de su colección privada” y “Villalonga desvela las miserias de Tita Cervera”. La indemnización fue fijada en 120.000 euros en favor de cada uno de los perjudicados.

El autor de los artículos, el director de la revista y la sociedad editorial interpusieron recurso de casación, en el que, entre otros motivos, invocaban la aplicación de la doctrina del reportaje neutral, porque, según ellos, se habían limitado a recoger unas declaraciones ajenas (las del otro codemandado), aplicación, que, sin embargo, el Tribunal Supremo considera improcedente, precisamente porque en los artículos se contenían juicios de valor peyorativos respecto de los demandantes.

Observa, así, que “En el presente caso, se recogen unas declaraciones del codemandado (también condenado), lo que en sí mismo podría ser reportaje neutral, pero junto a ellas se han publicado sendos reportajes que están muy lejos de ser neutrales, ya que se vierten una serie de noticias (información) y comentarios (opinión) que atentan claramente al honor y a la intimidad de la demandante y de su esposo fallecido”; y, más adelante, añade que los artículos “no son meros transmisores de lo que se declaró o escribió [el otro codemandado] [...] no expone hechos de forma objetiva aportados por tercero, sino que los califica malévolamente incluso en sus propios títulos que aparecen en las respectivas portadas; son artículos en que se mezcla información y opinión”.

LA RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE Y EL SEGURO DE
TRANSPORTE

SAFETY IN TRANSPORT AND TRANSPORT INSURANCE

Rev. boliv. de derecho n° 14, julio 2012, ISSN: 2070-8157, pp. 128-141



Enrique
ORTÍZ
HERRERA

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de marzo de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 25 de marzo de 2012

RESUMEN: El análisis que contiene el presente artículo, está dirigido a formular una orientación sobre el complejo régimen legal de la responsabilidad del transportador emergente del contrato de transporte regulado en el Código de Comercio y la función que cumple el contrato de seguro en la actividad del transporte, así como las obligaciones del Asegurador emergentes de las estipulaciones de la póliza de Seguro de Transporte.

PALABRAS CLAVE: Código de Comercio, Contrato de Transporte, Responsabilidad del Transportador, Seguro de Transporte.

ABSTRACT: The analysis exposed in the actual paper is oriented to provide certain guidance about the complex legal structure of the carrier's responsibility which is generated by the transportation contract regulated in the Trade Code, and the role of the assurance contract in the transportation business, as well as the insurance company's obligations established on the insurance contract.

KEY WORDS: Trade Code, Transportation Contract, Carrier's Responsibilities, Transportation insurance.

SUMARIO:

Entre las actividades más dinámicas desarrolladas por la humanidad y de mayor importancia para la práctica comercio se encuentra el transporte, el mismo, que ha motivado la atención del legislador en búsqueda de una regulación adecuada.

Se puede llegar a afirmar, que en los hechos el propio comercio se ha desarrollado gracias al incremento del transporte, esto debido a que por medio del transporte en sus diferentes modalidades, se opera el intercambio de productos y bienes, así como el traslado de personas, ubicadas en diversas latitudes del planeta.

Muchos estudiosos, parten de la consideración del transporte como el comercio mismo, llegando a asegurar que no habría comercio sin el transporte. Por lo que se puede concluir que el transporte es esencial para el normal desarrollo del comercio. Siendo que es el que viabiliza el cambio e intercambio, que después se convierte en fuente de riqueza con la rápida y extendida circulación de productos.

Es así que en la economía de escala actual tenemos que transformar, transportar y cambiar los productos. Siendo entonces él transporte el medio por el que se realiza el traslado material de las mercaderías, que concluye con su comercialización.

Dentro del ámbito mercantil, el contrato de transporte, es el instrumento que coadyuva a la viabilización del propósito comercial.

En lo que refiere a su conceptualización jurídica; el tratadista Italiano **Francisco Messineo**¹, señala que el contrato de transporte implica la prestación de un servicio que supone la obligación de desplazar una cosa o a una persona de un lugar a otro

1 MORALES GUILLEN, Carlos, *Código de Comercio Concordado y Anotado*, Edit. Escuela de Artes Gráficas del Colegio Don Bosco, 1° Edición, La Paz, Bolivia, 1999, Tomo II, p. 934.

• Enrique Ortíz Herrera

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Mayor de San Simón, Magister en Derecho Comercial y Tributario de la Universidad Privada del Valle en titulación conjunta con la Universidad Nacional de La Plata de la República Argentina, actualmente desempeña funciones como Asesor Legal de BISA Seguros y Reaseguros S.A., Socio Senior del Estudio Jurídico Belc Consortium, Catedrático de las materias de Derecho Comercial, Empresarial y Seguros en la Universidad Privada Boliviana, asesor y consultor en áreas de Derecho Comercial, Empresarial y Corporativo; desempeñó funciones como Consultor en el Programa de Saneamiento Legislativo en el Área de Derecho Comercial y Económico de la GTZ-CONCED, fue Asesor Legal Externo del F.F.P. Prodem S.A.

y quien paga por ello un precio. Por su parte el Código de Comercio D.L. N° 14379² proporciona una definición de este contrato en su Art. N° 927 *“Por el contrato de transporte una de las partes se obliga con la otra, a cambio de una suma de dinero, a trasladar personas o cosas de un lugar a otro, por determinado medio y en plazo fijado”*.

“El contrato será mercantil cuando los servicios sean prestados por empresas dedicadas a dicha actividad”. Los conceptos transcritos nos proporcionan una idea básica del objeto del contrato de transporte, presentándose la división lógica entre el transporte de personas y el transporte de cosas.

Sobre la naturaleza jurídica de este contrato cabe señalar que la determinación del carácter civil o comercial del contrato de transporte, ha sido motivo de controversia y ha generado distintas posiciones doctrinarias, al respecto el profesor Carlos Morales Guillen³ indica que una parte importante de la doctrina sostiene que cuando el transporte se lo hace por una empresa o el acto es mercantil, es un contrato comercial; y cuando se trata de un acto aislado de transporte, no lo es. En el transporte conceptualizado como señalan los dos últimos párrafos del Art. N° 927 del Código de Comercio, se debe tratar con la idea de una empresa transportadora, que supone una actividad mercantil; y dentro de la esfera comercial el transporte como actividad se constituye en parte de un acto de intermediación en el cambio, y puede considerarse mayormente como comercial con independencia del sujeto que lo realice y su estructuración.

Por otra parte el Código de Comercio señala en su Art. N° 6 (actos y operaciones de comercio) que *son actos y operaciones de comercio entre otros: I I) La actividad empresarial de transporte de personas o cosas a título oneroso cualquiera sea la vía o medio utilizado; así como la del ramo de comunicaciones.*⁴

De esto se concluye, que nuestra legislación se alinea con la posición doctrinal referida, debido a que ambas normas citadas ponen como elemento la existencia de una empresa, al referir **actividad empresarial**, además de señalar expresamente que esta actividad empresarial como un acto de comercio de tipo objetivo.

Entrando más en el tema, cabe señalar que durante la ejecución material del objeto del contrato de transporte, que es en sí el desplazamiento mismo de las personas y objetos transportados; estos se encuentran expuestos a diferentes riesgos desde su embarque hasta su desembarque que de manera general y simplemente enunciativa podemos englobar como pérdidas y daños, esto sin el afán

2 BOLIVIA, Código de Comercio, Decreto Ley N° 14379 de 25 de febrero de 1977, Gaceta Oficial de Bolivia, Publicación Oficial, La Paz, Bolivia, 1979, p. 277.

3 MORALES GUILLEN, Carlos, *Op. Cit.*, p. 936.

4 BOLIVIA, *Código de Comercio, Op.Cit.*, p. 11.

de omitir cualquier otro efecto con denominación particular que pueda afectar a un transporte o una carga.

Es entonces, que ante la existencia de estos riesgos, es que se han ido contemplando las responsabilidades dentro de este tipo de contrato, responsabilidades determinadas por la ley y por las convenciones entre partes; dentro el régimen de responsabilidad para el transportador establecido por ley, el Código de Comercio, como primera norma a revisar en su Art. N° 930 (Autorización y fianza) establece: *“Las empresas dedicadas al transporte, cualquiera sea su forma de organización, antes de iniciar sus actividades, deben otorgar una fianza para responder de los daños y perjuicios sufridos por las personas o las cosas transportadas, por una suma que se determine por la autoridad administrativa encargada de regular sus actividades”*⁵. El artículo de referencia señala como un requisito previo a la entrada en funcionamiento de la empresa de transporte la otorgación de una fianza, es decir de una garantía que debe ofrecer o prestar la empresa transportadora por el desarrollo de sus actividades a favor de sus usuarios, que se entiende debe ser presentada ante la autoridad administrativa competente reguladora del sector del transporte, que es la que determina la cuantía que debe alcanzar esta fianza obligatoria fijada por ley.

Sobre esta obligación legal impuesta a los transportadores para otorgar fianza y/o contratar un seguro para el respaldo de la responsabilidad para con sus usuarios en el ejercicio de sus actividades, la Ley General de Transportes N° 165 de 16 de agosto de 2011 señala en su Art. N° 105 (Seguros) señala: *“toda unidad de transporte público y privado, en cualquiera de las modalidades establecidas en la presente ley, deberá contar con los seguros requeridos para su circulación u operación, conforme a las disposiciones legales vigentes”*.

Como se puede evidenciar las exigencias legales para este sector; son bastante concretas y claras, al señalar y reiterar las obligaciones del transporte a objeto de contar con un respaldo y responder por los daños que puedan originar en el ejercicio de sus actividades; exigencias legales cursantes tanto en la normativa legal que regula la actividad comercial del transporte, así como en la normativa legal que regula el desarrollo del servicio del transporte.

Retomando el tratamiento proporcionado por la norma comercial; continúa el Código de Comercio prestando un tratamiento a este tema y de forma concordante con el artículo precedente y a manera de proponer una opción dentro de la obligación de prestar fianza por parte de las empresas de transporte, señala en el Art. N° 931 (Póliza de seguro de responsabilidad) lo siguiente: *“Las empresas transportadoras que no otorguen la fianza prevista en el artículo anterior podrán sustituirla por pólizas de seguro que cubran la responsabilidad emergente*

del transporte de personas o manejo de carga, en las sumas fijadas para cada caso por la autoridad administrativa competente”⁶; El artículo transcrito precedentemente abre la posibilidad al transportador de tomar pólizas de seguro para cumplir con su obligación de prestar fianza para el desarrollo del transporte, es decir, la obligación de prestar una garantía para daños que se pudieran generar por su responsabilidad, pero dentro de los límites señalados en el mismo artículo así como en el artículo precedente (N° 930 Código de Comercio); esto significa que la póliza de seguros que debe contratar el transportador y presentar a la autoridad administrativa reguladora del sector antes de iniciar sus actividades, es una póliza de seguros por responsabilidad civil de tipo contractual, es decir una póliza que otorgue cobertura por la responsabilidad del transportador emergente de los resultados que generen daño aquellas personas naturales o jurídicas que tienen una relación de tipo contractual con el transportador ya sean como pasajeros en el transporte de personas; o remitentes y destinatarios en el transporte de cosas.

Por lo anteriormente expuesto, se puede concluir que aquellos daños que resulten a terceros ajenos a cualquier relación contractual emergente de un contrato de transporte no están dentro del alcance de cobertura del seguro exigido por la autoridad competente para efectos del presente artículo, aunque esto de ninguna forma significa que el transportador este liberado de responder por daños causados a terceros ajenos en el desarrollo de sus actividades, pudiendo para hacer frente a su responsabilidad por este tipo de daños tomar otro tipo de seguro o contratar con el mismo asegurador la cobertura de responsabilidad civil extracontractual en la póliza que debe presentar a la autoridad competente reguladora del sector.

Complementando la finalidad del artículo anterior; el Art. N° 932°.- (Caducidad de la póliza), señala: *“La caducidad de la póliza de seguros por causas imputables al transportador, le obliga a su rehabilitación dentro de los tres días siguientes del aviso que deberá darle la empresa aseguradora. En caso de omisión, la empresa transportadora pagará, en calidad de multa, a la autoridad administrativa correspondiente, un monto igual al uno por ciento del valor del vehículo que operase sin fianza o seguro, por cada día de atraso, sin perjuicio de la cancelación de autorización para operar”*⁷. La caducidad de la póliza de seguro a la que refiere el presente artículo puede referirse al vencimiento del plazo de la cobertura del seguro estipulado en la póliza de seguros o a la suspensión de su vigencia por mora en el pago de la prima si su pago fue pactado a plazos; entonces la importancia que le da el legislador a la garantía que debe prestar el transportador a sus usuarios resalta en la redacción del presente artículo, pues impone la obligación al mismo de rehabilitarla, aunque esto no debería entenderse como limitante a renovar la misma póliza con la misma compañía aseguradora, pues en el caso de vencimiento de plazo de la póliza el transportador tiene toda la libertad de contratar con otro

6 Idem., p. 278.

7 Idem., p. 278.

seguro la póliza exigida en virtud de esta disposición, lo que en el fondo interesa a la norma es que el servicio del transporte se desarrolle con el respaldo de la fianza o del seguro a favor de sus usuarios, es decir que la actividad de las empresas de transporte sea efectuada con el debido respaldo para los usuarios del transporte, es así que por disposición expresa de esta norma que regula el contrato de transporte se impone la obligación a las Compañías de Seguros de informar sobre la referida caducidad, situación que en los hechos constituye en una excepción a la práctica en seguros.

Adicionalmente a la obligación impuesta por ley al Asegurador de comunicar al transportista tomador del seguro, el Art. N° 933 (Cláusula especial) señala que: *“La empresa aseguradora, bajo su responsabilidad, incluirá en las pólizas de seguro de empresas transportadoras una cláusula especial obligándose a notificar a la autoridad administrativa competente, cualquier modificación, reducción o suspensión del seguro”*⁸, lo que en los hechos significa que el asegurador también tiene la obligación de comunicar a la autoridad reguladora del transporte sobre modificaciones, reducciones o suspensiones del seguro; en el caso del transporte aéreo, el asegurador estará obligado a informar periódicamente, al organismo administrativo aeronáutico competente como es la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC), la vigencia de los seguros a que se refiere este artículo, esto aparte de la obligación de informar a la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes (ATT). Si bien la norma no señala que ocurre ante el incumplimiento por parte del asegurador a lo señalado en los artículos N° 932 y N° 933 del Código de Comercio y la autoridad reguladora del transporte (ATT) y en su caso la DGAC en caso de transporte aéreo no tienen tuición sobre la actividad regulada del seguro, esto no impide a las mismas que puedan recurrir ante la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Seguros (APS) a objeto de comunicar y/o denunciar el incumplimiento al deber formal que tienen los aseguradores en virtud al mandato de las normas referidas en los seguros de referencia, pudiendo la APS fiscalizar y sancionar al asegurador por este incumplimiento.

Prosiguiendo con el tratamiento del seguro dentro el contrato de transporte el Art. N° 934 (Acción directa) del Código de Comercio señala: *“En el transporte de personas, el damnificado o sus causahabientes tienen derecho a la indemnización por la empresa aseguradora, conforme al contrato, sin perjuicio de la correspondiente acción directa contra el transportador”*⁹. La formulación de este artículo que complementa a los artículos precedentes, está orientada a la legitimización del accionar de los pasajeros afectados y/o sus herederos, que en términos generales llegan a ser los beneficiarios de la póliza de seguros aunque no estén nominados expresamente en la póliza de seguros tomada por el transportador. Sobre este artículo el Profesor

8 Idem., p. 279.

9 Idem., p. 279.

Carlos Morales Guillen¹⁰ señala que su formulación no es lo necesariamente precisa, además de la acción directa contra el transportador quiere decir que el damnificado o sus causahabientes pueden también accionar contra la empresa aseguradora, por que el derecho a la indemnización está establecido por la ley con cargo al transportador. Aunque respetando esta apreciación sobre lo establecido por el artículo de referencia, en mi criterio lo que en realidad busca establecer este artículo cuyo *nomen iuris* es *acción directa*, es precisamente y valga la redundancia garantizar la acción directa contra el responsable del daño que es el transportador; dejando en claro que si bien el afectado o sus causahabientes adquieren un derecho propio sobre la indemnización del seguro y pueden dirigirse al asegurador para solicitar el pago de la indemnización, su derecho a accionar y a lo que está dirigida la acción directa referida en el artículo en cuestión es contra el transportador.

En los hechos quien está obligado a responder por los daños y pérdidas que se generen es el transportador; y es contra quien se dirigen las acciones principalmente, pero al tener el transportador una póliza de seguros contratada nace la obligación contractual del asegurador de responder por los daños de acuerdo a los términos de la póliza de seguro, pero esta obligación aunque sea de indemnizar a terceros, es una obligación ante su asegurado principalmente; entonces las controversias entre el transportador y el seguro pueden surgir cuando este último rechaza el pago por la cobertura del siniestro al amparo de algún incumplimiento a los términos de la póliza o por haber incurrido en alguna causal de exclusión el asegurado o el tomador del seguros; en cuanto al pasajero, ahora si bien este artículo define que el afectado o sus causahabientes tienen derecho a la indemnización, lo que se traduce en que este adquiere derecho propio sobre la indemnización; aunque podría entenderse que se abre la posibilidad de accionar contra el seguro, lo regular es que estos accionen contra el transportador; por qué es con este con quien ha contratado y es el responsable directo del daño.

Con relación al seguro referido en el artículo precitado, como bien señala en su propia redacción producto de una exigencia legal, está dirigido a las empresas que prestan el servicio de transporte de personas, es así que quienes quedan legitimados para pedir la indemnización y/o beneficio del seguro, son el propio afectado o sus herederos, se entiende para el efecto señalado por el artículo en análisis que el tipo de seguro con el que debe contar una empresa de transporte de personas, es un seguro de personas, es decir un seguro dirigido a cubrir los riesgos que afectan la existencia, integridad o salud del asegurado como señala el artículo N° 1121 (*ámbito*) del Código de Comercio al referirse al ámbito de seguro de personas, por lo que bien se puede aplicar el principio de la adquisición de derecho propio sobre la indemnización o beneficio del seguro referido anteriormente por parte del

10 MORALES GUILLEN, Carlos, *Op. Cit.*, p. 939

afectado o sus herederos que llegan a convertirse en beneficiarios, como señala el Código de Comercio, para ciertos casos de seguros de personas.

Sobre el alcance y el objeto del artículo N° 934 del Código de Comercio y con criterio similar, la Corte Suprema de Justicia mediante Auto Supremo N° 200105-Sala Civil-2-097 de 5 de mayo de 2001, durante la resolución de un proceso ordinario de Daños y Perjuicios señala en su segundo y tercer Considerandos lo siguiente:

“ ... Que en efecto, se ha hecho una interpretación errónea del art. 939 del Cód. Com., por ser claro al señalar que la empresa transportadora responderá por los daños y perjuicios, esté o no amparada por un contrato de seguro, desde el momento que se haga cargo de los pasajeros, vale decir, que ante el acontecimiento de un siniestro, nace para la empresa la obligación de resarcir los daños ocasionados por la muerte de sic.

Que la previsión del art. 934 del mismo Código, les da derecho de iniciar directamente la acción judicial contra el propietario de la empresa transportadora.

Terminan solicitando que el Tribunal Supremo case el auto de vista impugnado, dictando una nueva sentencia, aplicando las leyes violadas acusadas”.

“CONSIDERANDO: Que por imperio del art. 939 del Cód. Com., toda empresa transportadora responde por las lesiones, daños corporales o muerte del pasajero ocurridos durante la ejecución del contrato de transporte, desde el momento en que se haga cargo de éste, sin importar si la empresa transportadora “éste o no amparada por un contrato de seguro”, de lo que surgen los siguientes presupuestos:

a) Que en cumplimiento de la obligación legal que asume la empresa transportadora con el pasajero, la relación jurídica queda establecida únicamente entre ambas partes, en la que una de ellas cancela el precio del pasaje y el transportador contrae el deber de llevar a transportar ileso al usuario hasta su destino, de lo que se infiere que la responsabilidad para la cobertura de los daños que pudieran suscitarse la asume el transportador, con el derecho del pasajero de reclamar el resarcimiento directamente al porteador (art. 939 del Cód. Com. y art. 998 del Cód. Civ.).

b) Que el contrato de seguro fue suscrito únicamente entre la Flota ... sic. y la Compañía de Seguros ... sic. que aseguró a la primera, sin que ninguno de los pasajeros haya suscrito o haya intervenido en la suscripción de dicho convenio, quienes además, ignoraban la existencia de dicho seguro por ser la empresa asegurada.

c) Que si bien el viajero damnificado o sus causahabientes tienen derecho a la indemnización por parte de la compañía de seguros conforme al contrato que el porteador convino con ésta, al amparo del art. 934 del Cód. Com., tienen el derecho a reclamar y

accionar en forma directa contra el transportador, en procura de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por éste”.

El Auto Supremo citado, transcrito en su parte pertinente, interpreta los alcances de los Arts. N° 934 y N° 939 del Código de Comercio, que tienen como factor común en su objeto la responsabilidad civil del transportador; la misma que obviamente no puede atribuirse a un tercero como es el asegurador, por la sola existencia de una póliza suscrita, si bien la redacción del artículo 934 del Código de Comercio puede dar a entender la posibilidad de una acción directa contra el seguro, definitivamente esa no es la finalidad de la norma en cuestión y para reforzar esta determinación legal, el Art. 939 (*responsabilidad por daños y muerte de pasajeros*) del mismo cuerpo legal, al establecer la responsabilidad del transportador, señala que esta responsabilidad está presente, exista o no la cobertura de una póliza de seguro; pues en el tema de la responsabilidad, de lo que se trata es de la responsabilidad emergente por un hecho con consecuencias dañosas y esta no puede ser transferida a un seguro, entonces y en virtud de la póliza suscrita, el seguro en caso de procedencia del siniestro solo soporta las consecuencias económicas del daño, no asume una responsabilidad directa por la comisión del hecho y sus consecuencias.

Corresponde aclarar que el seguro de personas al que se refiere la norma en análisis, si bien suele conocerse como seguro de accidentes personales o pólizas de AP, es un seguro completamente distinto al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), establecido por el Art. N° 37 de la Ley N° 1883 de Seguros de Bolivia, que es solo aplicable para accidentes de tránsito de vehículos automotores, por muerte, daños y lesiones físicas sufridas por ocupantes del vehículo o terceros transeúntes que resulten lesionados por hechos de tránsito y como dispone el D.S. N° 25785 que reglamenta el SOAT en su Art. N° 3 (Obligatoriedad): *“Todo vehículo motorizado, para transitar las vías públicas del territorio nacional, debe estar asegurado contra el riesgo de accidentes de tránsito ...”*¹¹; por lo que se entiende que en este seguro la póliza del SOAT es una póliza de seguro individual por vehículo, cuya finalidad es la cobertura de gastos médicos e indemnizaciones solo en caso de fallecimiento; por otra parte que no se debe olvidar es el hecho de que el transporte de personas se realiza de hecho por otros medios aparte del automotor; lo que significa que el SOAT no ofrece cobertura para siniestros de otros tipos de medios de transporte; ahora regresando al tema, el seguro de personas tomado por el transportador al que nos referimos que se debe entender como conexo al seguro de transportes para efectos de garantizar la cobertura integral de la responsabilidad del transportador al que referimos, es un seguro que debe ser tomado por la empresa transportadora que debe llegar a abarcar y/o cubrir a todas sus actividades, incluyendo a todas sus unidades de transporte, las mismas que debieran estar

11 BOLIVIA, D.S. N° 25785 de 25 de mayo de 2000, Gaceta Oficial de Bolivia, Publicación Oficial, 2000, p. 2.

incluidas y detalladas dentro de las condiciones particulares o cláusulas adicionales de la póliza de seguro.

Ahora, en una situación, que genere responsabilidad en el transportador; lo regular llega a ser que con quien debe discutir el seguro sobre la aceptación o rechazo del siniestro, o la cuantía de la indemnización en consideración a la magnitud del daño es con el transportador; en caso de que el seguro se pronuncie rechazando la cobertura del siniestro, tendrá entonces el transportador la posibilidad de recurrir a la vía arbitral para dirimir sus controversias con el asegurador y si se diera el caso previsto de la caducidad de la póliza que señala el artículo N° 932 del Código de Comercio, en el caso de la acción directa, menos cabría la posibilidad de que un pasajero afectado o sus herederos puedan solicitar la indemnización contra el asegurador; por qué ya no hay seguro, por lo que se puede deducir que lógicamente los usuarios del transporte afectados accionarían contra el transportador para obtener el resarcimiento por los daños sufridos, pues este es el legítimo responsable y si este cuenta con una póliza de seguros pues podrá hacer su reclamo a objeto de obtener la cobertura del seguro que le permita responder por los daños y perjuicios que ocasionó.

Para completar el punto que refiere al seguro en el transporte de personas, no se debe olvidar que en los hechos las empresas que transportan personas, también transportan cosas, por lo que también son responsables por los objetos o cosas que transportan, lo que significa que sus pólizas de seguros también debieran tener coberturas por daños y/o averías a cosas transportadas.

En lo que refiere al seguro para el transporte de cosas exigido por la autoridad competente, la normativa relativa a la misma no ha contemplado un supuesto de derecho como la acción directa del Art. N° 934 del Código de Comercio para el transporte de personas, esto debido a que no existe necesidad para tal disposición en el transporte de cosas, pues por principio este no está facultado para accionar contra el seguro; a parte que, si bien existe un afectado, este no es afectado en su vida, salud o integridad, sino en su patrimonio y su derecho a accionar está dirigido contra quien le causó el daño de forma directa o quien debe responderle de forma directa, en este caso el transportador; al ser el objeto de este seguro cubrir la responsabilidad del transportador por los daños ocasionados a bienes transportados, estamos frente al requerimiento de un seguro de daños en general y al referirse la exigencia legal al transportador de responder por daños a un tercero con el que lo vincula un contrato, de manera específica se refiere a un seguro por responsabilidad civil; a mayor abundamiento sobre la reflexión precedente el Código de Comercio en su Art. N° 1077 (Seguro por el transportador) señala: *“El seguro tomado por el transportador para cubrir su responsabilidad del pasajero, remitente o cargador, destinatario o terceros, comprende también la responsabilidad de sus dependientes o*

personas por las que sea responsable ..."¹². El artículo precedente nos proporciona un parámetro del alcance de la responsabilidad civil del transportador que puede ser cubierta por una póliza de seguro y lo que mínimamente debiera estar cubierto por la póliza de seguros que debe presentar el transportador por disposición del Art. N° 931 del Código de Comercio.

En los hechos, lo lógico sería que la existencia de este seguro emergente de la obligación impuesta por ley al transportador; se entienda como suficiente para garantizar el resarcimiento por los daños en el transporte de cosas, pero esto puede no ser suficiente para el propietario de los bienes transportados que puede asegurar su carga de forma separada por medio de un seguro. En este caso se trata de un seguro de transporte por daños propios tomado por el propietario de la mercadería y cuando el seguro de transporte es tomado por el transportador se trata básicamente de un seguro de responsabilidad civil por daños como se refirió anteriormente.

Por su parte, el Seguro de Transporte de forma general está básicamente dirigido a otorgar cobertura, contra aquellos riesgos a los que están expuestos, aquellos bienes en tránsito que requieren para su traslado o desplazamiento de los denominados medios de transporte; el profesor David Cabezas Caballero¹³, refiere que el *"Seguro de Transporte tiene por objeto garantizar al asegurado contra los daños que pudieran ser acusados a una cosa de su pertenencia en el curso de su transporte. Bien a los objetos transportados...sic. Los accidentes o daños que puedan sobrevenir a las personas transportadas..."*. Por su parte el Código de Comercio, en su Art. N° 1076 (riesgos asegurables) que comienza con el tratamiento del Seguro de Transporte no proporciona una definición del mismo, pero cuando señala sus riesgos asegurables, también indica de forma general y expresa sus exclusiones y por ende nos proporciona una noción de su alcance al señalar: *"El seguro del transporte comprende todos los riesgos inherentes al transporte. El asegurador no responde por el daño originado en la naturaleza intrínseca de la mercadería, vicio propio, merma natural y aquellos expresamente excluidos de la póliza, a no ser que los daños provengan de demora u otras consecuencias directas de un riesgo cubierto ...sic."*¹⁴. Cabe recordar entonces la importancia que tiene la cláusula de exclusiones de la póliza de seguros, pues en ella se expresan concretamente todos aquellos riesgos excluidos de las coberturas y todas aquellas estipulaciones configuradas como obligaciones del asegurado que ante su incumplimiento, liberan de responsabilidad al asegurador con respecto al pago de la indemnización.

12 BOLIVIA, *Código de Comercio, Op.Cit.*, p. 319.

13 CABEZAS CABALLERO, David, *Nociones de Derecho Comercial*, Edit. Tupac Katari, 1° Edición, Sucre, Bolivia, 1996, p. 489.

14 BOLIVIA, *Código de Comercio, Op.Cit.*, p. 319.

Básicamente por medio de este seguro sea tomado por el transportador, o el propietario de los bienes o un tercero, el asegurador responde por las pérdidas y daños que sufran los efectos asegurados, que sean de propiedad de quien contrato el seguro, o sobre los que tenga interés o responsabilidad de asegurar o acuerde asegurar producto de un contrato con otro objeto; este seguro cubre los riesgos señalados y no excluidos por la póliza mientras los efectos asegurados se encuentren en desplazamiento en un medio de transporte declarado en la misma póliza.

Finalizando el presente análisis, en el caso de una situación en la que se llegan a producir daños en efectos materiales transportados que han sido asegurados por su propietario, lo que usualmente acontece es que el propietario de los efectos asegurados que llega a ser el asegurado normalmente recurre al seguro tomado por su cuenta para la indemnización por los daños y/o deterioros sufridos por las cosas transportadas, esto significa que el dueño de los efectos asegurados llega a ser resarcido por su seguro, pero necesariamente este debe tomar acción contra el responsable del daño sea el transportador o un tercero con la expresa finalidad de resguardar los intereses de su seguro, quien toma su lugar con relación al causante de los daños en virtud al principio de subrogación establecido de manera general por el Art. N° 1060 del Código de Comercio y de más concretamente por el Art. N° 1084 (*Subrogación*) del mismo cuerpo legal que señala: *El asegurador se subroga los derechos del asegurado para repetir contra los transportadores y otros responsables, de los daños o pérdidas que indemnice*¹⁵. Esto impone entonces al asegurado la obligación de resguardar los derechos del seguro hasta que este indemnice y subrogue en sus derechos y acciones contra el responsable, que en los hechos significa que tome los recaudos necesarios y haga las observaciones requeridas a objeto de mantener la responsabilidad del transportador en su caso, tomando en cuenta lo que señala el Art. N° 956 del Código de Comercio, esta obligación de resguardar los derechos del asegurador; implica inclusive el de tomar las acciones legales que correspondan contra los responsables hasta que el seguro se subrogue los derechos y acciones; el incumplimiento de esta obligación puede llegar incluso a comprometer el pago de la indemnización; por lo que se suele afirmar que en estos casos el asegurado debe actuar en el resguardo de sus intereses y derechos como si no tuviera un seguro, hasta el momento en que se opere la subrogación emergente de la indemnización.

Entonces, dentro de todo este complejo sistema de responsabilidades, se debe tener presente, que si se llega a dar el caso de que el seguro contratado por el propietario de los bienes asegurados, indemniza a este por los daños en virtud de la subrogación, este puede repetir contra el transportador si fuese responsable de los daños y este ultimo deberá responder en ese sentido, ahora si este ultimo cuenta con un seguro de responsabilidad civil como exige la ley, pues podrá solicitar al mismo la cobertura del siniestro, procediendo el seguro del transportador si

15 BOLIVIA, *Código de Comercio, Op.Cit.*, p. 321.

correspondiere a indemnizar realizando el ajuste correspondiente, lo que lógicamente también implica que el asegurador que termina respondiendo e indemnizando por el siniestro se subroga las acciones y derechos contra los responsables del daño y/o las pérdidas. Lo que se debe tener presente es que si un afectado ya obtuvo un resarcimiento por el daño patrimonial sufrido, ya sea por el pago efectuado por el propio transportador o por la indemnización cancelada por un seguro, este no podrá obtener otra indemnización, debido a que su daño ya fue resarcido, no pudiendo lucrar con el mismo.

RESEÑAS
BIBLIOGRAFICAS



“IMAGEN, HONOR E INTIMIDAD”

“Su protección jurisdiccional frente a intromisiones ilegítimas”

Prólogo de: Francisco Pérez Orihuel*

A veces la escritura de un prólogo constituye un compromiso, pero por fortuna hay otras, cuando el texto prologado es un estudio profundo y riguroso, en las que se convierte en una satisfacción. Tal ha sido mi caso al escribir estas páginas que prologan el libro “Imagen, Honor e Intimidad” del que son co-autores J. Ramón De Verda, Pedro Talavera y Orlando Parada, pues cumplo con ellas el honor de presentar un estudio profundo sobre uno de los temas más importantes en la problemática contemporánea de los derechos fundamentales: la manera en que se enfrentan esos derechos a la transformación de la sociedad y de las relaciones sociales como consecuencia de la revolución tecnológica.

A estas alturas está fuera de toda duda que los usos y costumbres sociales se han visto afectados por el desarrollo vertiginoso de las tecnologías de la información originándose situaciones de hecho y jurídicas que la norma no ha previsto, tampoco en relación a estos derechos. Ciertamente es posible encontrar atentados al derecho a la propia imagen, al honor y a la intimidad sin tales avances tecnológicos, pero es evidente que la sociedad de la información ha generado sofisticados mecanismos para escudriñar en la vida de los ciudadanos y que Internet es una ventana abierta al mundo de par en par. Un escenario en el que, además, está cambiando la propia percepción de estos derechos: el diario personal que estaba protegido con un candado es sustituido por reflexiones, convicciones y opiniones que se “cuelgan” para ser vistos por los demás, el miembro de una red social puede elegir entre distintos grados

* **Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.**

Magistrado del Tribunal Constitucional del Reino de España



AUTORES::

José Ramón de Verda y Beamonte
Pedro Talavera Fernández
Orlando Parada Vaca

Editorial:

EL PAIS
536 páginas

de privacidad, se comercializa con la intimidad, se venden “exclusivas”, se exhibe ante una audiencia invisible lo que hasta hace poco se consideraba indecoroso o al menos reservado, etc. Una cultura en la que se aprecia una creciente confusión entre lo público y lo privado, lo individual y lo colectivo, que hace que el jurista deba estar particularmente atento, para anticipar y canalizar, a través de la norma, los procesos de cambio y adaptar estos derechos a las inevitables nuevas condiciones.

Pero además, el tema objeto del estudio no puede ser más oportuno, porque consciente de la importancia que reviste el establecimiento de mecanismos eficaces para la protección de estos derechos de la personalidad, el constituyente boliviano los ha llevado a la categoría de derechos fundamentales al incluirlos en el artículo 21 de la **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia** del 2009. Precisamente por ello el autor se traza como objetivos de su investigación, por un lado, la caracterización jurídica de los derechos a la propia imagen, al honor y a la intimidad, desde su doble condición de derechos fundamentales y derechos de la personalidad; y por otro, teniendo en cuenta la categorización que de esos derechos se hace en la Constitución, el análisis de cómo se plasman en la legislación ordinaria, cómo se protegen y la congruencia de estos extremos con su auténtica naturaleza. Una perspectiva de análisis que dota de gran originalidad a la obra que prologo, pues, perfiladas las notas que caracterizan a estos derechos, los autores proyectan su investigación sobre el Capítulo III del Título I del Libro I del Código Civil de Bolivia de 1975, que regula los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen; una regulación que podía considerarse avanzada en el momento en el que se promulgó, pero que, como se desprende del estudio, adolece hoy de graves lagunas, particularmente habida cuenta de su consagración como derechos fundamentales en el texto constitucional boliviano.

Dentro de este esquema, los autores exponen la regulación civil de estos derechos y los problemas y cuestiones que se suscitan, empezando por la necesidad de modificar el Código Civil para ajustarlo a la exigencia de reconocimiento constitucional del derecho a la propia imagen como un derecho de la personalidad autónomo, diferente del derecho al honor y la intimidad. Los autores definen con precisión el contenido que debería tener ese derecho, prestando especial atención a las condiciones bajo las cuales se puede prestar y revocar el consentimiento para las intromisiones de terceros, ofrece los criterios de solución para el potencial conflicto entre el derecho a la imagen y las libertades de información y expresión y analiza las acciones frente a intromisiones ilegítimas. Otra aportación esencial de la obra, teniendo en cuenta la parquedad de la regulación boliviana, es su exposición sobre los problemas y cuestiones que se suscitan en torno al derecho al honor y, en concreto, si el prestigio profesional forma parte de este derecho, si corresponde sólo a las personas físicas o también se extiende a las personas jurídicas, la solución que cabe dar al conflicto entre este derecho y las libertades de información y

expresión, los mecanismos de tutela de que dispone el ofendido, el derecho de rectificación, la protección "post mortem" de la memoria de las personas fallecidas o aspectos de absoluta actualidad, como la responsabilidad de los prestadores de servicios en la sociedad de la información. En cuanto al derecho a la intimidad, Parada Vaca se detiene a analizar el concepto y el contenido del derecho, y aborda cuestiones clásicas como el consentimiento como causa de exclusión del carácter antijurídico de la intromisión y otros aspectos más recientes, como los sistemas de video-vigilancia en lugares públicos o en centros de trabajo, o el uso de cámaras ocultas en el periodismo de investigación. Finalmente, otra de las importantes y novedosas cuestiones tratadas es el derecho a la protección de datos de carácter personal, que aparece reconocido por primera vez en la **Constitución de Bolivia** del 2009. En conclusión, como el lector tendrá ocasión de comprobar, esta monografía da cumplida respuesta a todas las cuestiones dogmáticas y prácticas que suscita el estudio de estos derechos. No hay aspecto que no se haya analizado y no hay problema que no se haya intentado resolver juiciosamente.

Para el análisis de todas estas cuestiones, el autor parte siempre de la experiencia habida en el Derecho comparado; muy especialmente, del ordenamiento español sobre todo de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen- debido a su condición de fuente de la que ha bebido históricamente el **Derecho civil** boliviano. Y, a este respecto, merece una mención especial el examen pormenorizado y la utilización lúcida que los autores hacen de la doctrina constitucional española, presente a lo largo de toda la obra, de lo cual no puedo sino alegrarme, pues significa que nuestro trabajo trasciende allende de nuestras fronteras y resulta de utilidad para aquellos que, como en el caso de estos autores, tratan de reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances tecnológicos.

El presente libro, escrito de un modo sobrio y elegante, es también concluyente. Su autor no se detiene en un mero ejercicio de crítica sino que concluye y aporta, como acreditan las páginas que cierran la obra. No se limitan los autores a hacer meras valoraciones generales sobre los logros e insuficiencias del Código Civil boliviano, sino que, aun siendo consciente del riesgo que conlleva en un trabajo académico de estas características, ofrece una acabada propuesta de **lege ferenda**. En concreto, propone una redacción alternativa de los artículos 16, 17 y 18 del Código Civil, que colma las lagunas presentes en la regulación de estos derechos y aporta las garantías reforzadas que exige su consagración como derechos fundamentales.

Estamos, en definitiva, ante un estudio original y concienzudo, que contribuye al tratamiento científico y aplicativo del tema y que, me complace decirlo, resultará de la máxima utilidad para el lector, para quien a fin de cuentas estudiamos, escribimos

y publicamos. La profundidad y amplitud del trabajo realizado harán imposible que alguien con honestidad intelectual aborde en el futuro esta problemática sin referirse al libro que presento.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Invitación

La invitación para publicar en cualquiera de las secciones de la Revista Boliviana de Derecho está abierta a autores nacionales y extranjeros, siendo el requisito imprescindible, que el contenido de los artículos esté relacionado con las ramas del Derecho y sea de interés para la doctrina jurídica boliviana o iberoamericana.

II. Envío de artículos, fechas de recepción y aceptación

1. Los trabajos deberán enviarse mediante archivo electrónico en CD, al Director de Iuris Tantum – Revista Boliviana de Derecho (Calle Tumusla N° 77, Santa Cruz, Bolivia) ó a los correos electrónicos:
revistabolivianadederecho@hotmail.com, orlandoparada.vaca@gmail.com
2. Las fechas para la recepción de los trabajos a ser publicados en los números de julio y diciembre de cada año, serán hasta el 28 de febrero y 30 de agosto, 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. 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.
- Las palabras claves de los artículos deben ser extraídas utilizando un Tesauro Normalizado. Éstas deben incluirse en español e inglés.

V. Formato de Texto

- El artículo debe contener un máximo de 30 páginas:
- 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: A) o Números: 1°

VI. Notas a pie de página

- Se utilizarán excepcionalmente y sólo para contener texto adicional y nunca referencias bibliográficas, aunque podrán hacer referencia a la bibliografía.
- Deben ir numeradas correlativamente con números arábigos.

VII. Citas

Serán utilizadas para textos que apoyan una afirmación o aclaran una hipótesis de trabajo. Si son breves deben incluirse en el texto, cuidando de ponerlas entrecomilladas o con una letra de tipo diferente para distinguir el texto citado, del resto del texto. Cuando la longitud del texto citado exceda de dos líneas, deberá llevarse a una nota a pie de página.

VIII. Referencias bibliográficas

Todas las citas se ajustarán a las normas de publicación de trabajos de la American Psychological Association (APA) en su "Publication Manual" (Washington, 1994).

Las referencias bibliográficas se escriben al final del artículo, todo en minúsculas salvo la primera letra, en una hoja aparte y en estricto orden alfabético.

El manual APA distingue y clasifica las referencias de acuerdo al tipo de material:

Libros.- Autor (apellido -sólo la primera letra en mayúscula-, coma, inicial de nombre y punto; en caso de varios autores, se separan con coma y antes del último con una “y”), año (entre paréntesis) y punto, título completo (en letra cursiva) y punto; ciudad y dos puntos, editorial. Ejemplos:

- Apellido, I., Apellido, I. y Apellido, I. (1995). Título del Libro. Ciudad: Editorial.
- Tyrer, P. (1989). Classification of Neurosis. London: Wiley.
- **Capítulos de libros colectivos o actas.-** Autores y año (en la forma indicada anteriormente); título del capítulo, punto; “En”; nombre de los autores del libro (inicial, punto, apellido); “(Eds.);”, o “(Dir.);”, o “(Comps.);”; título del libro en cursiva; páginas que ocupa el capítulo, entre paréntesis, punto; ciudad, dos puntos, editorial. Ejemplos: Autores (año). Título del Capítulo. En I. Apellido, I. Apellido y I. Apellido (Eds.), Título del Libro (págs. 125-157). Ciudad: Editorial.
Singer, M. (1994). Discourse inference processes. En M. Gernsbacher (Ed.), Handbook of Psycholinguistics (pp. 459-516). New York: Academic Press.
- **Artículos de revista.-** Autores y año (como en todos los casos); título del artículo, punto; nombre de la revista completo y en cursiva, coma; volumen en cursiva; número entre paréntesis y pegado al volumen (no hay blanco entre volumen y número); coma, página inicial, guión, página final, punto.
Ejemplos:
Autores (año). Título del Artículo. Nombre de la Revista, 8(3), 215-232.
Gutiérrez Calvo, M. y Eysenck, M. W. (1995). Sesgo interpretativo en la ansiedad de evaluación. *Ansiedad y Estrés*, 1(1), 5-20.
- **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...>

- **Comentarios normativos.**- Extensión no superior a 5 páginas, excluyendo el contenido del fallo que debe ser transcrito por el autor del comentario.
- **Comentarios jurisprudenciales.**- Extensión máxima de 5 páginas, excluyendo el contenido del fallo que debe ser transcrito por el autor del 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.

